



SENTENCIA N° 3784 /2022
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA

R. APELACIÓN N° 3352 /20

ILUSTRÍSIMOS/A SEÑORES/A:

PRESIDENTE

D. FERNANDO DE LA TORRE DEZA

MAGISTRADO/A

D. SANTIAGO MACHO MACHO

D^a CARMEN MARCED CAÑETE

Sección Funcional 2^a

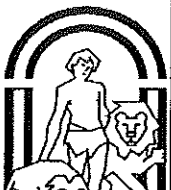
En la ciudad de Málaga, a 14 de septiembre de 2022.

Esta Sala ha visto el presente el recurso de apelación n° 3383/20, interpuesto por el Procurador D. Pedro Ballenilla Ros, en nombre de la mercantil ALTHENIA S.L., asistida por la Letrada D^a. María del Mar Moreno Navarro, contra la Sentencia n° 112/2020, de 10 de junio de 2020, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° 2 de Málaga, en el PO 498/2018, compareciendo como parte apelada el **AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA**, representado por el Procurador D. José Manuel Páez Gómez y asistido de la Letrada D^a Rosalía Budría Serrano.

Ha sido Magistrada ponente la Ilma. Sra. D^a. Carmen Marced Cañete, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° 2 de Málaga dictó la Sentencia n° 112/2020, de 10 de junio de 2020, en el PO 498/2018, desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la parte ahora apelante, contra el Decreto de Teniente de Alcalde, Delegado de Economía, Hacienda y Recursos Humanos de 11 de julio de 2018 que desestimó el recurso de reposición frente a anterior resolución de 16 de mayo de 2018 que estimó parcialmente la reclamación presentada y acordó el abono de intereses de demora por importe de 1.978,98 euros, más 40 euros en concepto de gastos de cobro.





SEGUNDO.- Contra la mencionada resolución judicial, es interpuesto y sustanciado recurso de apelación presentado el 7 de julio de 2020 con base a los motivos que se exponen, pidiendo se revoque la sentencia dictada en la primera instancia, estimando las pretensiones esgrimidas, con expresa condena en costas.

TERCERO.- El Ayuntamiento de Málaga presentó escrito el 2 de agosto de 2020 de impugnación al recurso de apelación, pidiendo su desestimación, confirmando la resolución judicial impugnada, con expresa condena en costas.

CUARTO.- No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni trámite de conclusiones, elevados los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo y personadas las partes en legal forma, se señaló para votación y fallo, que tuvo lugar el día de hoy.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Málaga dictó la Sentencia nº 112/2020, de 10 de junio de 2020, en el PO 498/2018, desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la parte ahora apelante, contra el Decreto de Teniente de Alcalde, Delegado de Economía, Hacienda y Recursos Humanos de 11 de julio de 2018 que desestimó el recurso de reposición frente a anterior resolución de 16 de mayo de 2018 que estimó parcialmente la reclamación presentada y acordó el abono de intereses de demora por importe de 1.978,98 euros, más 40 euros en concepto de gastos de cobro.

SEGUNDO.- Frente a dicha sentencia la parte apelante alega, en síntesis:

1º. Que era titular de un contrato administrativo suscrito el 27 de mayo de 2010 para la prestación del servicio de mantenimiento de las zonas verdes del Municipio de Málaga Lote 3: Mantenimiento y limpieza de jardines y ornamentaciones de la zona noroeste Distritos 4,5,8,9 y 10 Expediente 107/09, y que reclamó los intereses de demora por el pago tardío de las 16 facturas que se relacionan, por importe total de 37.214,15 €, a los que habría que descontar la cantidad abonada, tras la estimación parcial de su reclamación.

