

# BOLETÍN DIGITAL CONTENCIOSO

Publicaciones AJFV. Serie: Boletines Jurídicos

# AJFV

Número 29  
Marzo 2019

Intereses por mora en el pago del precio de los contratos del sector público.  
La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2018

Jesús Mozo Amo

Magistrado

Juzgado Contencioso-Administrativo nº 4 de Valladolid



NUEVA MUTUA  
SANITARIA

Tu seguro  
de Ley

[www.nuevmutuasantitaria.es/mugeju](http://www.nuevmutuasantitaria.es/mugeju)



[www.ajfv.es](http://www.ajfv.es)

Dirección:

Gustavo Andrés Martín Martín

Coordinación:

Francisco Pleite Guadamillas



ISSN: 2605-2076

## Intereses por mora en el pago del precio de los contratos del sector público. La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2018

Jesús Mozo Amo

Magistrado

Juzgado Contencioso-administrativo nº 4

Valladolid

---

**RESUMEN:** *Como consecuencia del dictado de las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de octubre y de 14 de noviembre de 2018, especialmente de esta última, se hace un análisis de la normativa aplicable respecto a los intereses por mora aplicable por el retraso en el pago del precio de los contratos del sector público diferenciando la que resulta actualmente aplicable, que no permite un pacto sobre el “interés legal por mora”, de la vigente hasta el día 2 de octubre de 2014, que, según la sentencia, sí que posibilita ese pacto. Además se diferencia el pacto en los contratos administrativos, anali-*

*zando sus posibilidades de impugnación cuando no sea el que resulta de la normativa aplicable, y el pacto en los contratos privados del sector público en los que la posible ilegalidad del pacto ha de cuestionarse por medios distintos a los previstos en el derecho administrativo, siendo esencial para ello, el significado que la ley de morosidad da a la “Administración”, que equivale a poder adjudicador siendo, por lo tanto, más amplio que el de “Administración Pública” y más restrictivo que el de “sector público”.*

## INTRODUCCIÓN

El artículo 198.4 de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) dispone, en lo esencial, el plazo establecido para pagar en precio de los contratos, treinta días, y las consecuencias que acarrea su incumplimiento, que se concretan en la obligación de abonar al contratista, a partir del transcurso del plazo indicado, 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 de lucha contra la morosidad en la operaciones comerciales (ley de morosidad).

El artículo citado se aplica a los contratos administrativos y a los contratos privados que celebren los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública cuyo objeto esté comprendido en el ámbito de aplicación de la LCSP (Artículo 319.1 puesto en relación con el artículo 26.3). El artículo al que se está haciendo referencia no resulta aplicable a los contratos privados de las Administraciones Públicas (artículo 26.2 de la LCSP) ni tampoco a los contratos privados celebrados por los entes del sector público que no tengan la condición de poder adjudicador (artículo 322 de la LCSP).

El artículo 34 de la LCSP establece la libertad de pactos en el ámbito de la contratación del sector público, en virtud de la cual, podrán incluirse pactos, cláusulas y condiciones cualesquiera, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración, debiendo tenerse en cuenta, por así disponerlo, el artículo 35 de la LCSP, que el contrato tiene un contenido mínimo en el que ha de incluirse, en lo que ahora intensa, el precio, que ha de ser cierto, y las condiciones de pago. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán recoger, entre otros, los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato entre los que se encuentra, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 67.2 del Reglamento General de Contratación, el régimen de pagos.

La cuestión que se suscita, atendiendo a la remisión que hace el artículo 198.4 de la LCSP a la ley de morosidad, que lo es en abstracto al no identificar preceptos concretos, es si la partes, atendiendo al contenido del pliego y a la aceptación del mismo por el contratista adjudicatario, pueden, sin vulnerar lo dispuesto en el artículo 34 de la LCSP, pactar libremente el tipo de interés aplicable cuando se incurra en mora en el pago del precio del contrato debiendo tenerse

en cuenta, y así se dice expresamente en la sentencia del Tribunal Supremo a la que luego se va a hacer referencia, que la jurisprudencia es unánime al afirmar que la falta de impugnación de los pliegos convalida sus vicios, a menos que se trate de vicios de nulidad de pleno derecho y, en tal caso, incluso, debería haberse seguido una acción de nulidad con sujeción a los criterios generales de esta en cuanto que los pliegos de cláusulas tienen naturaleza contractual y no reglamentaria debiendo unirse esta naturaleza de los pliegos a los principios de buena fe y seguridad jurídica, a cuya preservación, dice el Tribunal Supremo, tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido.

