



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 7 6 / 2 0 1 9

(Pleno)

La Laguna, a 17 de octubre de 2019.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero (entonces en funciones) de Obras Públicas, Transportes y Vivienda del Gobierno de Canarias en relación con la ***Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por la UTE (...) para el pago de intereses de demora por retraso en el abono de certificaciones derivadas del contrato de la obra denominada «Nueva Carretera Adeje-Santiago del Teide, conexión Puerto de Fonsalía» (EXP. 273/2019 ID)*.***

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado el 12 de julio de 2019 (RE 17 de julio de 2019) por el Excmo. Sr. Consejero (entonces en funciones) de Obras Públicas y Transportes del Gobierno de Canarias, es la Propuesta de Resolución recaída en el expediente iniciado por escrito presentado por la UTE (...) para el pago de intereses de demora por retraso en el abono de certificaciones derivadas del contrato de la obra denominada «Nueva Carretera Adeje-Santiago del Teide, conexión Puerto de Fonsalía».

2. La citada propuesta de resolución fundamenta la solicitud de dictamen preceptivo, en los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias. No obstante, como más adelante se justificará, no nos hallamos ante dicho supuesto.

3. Son aplicables al caso que nos ocupa la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y el Real

* Ponente: Sra. de León Marrero.

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 (TRLCAP). En este sentido, es de recordar que, de acuerdo con la disposición transitoria primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), en sus apartados primero y segundo:

«Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos». Y, «los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida la duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior».

Pues bien, el contrato del que trae causa esta reclamación se formalizó el 6 de octubre de 2006 por lo que resulta de aplicación la normativa sustantiva vigente en ese momento (TRLCAP), sin perjuicio de la aplicación de la actual en aquellos aspectos procedimentales que le sean de aplicación (LCSP), como se razonará.

II

Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento, y que constan documentados en el expediente, son los siguientes:

- El 6 de octubre de 2006 se formalizó contrato entre «(...) UTE» y la Consejería de Obras Públicas y Transportes, que contaba con un plazo de ejecución de treinta y un meses a contar desde el inicio de la ejecución de las obras.

- Posteriormente, el 1 de diciembre de 2006, se aprobó el proyecto de construcción de la «Nueva carretera Adeje-Santiago del Teide, conexión Puerto de Fonsalía (Tenerife)» mediante Orden del Consejero de Infraestructuras, Transportes y Vivienda del Gobierno de Canarias.

- Con fecha 20 de diciembre de 2006, se firmó el Acta de Comprobación del Replanteo, sin reservas por parte del contratista, comenzándose a contar el plazo de ejecución desde el día siguiente a la fecha del acta.

- Con fecha 25 de noviembre de 2008, se autoriza por Orden del Consejero de Obras Públicas y Transportes la redacción del Proyecto Modificado n.º 1 de las obras, sin incremento presupuestario ni de plazo.

- El 23 de diciembre de 2008, por Orden del Consejero de Obras Públicas y Transportes, se dispuso el reajuste de anualidades del contrato de obras.

- Con fecha 31 de diciembre de 2008, se aprueba por Orden del Consejero de Obras Públicas y Transportes, la revisión provisional de precios de las obras, por importe de 1.085.682,44 €.

- Por Orden del Consejero de Obras Públicas y Transportes de 7 de abril de 2009 se dispuso la concesión de una prórroga del plazo de ejecución de las obras de la «Nueva carretera (...) del Teide. Conexión Puerto de Fonsalía (Santa Cruz de Tenerife)» hasta el 31 de octubre de 2001, y se aprobó el nuevo programa de trabajos de la obra.

- En virtud de Orden del Consejero de Obras Públicas, Transportes y Política Territorial de fecha 11 de diciembre de 2009 se autorizó a (...) UTE, adjudicataria de las obras, y constituida por las sociedades (...), (...), (...), (...) y (...), cesión a favor de los restantes socios de las participaciones en la titularidad de cuantos bienes, derechos y obligaciones les corresponden en ella a (...) y (...).

- Por Orden Departamental de 27 de septiembre de 2010, se aprueba el proyecto de construcción relativo al Modificado n.º 1 del contrato, con un incremento presupuestario del 0% con respecto al presupuesto inicial del mismo.