2º. Discrepa del criterio mantenido en la sentencia apelada, en relación con el días a quo o día de inicio del cómputo del plazo para proceder al pago, pues entiende que cuando las facturas son presentadas en el registro correspondiente dentro del plazo de 30 días a contar desde la fecha de su expedición, el cómputo del plazo de 60 días comienza desde la fecha de la expedición de la misma, como marca el artículo 200.4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en su redacción vigente a fecha de formalización del contrato, y no desde la fecha de presentación en el Registro (que será posterior) que solo sería de aplicación en el caso que las facturas no se hubieran presentado dentro del plazo de 30 días, apoyándose en la Sentencia del Juzgado de lo





Contencioso Administrativo nº 1 de Santander, de 11 de noviembre de 2016, que transcribe parcialmente, considerando que hay que estar a la fecha de prestación del servicio, y que corresponde a la parte demandada, conforme al principio de disponibilidad y facilidad probatoria del art. 217.6 LEC, acreditar la falta de coincidencia entre las fechas de entrega y las fechas de expedición, lo que no se ha realizado. Con cita también de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Palma de Mallorca, Sala Contencioso Administrativo, Sección 1, de 19 de noviembre de 2014, que se apoya en la Sentencia de esta misma Sala nº 848 de 17 de diciembre de 2013, para un contrato de prestación de servicios.

En este sentido detalla las facturas a las que se le aplica el cómputo del plazo de inicio desde la fecha de expedición (8) y aquellas para las que habrá que estar a la fecha de presentación en el registro, y sobre las que no había discusión por lo que debieron estimarse, discrepándose de que los efectos de la subsanación de dos de las facturas pudiera extenderse al conjunto de las mismas, que son independientes.

3º. También discrepa en cuanto al dies ad quem o día final del cómputo, al mantener que habrá que estar al efectivo cobro, y ello no se produce cuando se realiza la transferencia, sino cuando se dispone de la misma, lo que considera se acreditó debidamente con la documental aportada en el expediente administrativo, sin la que la sentencia apelada lo estimara suficiente.

4º. En cuanto a la base de cálculo considera que debe incluirse la totalidad de la factura, incluido el IVA, pues está probado que se ingresó como resulta de las declaraciones de ALTHENIA (Modelos 322, que se aportaron como documento número 3, y el Libro de IVA cuadrado con las declaraciones, donde pueden verse las facturas reclamadas al Ayuntamiento –por razón de protección de datos se ha borrado el NIF/razón social de los otros terceros-, que se aporta como Documento número 4), y ello además resulta del artículo 75, Uno, 2º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido

5º. Y por último, en relación con el interés aplicable considera, en contra del criterio mantenido en la sentencia recurrida, que no es de aplicación el interés establecido en la Cláusula 7 párrafo 5 a) y b) del Pliego de Condiciones que prevé un tipo de interés diferente y alejado del tipo legal previsto en el artículo 7.2 de la Ley 3/2004, lo que conduce a la nulidad de dicha cláusula y que la Sentencia ahora recurrida no contempla.

Así el artículo 9.1 de la Ley 3/2004, , en su redacción original ya establecía que, “Serán nulas las cláusulas pactadas entre las partes sobre la fecha de pago o las consecuencias de la demora que difieran en cuanto al plazo de pago y al tipo legal de interés de demora establecidos con carácter subsidiario en el apartado 2 del artículo 4 y en el apartado 2 del artículo 7, así como las cláusulas que resulten contrarias a los requisitos para exigir los intereses de demora del artículo 6, cuando tengan un contenido abusivo en perjuicio del acreedor, consideradas todas las circunstancias del caso, entre ellas, la naturaleza del producto o servicio, la prestación por parte del deudor de garantías adicionales y los usos habituales del comercio. No podrá considerarse uso habitual del comercio la práctica





repetida de plazos abusivos.” Añadiendo que “Para determinar si una cláusula es abusiva para el acreedor, se tendrá en cuenta, entre otros factores, si el deudor tiene alguna razón objetiva para apartarse del plazo de pago y del tipo legal del interés de demora dispuestos en el artículo 4.2 y en el artículo 7.2 respectivamente; se tendrá en cuenta la naturaleza del bien o del servicio o si supone una desviación grave de las buenas prácticas comerciales contraria a la buena fe y actuación leal.”