A la cuestión planteada se refiere la sentencia del Tribunal Supremo fechada el día 14 de noviembre de 2017, dictada en el Recurso de Casación identificado con el número 4753/2017, aunque lo hace respecto de un contrato al que se aplica la legislación que surge de la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, y no la legislación que traspone la Directiva que sustituye a la anterior, es decir la 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por lo que la respuesta que se

dé a dicha cuestión ha de resultar del análisis que se haga de la sentencia mencionada, del contenido de la normativa que aplica y también del contenido de la normativa actualmente vigente, es decir, la Directiva 2011/7/UE de 16 de febrero de 2011 y la ley 3/2004 de 29 de diciembre, tras las modificaciones llevadas a cabo en la misma como consecuencia de la trasposición de la Directiva mencionada. Los siguientes apartados están destinados a realizar en análisis indicado.

**2. La sentencia del Tribunal Supremo, sobre la tercera, de 14 de noviembre de 2018 (Rec. Casa. 4753/2017)**

La sentencia mencionada (existe otra sentencia semejante fechada el día 29 de octubre de 2018, Rec. Casa. 3671/2017) desestima el Recurso de Casación interpuesto interpretando, por ser a ello a lo que se refería el auto que admitía el Recurso de Casación, la remisión que establece el artículo 99.4 del Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (y también la Ley de Contratos del Sector Público aprobada en el año 2007) al régimen de intereses de demora pre-

visto en el artículo 7 de la ley 3/2004, de 29 de diciembre, de la siguiente manera:

*“Entendemos que dicha remisión permite la existencia en la contratación regida por el Real Decreto Legislativo 2/2000 de un tipo de interés pactado entre las partes distinto del tipo legal establecido en el artículo 7.2 de la citada ley. Todo ello en la redacción original de la ley 3/2004, vigente y aplicada en este caso”.*

**Los hechos** que se tienen en cuenta en la sentencia a la que se ha hecho referencia pueden resumirse de la siguiente manera:

1º La empresa contratista había solicitado de la Administración contratante el derecho a cobrar los intereses por mora en el pago del importe de la revisión de precios con un saldo a favor del contratista teniendo en cuenta que la fórmula de revisión no se ha aplicado en algunas de las certificaciones de obra expedidas, habiéndolo hecho respecto de las mismas al liquidar el contrato. El importe solicitado ascendía a unos 700 000 euros aproximadamente y la Administración demandada reconoció una obligación de pago por importe, también aproximado, de 250 000 euros. La diferencia resultante se pro-

duce porque en el pliego se había pactado un interés por mora muy inferior al que resulta de aplicar la ley de morosidad. Concretamente, el interés fijado en el pliego es el interés legal del dinero incrementado en la mitad de ese interés legal, lo que da un porcentaje del 0,75, mientras que el interés resultante de aplicar la ley morosidad (artículo 7.2) es el 8,5 por 100.

2º La Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Galicia, que es la que conoce del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la empresa contratista frente a la resolución de la Administración demandada, desestima el recurso entendiendo, en lo esencial, que resulta aplicable el tipo de interés previsto en el pliego en lugar del que resulta recogido en la ley de morosidad dado que ese tipo de interés procede de un pacto amparado por lo dispuesto en el artículo 7.1 de la ley citada, lo que impide aplicar el apartado 2º de ese artículo, que es el que cuantifica legalmente el interés por mora, al entender, en lo esencial, que ese tipo de interés es aplicable de manera subsidiaria, es decir, en defecto de pacto.

3º El contrato con el que hay que relacionar la cuestión suscitada es de naturaleza

administrativa, habiéndose adjudicado y formalizado antes del mes de julio de 2007, dado que en esa fecha ya se ha expedido la primera certificación de obras por lo que le resulta aplicable lo dispuesto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de julio.