- Con fecha 9 de noviembre de 2012 se autoriza por Orden del Consejero de Obras Públicas, Transportes y Política Territorial, la redacción del Proyecto Modificado n.º 2 de las obras.

- Por Orden de 26 de noviembre de 2012 se autoriza la cesión de la participación de la empresa (...) y (...) a la empresa (...), con la subrogación y de los derechos y obligaciones del cedente.

- Mediante Orden de 28 de diciembre de 2012 del Consejero de Obras Públicas, Transportes y Política Territorial se autorizó la ampliación del plazo de ejecución de la obra hasta el 31 de diciembre de 2013.

- Con fecha 13 de junio de 2013, se aprueba la Orden Departamental por la que se dispone el reajuste de las anualidades del incremento del precio del contrato por la modificación del tipo impositivo del contrato al 7% en el expediente de contratación para la ejecución de la obra.

- Con fecha 25 de abril de 2014 se autoriza la modificación de la orden de 9 de noviembre de 2012 por la que se autorizaba la redacción del proyecto modificado n.º 2 de la obra, sin incremento presupuestario.

- Por Orden del Consejero de Obras Públicas, Transportes y Política Territorial de 27 de octubre de 2014 se procede al reajuste de anualidades en el que se incrementa el importe del contrato a 168.257.734,22 € y se mantiene el plazo de finalización de obra vigente -31 de diciembre de 2016-.

- En virtud de Orden del Consejero de Obras Públicas, Transportes y Política Territorial de 13 de noviembre de 2014 se autoriza el pago de las indemnizaciones por la reposición de los estanques afectados de las fincas n.º 318-A; 790-A; 792-0 y 793-A-1 (4DE; 5DE; 2DE y 3DE), por importe total de 1.015.015,91 €. Posteriormente, en virtud del Orden del Consejero de Obras Públicas, Transportes y Política Territorial de 17 de diciembre de 2014, se resuelve autorizar el pago de la indemnización por la reposición del estanque afectado de la finca n.º 497-0 del expediente de expropiación forzosa de los bienes y derechos afectados por la ejecución del proyecto «Nueva Carretera Adeje-Santiago del Teide. Conexión con el Puerto de Fonsalía», por un importe de 185.093,55 €.

- Con fecha 11 de diciembre de 2014 se autoriza por Orden Departamental el abono de la tercera revisión de precios provisional de las obras por un importe de 2.079.247,55 €.

-Con fecha 23 de diciembre de 2014 se autoriza por Orden Departamental el abono de la cuarta revisión de precios provisional de las obras por un importe de 1.310.962,25 €.

-Con fecha 30 de diciembre de 2014 se autoriza por Orden Departamental el abono de la quinta revisión de precios provisional de las obras por un importe de 8.891.438,86 €.

- Con fecha 28 de septiembre de 2015 por Orden de la Consejera de Obras Públicas y Transportes se modifica la Orden Departamental de 25 de abril de 2014, por la que se autoriza la redacción del Proyecto Modificado n.º 2 de la obra.

- Con fecha 30 de noviembre de 2015 se modifica por Orden de la Consejera de Obras Públicas y Transportes el nombre del contrato, pasando a denominarse «Anillo de Tenerife, subtramo (...) del Teide. conexión con el Puerto de Fonsalía (Tenerife)».

- Con fecha 16 de diciembre de 2015 se aprueba técnicamente por la Consejera de Obras Públicas y Transportes el Proyecto Modificado n.º 2, con un incremento de

12.000.284,73 € con respecto al presupuesto vigente, suponiendo un adicional del 7,15%, lo que asciende a un total global de 180.551.686,27 €.

- Con fecha 7 de julio de 2016, por Orden de la Consejera de Obras Públicas y Transportes se declara la nulidad de determinadas actuaciones realizadas en el proyecto de la obra «Anillo de Tenerife. subtramo Adeje-Santiago del Teide, Conexión con el Puerto de Fonsalía (Tenerife)» al amparo de la Orden n.º 160 de 25 de abril de 2014, por la que se autoriza la continuidad de la obra conforme al Proyecto Modificado n.º 2, pendiente de aprobación definitiva.