Y continúa estableciendo “Asimismo, para determinar si una cláusula es abusiva se tendrá en cuenta, considerando todas las circunstancias del caso, si dicha cláusula sirve principalmente para proporcionar al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor, o si el contratista principal impone a sus proveedores o subcontratistas unas condiciones de pago que no estén justificadas por razón de las condiciones de que él mismo sea beneficiario o por otras razones objetivas”.

Además de por los motivos expuestos, se considera que la Administración no puede ampararse en lo dispuesto en el art. 7.1 de la ley 3/2004 para imponer al contratista unas condiciones más desfavorables, siendo que, en estos supuestos, resultará de aplicación lo previsto en el tan citado art. 7.2, habida cuenta que el propio art. 200.4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) se remite de manera expresa a los intereses e indemnizaciones previstos en la ley 3/2004.

Circunstancias que considera que han sido completamente obviadas por la Sentencia apelada, cuando del cuadro comparativo elaborado por la Administración demandada sobre los diferentes tipos de interés a aplicar –página 6 del Decreto recurrido de 11 de julio de 2018 que consta al folio 136 del expediente administrativo- resulta el carácter desproporcionado, desequilibrado y abusivo de la Cláusula 7 del PCAP, que prevé un tipo de interés “pactado” que a lo sumo y como máximo alcanzaría el 1,25% frente al 8% que prevé la Ley 3/2004.

TERCERO.- A la anterior argumentación opone la defensa del Ayuntamiento de Málaga, como parte apelada, en síntesis:

1º. Error en la cuantificación e identificación de los intereses de demora reclamados, por cuanto no tiene en cuenta los intereses de demora ya reconocidos y abonados, ni como ello incide en la reclamación que se efectúa por cada una de las facturas, debiendo reducir el total reclamado a la cantidad de 35.195,17 euros.

2º. Respecto al dies a quo distingue entre dos grupos, las presentadas en los primeros 30 días y las que no, manteniendo que respecto de estas últimas el cálculo de intereses efectuado por el Ayuntamiento es más beneficioso para la recurrente, así como la aplicación del artículo 3 de la Ley 25/13, de 27 de diciembre sobre los requisitos de tiempo y forma en relación con las dos facturas devueltas, y posteriormente presentadas correctamente.

3º En cuando al dies ad quem entiende que la documental aportada no ha servido para probar la efectiva fecha de cobro, cuya carga le corresponde, pues se trata copias de la





pantalla del ordenador donde no consta a que factura corresponde cada fecha de pago, por lo que considera justificado el criterio seguido por la sentencia, estando al informe municipal de la Vicetesorera donde consta de forma fehaciente la fecha de la realización de la transferencia.

4º Discrepa de la base de cálculo de los intereses de demora pues no ha quedado probado suficientemente el ingreso del IVA, sin que se considere suficiente la obligación legal de incluir el IVA, y ello conforme con la Sentencia de esta Sala de 6 de marzo de 2015, en aplicación de la STS de 12 de julio de 2004 y del TJUE de 26 de mayo de 2005.

5º. Por último considera de aplicación de la Cláusula 7 del PCAP, cuando se estableció en aplicación de la legislación vigente, sin que concurran las exigencias del artículo 9 de la Ley 3/2004, siendo además que se incurre en desviación procesal pues no fue alegado en el escrito de interposición de 11 de septiembre de 2018, citando a estos efectos la STS nº 743/2019, de 3 de junio, que recoge la posición ya mantenida en la STS de 29 de octubre de 2018 y 14 de noviembre de 2018, que fija como doctrina que con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 17/2014, no se colige del conjunto de normas mencionadas que la Administración no pudiera pactar un interés distinto en el contrato al que se aquietó la parte, concluyendo que tampoco cabe el pago de intereses sobre intereses por cuanto no resulta la deuda líquida de los escritos presentados, sino que habría que ir analizando cada una de las facturas.