**Los razonamientos jurídicos** en los que se fundamenta el fallo de la sentencia pueden concretarse, en lo esencial, de la siguiente manera:

1º La sentencia se ocupa de dejar claro el momento temporal en el que surge la cuestión que se suscita, dado que ello es primordial para determinar la normativa que resulta aplicable. Ese momento es anterior a la aprobación y trasposición de la Directiva 2011/7/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero, y a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 4/2013, de 22 de febrero (artículo 33), y de las leyes 11/2013, de 26 de julio (artículo 33), y 17/2014, de 30 de septiembre (Disposición Final Sexta). El momento indicado hace que se aplique la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, y la ley 3/2004, de 29 de

diciembre, que la traspone al ordenamiento jurídico español.

2º La sentencia señala, ya en cuanto al fondo de la cuestión discutida, que la libertad de pactos prevista en la Directiva 2000/35/CE y en la ley 3/2004 se aplica a la contratación pública no existiendo ningún elemento que permita sostener que esa libertad de pactos solamente es aplicable a la contratación privada. De esta manera, se rechaza la posición que mantiene la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el informe 5/2005. Siendo esto así, y atendiendo a la remisión que se hace en la Ley de Contratos a lo dispuesto en la ley 3/2004 y al contenido del artículo 7.1 de esta última ley, se considera que existiendo pacto en el contrato sobre el tipo de interés aplicable, y en el caso que se enjuicia así ocurre al estar previsto ese tipo de interés en el pliego de condiciones, hay que estar a lo pactado y no al tipo de interés fijado por la ley en el apartado 2 del artículo 7 (interés legal de demora), que solamente se aplica en defecto de pacto.

3º La aplicación del tipo de interés pactado en los términos indicados no se ve obstaculizada por la “adhesión” que el licitador rea-

liza al formular su proposición u oferta respecto al contenido del pliego, dado que legalmente el pliego debe contener los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes resultando que el licitador, al formular su proposición u oferta, acepta, de forma incondicionada, el contenido del pliego, que al no ser impugnado en su momento, adquiere firmeza.

4º La sentencia no analiza el posible carácter abusivo de tipo de interés recogido en el pliego al entender que, formalmente, es una cuestión que queda fuera del asunto enjuiciado al no referirse a ella ni en la demanda ni en la contestación y no habiéndose insistido con claridad en esa infracción en el escrito de interposición del recurso, en el que únicamente se hace referencia a dos sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo como infracción de jurisprudencia. En cualquier caso, se indica que esas dos sentencias no son, por sí mismas, una alegación consistente y circunstanciada de que los intereses hayan sido abusivos, debiendo tenerse en cuenta que la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo es unánime al afirmar que la falta de impugnación de los pliegos convalida sus vicios so pena que sean de nulidad de pleno derecho.

La sentencia tiene **un voto particular discrepante** al entender, en lo esencial, que la posibilidad de pacto de los intereses de demora a aplicar es admisible siempre que los intereses pactados no sean abusivos, hecho que se produce en el caso enjuiciado. A juicio del Magistrado que formula el voto particular, la sentencia efectúa una interpretación del artículo 7 de la ley 3/2004 contraria a lo que resulta de aplicar los criterios del Código Civil al prescindir del criterio sistemático, del espíritu de la ley y de la finalidad que persigue, que se orienta, en lo esencial, a evitar el amparo de prácticas abusivas y un beneficio para el que las realiza.

### **3º El contenido de la normativa aplicada por la sentencia**

La legislación de contratos, tanto la del sector público (ley del año 2007) como la precedente de las administraciones públicas (texto refundido del año 2000), fija un plazo para el pago del precio del contrato remitiéndose, en cuanto a las consecuencias que produce el incumplimiento de ese plazo en lo que se refiere al devengo de intereses por mora y a la indemnización de los costes por gestión de cobro, a

“los términos previstos” en la ley por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad (ley 3/2004).

**La ley 3/2004** traspone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000. Del contenido de esta Directiva hay que destacar lo siguiente:

1º Aunque la Directiva no se refiere específicamente a las operaciones comerciales entre empresas y sector público, no existe ninguna duda de que se aplica a las mismas en cuanto que no están excluidas de lo dispuesto en el artículo 1, resultando que el artículo 2, al definir “las operaciones comerciales”, incluye las realizadas entre empresas o entre estas y los poderes públicos que den lugar a la entrega de bienes o la prestación de servicios a cambio de una contraprestación siendo “el poder público” cualquier autoridad o entidad contratante en los términos en que se definen en las Directivas sobre contratación.

2º La Directiva fija un “tipo de interés legal”, en cuanto que viene establecido por la propia Directiva, y un “tipo de interés pactado”,

que es el que se fija en el contrato de manera que este último prevalece sobre el primero, que se aplica en defecto de “pacto”.

3º Los acuerdos sobre el “tipo de interés pactado” no pueden ser manifiestamente abusivos para el acreedor debiendo tenerse en cuenta para determinar ese “abuso” todas las circunstancias concurrentes, entre ellas la naturaleza del producto y los usos habituales del comercio así como también si el deudor tiene alguna razón objetiva para apartarse del “tipo de interés legal” de manera que si se considera que ha existido abuso se aplica el “tipo de interés legal”, salvo que los tribunales nacionales determinen otras condiciones que se consideren justas.

**La ley 3/2004**, de 29 de diciembre, traspone, como ya se ha dicho, al ordenamiento jurídico español la Directiva indicada haciéndolo, en lo que ahora interesa, de la siguiente manera:

1º En la exposición de motivos de la ley ya se indica que el tipo de interés de demora establecido en esta es aplicable en defecto de pacto entre las partes, aunque esa libertad de pacto no puede amparar prácticas abusivas imponiendo tipos de interés de demora infe-



riores a los previstos en la ley facultando al juez para modificar esos acuerdos si, valoradas las circunstancias, resultan abusivos para el acreedor.

2º En consonancia con lo dicho en la exposición de motivos, el artículo 7.1 de la ley posibilita el pacto sobre el interés de demora aplicable y, en defecto del mismo, prevé un “tipo de interés legal”, que es el recogido en el apartado 2º del artículo citado.

3º El artículo 9 de la ley se refiere a las cláusulas abusivas disponiendo que son nulos los pactos sobre el tipo de interés por mora aplicable que difieran de lo dispuesto en el artículo 7.2 cuando tengan un contenido abusivo en perjuicio del acreedor, cuya determinación se hará atendiendo a todas las circunstancias concurrentes y, de manera singular, a la naturaleza del producto o servicio, la prestación por parte del deudor de garantías adicionales, los usos del comercio y la existencia de razones objetivas para apartarse del “tipo de interés legal” aplicable.

La nulidad del pacto abusivo tiene, desde el punto de vista jurídico, significados y conse-

cuencias diferentes según el tipo de contrato en el que se pacte el tipo de interés a aplicar. Si el contrato tiene naturaleza administrativa, esa nulidad no se puede aplicar al margen de lo que se dispone en el derecho administrativo respecto a la presunción de legalidad de los actos administrativos, a su impugnación y a la revisión de oficio de los que son nulos de pleno derecho. Si el contrato tiene naturaleza privada, la nulidad del pacto ha de hacerse valer atendiendo a la normativa propia del derecho civil dado que ni el acto que establece el pacto ni el que lo aplica son de naturaleza administrativa. En ambos casos, esa nulidad hay que apreciarla atendiendo a todas las circunstancias concurrentes, no pudiendo descartarse, y a esto se hará referencia posteriormente, que un pacto sea legal por no abusivo en el momento de alcanzarlo y pueda ser ilegal en la forma de aplicarlo o por haberse modificado en ese momento, es decir, cuando se aplica, las circunstancias que lo permitieron o justificaron y ello, sin perjuicio de que el objetivo principal de esa nulidad es conseguir que lo pactado, por ser abusivo, no produzca efectos en perjuicio del acreedor evitando su aplicación y /o estableciendo mecanismos de compensación.

4º La ley entró en vigor al día siguiente de su publicación en el “Boletín Oficial” del Estado, hecho ocurrido el día 30 de diciembre de 2004, aunque no preveía nada respecto a su aplicación a los contratos ya perfeccionados en esa fecha, lo que posibilitaba la aplicación de la Disposición Transitoria Primera, tanto de la ley de 2007 como del texto refundido del año 2000, según la cual, y en lo esencial, los contratos adjudicados antes de la entrada en vigor de dichas leyes se regirán por la normativa anterior.