CUARTO.- La sentencia impugnada considera de aplicación el artículo 4.3 de la Ley 15/2010 de modificación de la Ley 3/2004 por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad establece que: “ La recepción de la factura por medios electrónicos producirá los efectos de inicio del cómputo de plazo de pago” por lo que resulta que habrá que tomar como fecha inicial del cómputo el día en el que las facturas fueron presentadas en el Registro Central de Facturas del Ayuntamiento teniendo en cuenta que la devolución de las dos facturas que refiere la recurrente estaba justificada a la vista del informe emitido por la Jefa de Servicio del Registro Central de Facturas con la conformidad del Interventor General justificando los motivos de devolución, que no ha sido desvirtuado por la recurrente, y asimismo de conformidad con el artículo 3 de la Ley 25/2013 de 27 de diciembre de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el sector público que establece que “ en tanto no se cumplan los requisitos de tiempo y forma de presentación establecidos en esta ley no se entenderá cumplida esta obligación de presentación de facturas en el registro...”, siendo que en cuanto al día final del cómputo existe un informe emitido por la Vicetesorera del Ayuntamiento que acredita las fechas en las que tuvieron lugar las transferencias de las distintas facturas sin que la recurrente haya demostrado fehacientemente que dichas fechas no coincidan con las del efectivo cobro y además que dado que la recurrente no ha acreditado que hiciera el abono anticipado del IVA de las facturas reclamadas la base de cálculo de los intereses de demora estará integrada por el importe de la factura sin IVA tal y como se recogió expresamente en la Cláusula 7, Párrafo 6 de los Pliegos de Condiciones Administrativas Particulares y como ha entendido además la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJA con sede en Málaga en su sentencia dictada con fecha 6 de marzo de 2015 en aplicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2004 y de la dictada por





el TJUE con fecha 26 de mayo de 2005 debiendo añadirse por otra parte que el interés aplicado es el que está establecido en la Cláusula 7 párrafo 5 a) y b) del Pliego de Condiciones tal y como prevé el artículo 7.1 de la Ley 3/2004 de 29 de diciembre lo que no fue impugnado por la recurrente que no ha acreditado que concurren ninguno de los supuestos recogidos en el artículo 9 de la citada Ley 3/2004 para declarar la nulidad de una cláusula contractual, por todo lo cual y teniendo en cuenta que en lo que respecta a la posibilidad de que las cantidades vencidas e impagadas devengaran nuevos intereses (anatocismo) en caso de haberse estimado la demanda la Jurisprudencia del Tribunal Supremo es clara siendo aplicable el art. 1109 del Código Civil, es decir, las cantidades impagadas, una vez son liquidadas, devengan nuevos intereses desde la interposición de la demanda; debiendo entenderse que dicho requisito de liquidez no concurría en el caso de autos, lo que le lleva a desestimar el recurso y declarar la conformidad a derecho de la resolución impugnada.

QUINTO.- Cuatro son las cuestiones sobre las que es preciso pronunciarse, diez a quo, dies ad quem, base de cálculo e interés aplicable, aunque previamente y para llevar a cabo un análisis correcto es preciso tener en cuenta que el contrato suscrito el 27 de mayo de 2010 para la prestación del servicio de mantenimiento de las zonas verdes del Municipio de Málaga Lote 3: Mantenimiento y limpieza de jardines y ornamentaciones de la zona noroeste Distritos 4,5,8,9 y 10 estuvo, tras sus prórrogas, estuvo vigente durante 6 años, en concreto hasta el 30 de mayo de 2016, aunque tras su vencimiento se continuó prestando los servicios hasta la nueva adjudicación a requerimiento municipal, en concreto hasta el 31 de agosto de 2017.

Así como que las facturas sobre las que se reclaman intereses de demora se corresponden con este último periodo de prestación del servicio, salvo tres facturas de 1 de octubre de 2014, 1 de enero de 2016 y 1 de febrero de 2016; y que conforme resulta del detalle de la documentación presentada se llevaba a cabo una facturación mensual por el mismo importe, y correspondiente con el mes anterior, por lo que cuando se emitía la factura la prestación ya había sido llevada a cabo.

En relación con diez a quo, hay que estar al artículo 200.4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en su redacción vigente a fecha de formalización del contrato, que establecía "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 artículo 205.4, 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 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se 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 sesenta días se contará desde dicha fecha de recepción o prestación."