**4º El contenido de la normativa posterior a la que aplica la sentencia, concretamente la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, y la ley 3/2004, de 19 de diciembre, modificada como consecuencia de la trasposición de la Directiva citada.**

**La Directiva 2011/7/UE** deroga expresamente la Directiva del año 2000 debiendo trasponerse a los ordenamientos internos antes del día 16 de marzo de 2013 (la derogación de la Directiva del año 2000 lo es en los términos previstos en el artículo 13). Del contenido de esta Directiva hay que destacar lo siguiente:

1º No cabe ninguna duda de que la Directiva se aplica a las operaciones entre empresas y poderes públicos con la peculiaridad de que en estos casos existe una normativa específica en los términos contenidos en el artículo 4 de la que hay que destacar el derecho del acreedor a cobrar, sin necesidad de formular un requerimiento previo, el interés legal de demora al vencimiento del plazo de pago, debiendo tenerse en cuenta que el interés legal de demora es, según el artículo 2.6, “el interés simple aplicado a los pagos con demora y cuyo tipo es igual a la suma del tipo de referencia y al menos ocho puntos porcentuales”.

2º La Directiva, de manera diferente a como lo hacía la Directiva del año 2000, no prevé la posibilidad de pactar un interés diferente al “interés legal de demora”, aunque implícitamente admite ese pacto al señalar que una cláusula contractual relacionada con el “tipo de interés de demora” puede ser manifiestamente abusiva para el acreedor.

3º El artículo 7 de la Directiva se refiere a las cláusulas contractuales y a las prácticas abusivas posibilitando que, una cláusula abusiva pueda no ser aplicada o pueda dar lugar a una reclamación por responsabilidad

y señalando los supuestos en los que se puede apreciar ese carácter abusivo, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso y, de manera singular, la desviación grave de las buenas prácticas comerciales contrarias a la buena fe y a la actuación leal, la naturaleza del bien o servicio y la existencia de alguna razón objetiva del deudor para apartarse del tipo de “interés legal de demora”. La propia Directiva, de manera directa y sin presunciones, considera manifiestamente abusiva, con las consecuencias que ello supone en los términos ya indicados, una cláusula contractual o una práctica que excluya el interés de demora, término que es más amplio que el “interés legal de demora”.

4º La Directiva posibilita que se aplique a los contratos anteriores al día de término de su trasposición, es decir al 16 de marzo de 2013, aunque ello corresponde decidirlo, de manera expresa, a los Estados.

**La Directiva de 2011** se ha transpuesto al ordenamiento jurídico español modificando la ley 3/2004, de 29 de diciembre, haciéndolo por las siguientes normas:

**1ª Real Decreto Ley 4/2013, de 22 de febrero.** El artículo 33 de este Real Decreto Ley modifica, en lo que ahora importa, el artículo 7.2 de la ley 3/2004, de 29 de diciembre, y, además, determina que quedan sujetos a la ley citada, a partir del día 24 de febrero de 2014 (que es cuando ha transcurrido un año desde el día siguiente a la publicación del Real Decreto Ley en el “Boletín Oficial” del Estado), todos los contratos preexistentes haciendo uso, de esta manera, del artículo 12.4 de la Directiva de 2011 y estableciendo, de esta forma, una excepción a lo que resulta del contenido de la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007.

**2ª El referido Real Decreto Ley fue tramitado como proposición de ley dando lugar a la Ley 11/2013, de 26 de julio.** Esta ley mantiene las modificaciones llevadas a cabo por el Real Decreto Ley ya citado, añadiendo una más, que afecta al artículo 9 de la ley 3/2004, de 29 de diciembre. De esta modificación del artículo 9 interesa destacar: (1) la nulidad de la cláusula pactada por la que se **excluya el cobro** del interés de demora en los casos en los que esa demora se produzca; y (2) también es nula la cláusula o práctica pactada por las partes o la práctica

que **excluya el interés de demora** o cualquier otro el tipo de interés de demora establecido con carácter subsidiario en el artículo 7.2 de la ley cuando tenga un contenido abusivo en perjuicio del acreedor entendiendo que será abusivo si el interés pactado es inferior al 70 por 100 del “interés legal de demora” salvo que, atendiendo a las circunstancias previstas en el propio artículo 9, pueda probarse que ese abuso no se produce (p.e. Para un interés por mora del 10 por 100, se presume abusivo un pacto que fije ese interés por debajo del 3 por 100). La modificación a la que se acaba de hacer referencia posibilitaba, en la práctica y atendiendo a lo dispuesto en el artículo 7.1 de la ley 3/2004, de 29 de diciembre, pactar intereses por mora en el pago del precio del contrato por debajo del 30 por 100 del “interés legal de demora” previsto en el apartado 2º del artículo 7, dado que hasta ese límite se presumía legalmente que no era un pacto abusivo en perjuicio del acreedor. Excepcionalmente se posibilitaban pactos por debajo de ese 30 por 100, siempre sin llegar a excluir el pago de los “intereses por mora”, aunque es necesario probar y acreditar que no existe abuso en perjuicio del acreedor.