La sentencia apelada, al igual que la defensa del Ayuntamiento de Málaga, entiende por el contrario que es de aplicación al caso el artículo 4.3 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 comerciales, que señala que "La recepción de la factura por medios electrónicos producirá los efectos de inicio del cómputo de plazo de pago, siempre que se encuentre garantizada la identidad y autenticidad del firmante, la integridad de la factura, y la recepción por el interesado.", basándose en vía administrativa en el Informe 34/10 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda y Función Pública de 6 de abril de 2010.

Criterio que no puede ser compartido por cuando conforme establece la Disposición Transitoria Primera de la Ley 15/2010, esta ley será de aplicación a todos los contratos celebrados con posterioridad a su entrada en vigor, y como resulta de los autos, estamos ante un contrato anterior, que aunque había vencido no por ello no era aplicable a la continuación de la prestación del servicio, y por ello habrá que acudir a la redacción del artículo 200.4 de la Ley 30/2007 y entender que, como no estamos ante un contrato en el que consten certificaciones de obra, sino de prestación de servicios realizados con anterioridad a la fecha de expedición de la factura, y sobre los que no concurre la excepción prevista en su último inciso del citado artículo, y entender como fecha de inicio la de expedición de las facturas, siempre y cuando conste su correcta presentación en el registro correspondiente dentro del plazo de 30 días, obligación de presentar la factura ante el registro administrativo impuesta por la normativa vigente sobre factura electrónica, artículo 3 de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de Impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el sector público, de aplicación al caso de autos.

En caso de presentarse la factura con posterioridad al plazo de 30 días, será dicha fecha la que inicie el cómputo del plazo para proceder al abono, so pena de generar intereses de demora, lo que no es de aplicación a las facturas que la propia apelante reconoce una fecha de presentación con posterioridad a este plazo de treinta días, así como aquellas facturas (2) que se presentaron incorrectamente y se devolvieron para su rectificación, en las que habrá que estar a la fecha de presentación, con todos los requisitos, en el registro correspondiente. Y ello, además, porque no consta que las facturas presentadas se prestarán a ninguna duda, cuya carga de prueba correspondería a la Administración que no ha alegó nada en ese sentido.

Visto lo anterior resulta que únicamente habrá que estar a la fecha de expedición de las facturas, en relación con la nº 0191703-0023, nº 0191702-0013, nº 0191612-0037, nº 0191611-0004, nº 0191602-0005, nº 0191601-0015 y nº 0191410-0007, no así la factura nº 0191607-0060 que al presentarse de forma incorrecta habrá que estar a la fecha de presentación en el registro Face, una vez subsanada. Sobre el resto de las facturas ambas partes mantienen que habrá que estar a la fecha de presentación en el registro.

En relación con la fecha de cobro, es criterio consolidado que habrá que estar al efectivo ingreso, y no a la transferencia, como mantiene la apelante, si bien se trata de una prueba que corresponde a quien lo reclama, y como este dato no ha quedado debidamente





acreditado en la documentación presentada, y si bien en algún caso, no en todos, especifica el mes y año que se prestaron los servicios facturados, lo cierto es que no se señala a que factura corresponde cada justificante de cobro, tal como entendió la sentencia apelada, por lo que, ante este déficit probatorio, habrá que estar a la fecha de la transferencia, única cierta, aunque ello suponga un desfase respecto al efectivo cobro del importe de las facturas (la mayor parte de 1 o 2 días, o como la Administración ha mantenido en su escrito de oposición a la apelación en algún caso la Tesorería Municipal ha entendido como fecha de la transferencia una más beneficiosa para la apelante que la reclamada).

En cuanto a la inclusión del IVA en la base del cálculo de los intereses de demora que nacen del pago tardío de las certificaciones o facturas solo procederá si el interesado demuestra que ha ingresado el IVA correspondiente a cada certificación o factura con cargo a sus fondos y con anterioridad al pago de cada una de las certificaciones o facturas por la Administración contratante, siendo la carga de la prueba del contratista. En este sentido, la STS de 19 de octubre de 2020, en recurso 2258/2019, señala: " A partir de las anteriores premisas debemos responder a la cuestión de interés casacional que si debe incluirse la cuota del Impuesto sobre el Valor Añadido en la base de cálculo de los intereses de demora por el retraso de la Administración en un contrato de suministro más es preciso que el contratista acredite que ha realizado el pago o ingresado previamente el Impuesto en la Hacienda Pública." En el mismo sentido (STS de 24 de marzo de 2021, en recurso 6689/2019 "4º Incurso en mora, el cálculo de los intereses se efectúa sobre el total de la factura, esto es, sobre la cuantía referida a la contraprestación por el servicio prestado más el IVA devengado. Ahora bien, la inclusión de la cuota del impuesto dependerá de que el contratista haya declarado e ingresado el IVA sin previo abono de la factura, sólo así los intereses moratorios cumplen su fin resarcitorio (cfr. sentencia de esta Sala y Sección de 12 de julio de 2004, recurso de casación 8082/199) " En el mismo sentido la sentencia 120/2022 de fecha 2 de febrero dictada en el recurso de casación 1540/2020.

En el caso de autos, como vino a mantener la sentencia apelada la prueba aportada por la parte recurrente no es suficiente para acreditar el abono del IVA de cada una de las facturas reclamadas, previamente al pago por el Ayuntamiento demandado, requisito necesario para cumplir la finalidad resarcitoria.

Y así la aportación de los modelos 322 y los Libros de IVA, aunque acreditan el ingreso del IVA, no así que se haya anticipado el IVA, esfuerzo que le correspondía a quien lo alega, y ello porque como reconoce la reciente STS de 19 de enero de 2022, recurso 4188/2020, se concluye que debe incluirse la cuota del IVA en la base de cálculo de los intereses de demora por el retraso de la Administración en el pago de la factura derivada del contrato administrativo, pero para ello es preciso que el contratista acredite que ha ingresado el impuesto antes de cobrar la factura; siendo además que para el cálculo de los intereses sobre la cuota del IVA, el dies a quo será el del pago o ingreso de la misma. Reiterada por STS 7 de abril de 2022, recurso 83/2020.





Por último, en relación con el tipo de interés aplicable, la sentencia apelada entiende que será aplicable la Cláusula 7 del PCAP, que aceptó libremente el contratista, que viene a establecer:

“En el caso de que este Ayuntamiento incumpliese el plazo de pago previsto en los artículos 200.4, 205.4 y 218 de la LCSP, y de conformidad con lo establecido 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, y en uso de la facultad legalmente prevista en el artículo 9.1 de la misma ley, abonará, previa reclamación del interesado, a partir del cumplimiento de dicho plazo, cuyo cómputo se efectuará en la forma establecida en la Base 13ª de Ejecución del Presupuesto Municipal vigente, un interés de demora total equivalente a la suma de los siguientes elementos:

a.- El tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo, publicado por el Ministerio de Economía y Hacienda semestralmente en el Boletín Oficial del Estado a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate.

b.- La diferencia entre el interés legal del dinero, y el interés de demora contemplado en la legislación tributaria, que anualmente se establecen en la Ley de presupuestos Generales del Estado para cada ejercicio”.

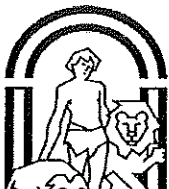
Y ello porque considera que no fue impugnada por la recurrente, en su día, y que no ha acreditado que concurran ninguno de los supuestos recogidos en el artículo 9 de la citada Ley 3/2004 para declarar la nulidad de una cláusula contractual, por abusiva.

El citado precepto en su versión aplicable al caso de autos, sobre cláusulas abusivas, establecía:

“1. Serán nulas las cláusulas pactadas entre las partes sobre la fecha de pago o las consecuencias de la demora que difieran en cuanto al plazo de pago y al tipo legal de interés de demora establecidos con carácter subsidiario en el apartado 2 del artículo 4 y en el apartado 2 del artículo 7, así como las cláusulas que resulten contrarias a los requisitos para exigir los intereses de demora del artículo 6, cuando tengan un contenido abusivo en perjuicio del acreedor, consideradas todas las circunstancias del caso, entre ellas, la naturaleza del producto o servicio, la prestación por parte del deudor de garantías adicionales y los usos habituales del comercio. No podrá considerarse uso habitual del comercio la práctica repetida de plazos abusivos.