### **3ª La ley 17/2014, de 30 de septiembre.**

La Disposición Final Sexta de esta ley vuelve a

modificar el último párrafo del artículo 9 de la ley 3/2004, de 29 de diciembre, según la redacción que dio al mismo la ley 11/2013, de 26 de julio, haciéndolo, y así se recoge expresamente en la exposición de motivos, con la finalidad de evitar cualquier posibilidad de que las Administraciones Públicas puedan acogerse a la rebaja de los “intereses legales por mora” dado que esa posibilidad es rechazada de plano por la Comisión Europea, cuyo rechazo también es compartido por el Gobierno, por lo que es importante aclarar “que las Administraciones Públicas no pueden modificar el tipo de interés de demora establecido en la ley 3/2004, de 29 de diciembre. El artículo 9, en coherencia con lo dicho, señala, expresamente, que la posibilidad de modificar el interés de demora no será de aplicación a las operaciones comerciales realizadas por la “Administración” debiendo señalarse. Desde este momento, que esa “Administración” no es equivalente a “Administración Pública” sino a poder adjudicador.

**El contenido de la ley 3/2004**, de 29 de diciembre, en la redacción actualmente vigente y una vez incorporadas a la misma las modificaciones indicadas, permite establecer las siguientes conclusiones:

1ª A efectos de la ley la “Administración” no se considera en sentido estricto, es decir, en los términos previstos en el artículo 3.3 de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, sino en sentido amplio en cuanto que comprende a los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público y sean poderes adjudicadores en los términos previstos en el artículo 3.3 de la ley citada. El sentido amplio dado a la “Administración” no permite incluir a todos los entes que forman parte del sector público en cuanto que, hay que insistir en ello, solo se incluyen los sujetos que sean, en sentido estricto, Administración o poder adjudicador. Esto es así porque la definición de “Administración” contenida en el artículo 2 b) de la ley 3/2004, de 29 de diciembre, lo es atendiendo a los “entes, organismos y entidades que forman parte del sector público, de acuerdo con el artículo 3.3 de la ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público” resultando que el artículo citado, es decir el 3.3, se refiere a los entes que siendo sector público son poder adjudicador y no a todos los entes del sector público.

2º El artículo 7.1 posibilita que, en el contrato, es decir, resultado de un pacto o acuer-

do, se fije el interés de demora que deberá pagar el deudor. Si no existe pacto o acuerdo, el interés de demora a pagar será “el interés legal de demora” fijado en el apartado 2º del artículo 7 citado.

3º “La Administración”, es decir, los entes que tienen la condición de poder adjudicador según lo dispuesto en el artículo 3.3 de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de CSP no podrá pactar un tipo de interés diferente del “interés legal de demora” al que se refiere el artículo 7.2, dado que expresamente se lo prohíbe el último párrafo del artículo 9.1 de la ley 3/2004, de 29 de diciembre.

4º El resto de los sujetos que forman parte del sector público según el artículo 3.1 de la LCSP, es decir, todos los que no son “Administración” en los términos ya indicados, pueden pactar un tipo de interés por debajo del “interés legal de demora” debiendo tenerse en cuenta que ese pacto no se considerará abusivo para el acreedor si no supone una rebaja superior al 70 por 100 respecto al “interés legal de demora”. Si ese porcentaje se supera sin llegar a eliminar el pago de intereses de demora por el deudor se

deberá acreditar suficientemente que concurren circunstancias específicas, atendiendo a las contempladas en el propio artículo 9.1, que hacen que esa rebaja no se considere abusiva.