Para determinar si una cláusula es abusiva para el acreedor, se tendrá en cuenta, entre otros factores, si el deudor tiene alguna razón objetiva para apartarse del plazo de pago y del tipo legal del interés de demora dispuestos en el artículo 4.2 y en el artículo 7.2.

Asimismo, para determinar si una cláusula es abusiva se tendrá en cuenta, considerando todas las circunstancias del caso, si dicha cláusula sirve principalmente para proporcionar





al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor, o si el contratista principal impone a sus proveedores o subcontratistas unas condiciones de pago que no estén justificadas por razón de las condiciones de que él mismo sea beneficiario o por otras razones objetivas.”

En el caso de autos, la cláusula pactada y sobre la que se aquietó la mercantil, y cuya nulidad se instó en la demanda al considerarla abusiva por entender que es desproporcionada, desequilibrada y abusiva, al prever un tipo de interés que a lo sumo y como máximo alcanzaría el 1,25% frente al 8% que prevé la Ley 3/2004.

Un análisis de las circunstancias del caso lleva a la conclusión que dado que estamos ante una facturación mensual, y que los retrasos en el pago en el periodo comprendido entre junio de 2016 a agosto de 2017 se deben a que prestación de los servicios se realizaron en base a un contrato que se había resuelto por el transcurso del plazo, y aunque sus cláusulas se siguieron considerando de aplicación en esta prórroga “tácita” lo cierto es que la tramitación de las facturas requería un procedimiento más dilatado en el tiempo, por lo que se puede concluir que concurre una razón objetiva, sin que por otra parte el retraso se haya dilatado en el tiempo, por lo que la función resarcitoria se cumple debidamente con el tipo de interés resultante de la cláusula pactada voluntariamente.

Asimismo ha de tenerse en cuenta la STS de 2 de diciembre de 2019, recurso nº 6758/2017, que vino a establecer que “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 de 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.” Ahora bien “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.”

Por todo lo anterior procede la estimación parcial del recurso de apelación contra la Sentencia nº 112/2020, de 10 de junio de 2020 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Málaga, que se revoca únicamente en cuanto considera como diez a quo para el cómputo del plazo de sesenta días de las facturas nº 0191703-0023, nº 0191702-0013, nº 0191612-0037, nº 0191611-0004, nº 0191602-0005, nº 0191601-0015 y nº 0191410-0007, la fecha de la presentación en Face, cuando debió de tenerse en cuenta la fecha de expedición.

SÉXTO.- Conforme al artículo 139.2 LJCA y teniendo en cuenta la estimación parcial del recurso de apelación no procede a condena en costas.

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





FALLAMOS

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

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso de apelación promovido en nombre de la mercantil ALTHENIA S.L contra la Sentencia nº 112/2020, de 10 de junio de 2020 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Málaga, que se revoca únicamente en cuanto considera como dies a quo para el cómputo del plazo de sesenta días de las facturas nº 0191703-0023, nº 0191702-0013, nº 0191612-0037, nº 0191611-0004, nº 0191602-0005, nº 0191601-0015 y nº 0191410-0007, la fecha de la presentación en Face, cuando debió de tenerse en cuenta la fecha de expedición.

SEGUNDO.- Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer, en su caso, recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo si pretende fundarse en infracción de normas de derecho estatal o de la Unión Europea que sean relevantes y determinantes del fallo impugnado o ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con la composición que determina el art. 86.3 de la Ley Jurisdiccional si el recurso se fundare en infracción de normas de derecho autonómico; recurso que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de treinta días contados desde el siguiente a la notificación de la presente sentencia mediante escrito que reúna los requisitos expresados en el art. 89.2 del mismo Cuerpo Legal.

Remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de procedencia, para su ejecución.

Lo mandó la Sala y firman los Magistrados Ilmos. Sres. al inicio reseñados.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilma. Sra. Magistrada Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.