5° La ley 3/2004, de 29 de diciembre será aplicable a los contratos preexistentes que hayan sido celebrados con posterioridad al día 8 de agosto de 2002 en cuanto a sus efectos futuros, concretamente, en lo que ahora importa, respecto al devengo de intereses por mora. La nulidad de las cláusulas pactadas en los términos del artículo 9 se aplicará desde la entrada en vigor de la ley 3/2004, de 29 de diciembre. **Queda por determinar** el momento en el que se aplica la prohibición de que la “Administración” pueda modificar, por pacto o acuerdo, el “interés legal de demora”. Esta prohibición, como se ha dicho, se introdujo por la ley 17/2014, de 30 de septiembre, que entró en vigor el día 2 de octubre de 2014 sin que establezca, de manera expresa, ninguna transitoriedad respecto a la modificación que hace del artículo 9.1 de la ley 3/2004, de 29 de diciembre. Siendo esto así, hay que entender que los pactos sobre intereses de demora llevados a cabo antes del día 2 de octubre de 2014 tienen amparo en la legislación anterior a la entrada en vigor de la ley citada y ello sin perjuicio de la decisión que se pueda

adoptar sobre su posible ilegalidad. Los pactos posteriores a esa fecha no tienen amparo legal y, por lo tanto, no son ajustados a derecho.

**5° Los efectos de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2018, Recurso de Casación 4753/2017 (al igual que la sentencia del mismo Tribunal dictada en el Recurso de Casación nº 3671/2017), atendiendo al contenido de la normativa actualmente vigente.**

**Poniendo en relación la sentencia** a la que se ha hecho referencia con la normativa que resulta actualmente aplicable, concretamente con la ley de morosidad a la que se remite el artículo 198.4 de la LCSP, se pueden establecer las siguientes relaciones o efectos:

1° La posibilidad de pacto por la “Administración” de los intereses de demora admitida por la sentencia del Tribunal Supremo se mantiene hasta el día 2 de octubre de 2014, que es cuando entra en vigor la modificación del artículo 9.1 de la ley 3/2004, de 29 de diciembre, llevada a cabo por la ley 17/2014, de 30 de octubre. A partir de esa fecha la “Administración” tiene prohibido legalmente modificar el tipo de “interés legal de demora” que resulta

de aplicar lo dispuesto en el artículo 7.2 de ley 3/2004.

2º Los pactos modificando “el interés legal de demora” llevados a cabo por la “Administración” a partir del día 2 de octubre de 2014 no tienen, como se ha dicho, amparo legal aunque es obligado diferenciar distintos supuestos.

**Si el pacto se materializa en un contrato administrativo**, entendiéndolo como tal el llevado a cabo por una Administración Pública (no confundir con la “Administración”) según lo previsto en el artículo 25 de la LCSP, podrá cuestionarse su legalidad utilizando los medios de impugnación previstos en la ley citada, es decir, en la de CSP, y en la legislación sobre Procedimiento Administrativo Común interponiendo los recursos que procedan frente al pliego de condiciones que recoja la rebaja del “tipo de interés legal de demora”, que acepta el dictador al presentar su proposición surgiendo, de esta manera, el pacto o acuerdo con el adjudicatario. El consentimiento del pliego, al no haberlo impugnado en su momento y haber aceptado su contenido presentando la correspondiente proposición, no impide cuestionar la legalidad del acto administrativo que, atendiendo al contenido del pliego, liquide los intereses de demora

a favor del contratista. Es verdad, y a ello se refiere la sentencia a la que se está haciendo referencia (fundamento de derecho sexto), que frente a la impugnación del acto administrativo aplicando el tipo de interés pactado siempre se puede alegar el criterio aplicado por la jurisprudencia según el cual, y en lo esencial, la no impugnación del pliego convalida sus vicios, al menos que se trate de vicios de nulidad de pleno derecho, atendiendo a la naturaleza contractual y no reglamentaria de los pliegos, que hay que unir a la aplicación de los principios de buena fe y seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos administrativos para quienes los han consentido. A pesar de ello, y sin desconocer que lo dicho es un argumento de peso para desestimar el recurso que se interponga frente al acto administrativo que liquida el interés de demora en los términos pactados, se considera que existen argumentos para sostener que ese recurso puede prosperar. Así resulta de lo que se va a indicar a continuación.

En primer lugar hay que poner de manifiesto que la ley de morosidad no determina, de manera expresa, la consecuencia jurídica que produce el incumplimiento de la prohibición de modificar el “interés legal de demora” por la “Administración” aunque ello no es obstácu-

lo para poder entender que esa consecuencia no puede ser otra que la nulidad de lo pactado por ser una cláusula o práctica abusiva en perjuicio del acreedor en cuanto que se está minorando, sin habilitación legal para poderlo hacer, el interés a pagar por la Administración Pública contratante y, en definitiva, el que debe cobrar el contratista acreedor de ese interés cuando se produce la demora en el pago del precio del contrato.

En segundo lugar, y teniendo en cuenta la consecuencia jurídica señalada en el apartado precedente, hay que indicar la necesidad de hacer una “interpretación conforme” de la normativa española en relación con la Directiva que traspone, concretamente la Directiva 2011/7/UE. El artículo 7 de esta Directiva obliga a los Estados a asegurar que una cláusula o práctica manifiestamente abusiva respecto, en lo que ahora importa, al tipo de interés por mora no sea aplicable o pueda dar lugar a una reclamación por daños. Lo que importa, según la Directiva, es que la cláusula o práctica abusiva no se llegue a aplicar y, si no ocurre así, que se asuman los daños causados por esa aplicación. El pacto sobre el tipo de interés de demora recogido en el pliego de condiciones no causa, por sí mismo, un perjuicio al acreedor dado que, en ese momento, no se ha pro-

ducido el hecho que posibilita la aplicación del pacto, es decir, la mora en el pago del precio del contrato, por lo que la falta de impugnación de ese pacto no puede ser determinante para desestimar el recurso interpuesto frente al acto administrativo que lo aplica liquidando el interés por mora. Es en este momento cuando el acreedor contratista se ve perjudicado estando habilitado para cuestionar, mediante la interposición del correspondiente recurso, la procedencia de soportar ese perjuicio al solicitar la adopción de las medidas oportunas para evitarlo. El efecto útil del recurso administrativo que se interponga no está en conseguir la ilegalidad del pacto, sino en determinar su carácter abusivo para evitar su aplicación, resultando que, en la consecuencia de ese efecto útil, no es determinante la firmeza del pliego en cuanto que la ilegalidad del pacto, por su carácter abusivo, es meramente instrumental para conseguir la medida que impida su aplicación.

En tercer lugar, y como complemento de lo indicado en el apartado anterior, hay que señalar que el artículo 9.2 de la ley de morosidad permite entender que la invalidez de la cláusula es un presupuesto necesario, y no un fin en sí mismo, para su ineficacia. El artículo citado obliga al juez, cuando aprecie, y así lo decla-



re, que hay una cláusula abusiva que produce un perjuicio al acreedor contratista, a integrar el contrato con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1258 del Código Civil disponiendo de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes y de las consecuencias de su ineficacia.

**Si el pacto procede de un poder adjudicador que no es Administración Pública y se materializa, por lo tanto, en un contrato privado,** puede cuestionarse su legalidad, tanto en el momento de su establecimiento como condición del contrato, como en el momento de aplicarlo, dado que en este supuesto no nos encontramos ante decisiones que puedan calificarse de acto administrativo con las consecuencias jurídicas que ello produce. La decisión sobre la legalidad de lo acordado se adoptará por la jurisdicción contencioso-administrativa, si esa legalidad se plantea en la fase de preparación del contrato, y ello sin perjuicio de que resulte aplicable, para los poderes adjudicadores que no sean Administración Pública, lo dispuesto en el artículo 41.2 y 44.6 de la LCSP (artículo 27.1 c) de la LCSP). Cuando la ilegalidad de lo pactado se cuestione en el momento de su aplicación, es decir, en la fase de ejecución del contrato, la decisión declarando la invalidez de lo pactado corresponderá al juez civil (artículo 27.2 de la LCSP). En am-

bos casos, el juez tendrá las facultades moderadoras previstas en el artículo 9.2 de la ley de morosidad.

3° Los entes que sean sector público según la LCSP y no tengan la condición de poder adjudicador están sometidos a la ley 3/2004, de 29 de diciembre, aunque no como “poderes públicos” en los términos de la Directiva de 2011, sino como empresa. Siendo esto así, pueden pactar el tipo de interés aplicable en los términos previstos en el artículo 7.1 de la ley citada, que hay que poner en relación con el artículo 9.1 de la misma, al no resultarles aplicable la prohibición de pacto por no ser “Administración”.