- El Proyecto Modificado n.º 2 es aprobado por Orden Departamental n.º 225 de 7 de diciembre de 2016. Según se recoge en el resuelvo segundo de dicha Orden, el abono del citado Modificado fue tramitado mediante Orden Departamental n.º 131 de 7 de julio de 2016, por la que se declara la nulidad de determinadas actuaciones realizadas en el proyecto de obra, al amparo de la Orden n.º 160 de 25 de abril de 2014.

- Con fecha 30 de diciembre de 2016, se aprueba por Orden del Consejero de Obras Públicas y Transportes la sexta revisión de precios provisional de las obras por importe de 699.212,9 €.

- Con fecha 10 de noviembre de 2017 se firma el Acta de Recepción de la obra.

- Por Orden del Consejero de Obras Públicas y Transportes de 26 de diciembre de 2017 se aprueba técnicamente la certificación final de la obra por importe de 16.991.444,78 €. IGIC incluido, ordenando la continuación de los trámites que permitan aprobar económicamente el gasto del saldo de referencia.

- Con esa misma fecha 26 de diciembre de 2017, el Gobierno de Canarias adopta el acuerdo por el que se autoriza la realización del gasto correspondiente a la revisión de precios definitiva de la Certificación Final de la obra por importe de 2.570.500,85 €, IGIC incluido.

- Con fecha 27 de diciembre de 2017 por Orden del Consejero de Obras Públicas y Transportes se aprueba el abono de la séptima revisión de precios provisional de las obras por importe de 1.948.602,50 €, IGIC incluido.

- El 31 de diciembre de 2017 se ordena el pago de la Certificación Final de la obra por importe de 16.991.444,78 €, IGIC incluido.

III

En cuanto a la tramitación del procedimiento, constan los trámites exigibles legalmente, así:

1.- El 6 de julio de 2018 se presenta escrito por parte de la UTE (...) solicitando que se proceda al abono de la cuantía de setecientos setenta mil setenta y nueve euros con ochenta y tres céntimos (770.079,83 €) en concepto de interés de demora en el abono de las certificaciones n.º 11, 12, 13, 14, 24, 27 Rev. Prec., 28, 28, 29, 33, 64, 65, 66, 1DE, 2DE, 3DE, 4DE, 5DE, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 102 y 103, y tres millones novecientos noventa y ocho mil trescientos sesenta y cinco euros con quince céntimos (3.998.365,15 €), correspondiente al retraso en la práctica de la revisión de precios de las certificaciones n.º 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 103, 104, 105, 106, 115, 116, 121, 122, 123, 124 125 y certificación final, más los costes de cobro sufridos por la mora de la presente reclamación, que al día 2 de julio de 2018 ascienden a 570 euros, cantidad que habrá de ser incrementada con los que se produzcan hasta en día en que se realice el abono total de la deuda.

2.- El 21 de noviembre de 2018 se emite el preceptivo informe del Servicio por la jefa de proyectos y obras y la jefa del área de carreteras, complementado por otros informes posteriores, de fecha 25 de marzo y 22 de abril de 2019.

3.- Con fecha 26 de abril de 2019 se dio traslado a la UTE interesada, de la Propuesta de Orden del Director General de Infraestructura Viaria por la que se estima parcialmente la reclamación presentada, concediendo trámite de audiencia.

4.- El 10 de mayo de 2019 la interesada presenta escrito de alegaciones en el que se opone al criterio adoptado para la determinación del día final del cómputo, indicando que el mismo debe ser el del ingreso en la cuenta corriente del acreedor, que es cuando entienden que se produce el pago de la obligación con el cálculo realizado para el abono de las facturas correspondientes a las actuaciones de reposición realizadas en las fincas 497-0, 318-A, 792- 0, 790-A y 793-A 1 y, por último muestra su disconformidad con la inaplicación de los intereses de demora en la práctica de la revisión de precios.

5.- El 7 de junio de 2019 se emite nuevo informe relativo a los cálculos de los intereses de demora de las facturas correspondientes a las actuaciones de reposición

realizadas en las fincas 497-0, 318-A ,792-0,790-Ay 793-A1 por parte de la jefa de proyectos y obras y la jefa del área técnica de la Dirección General de Infraestructura Viaria.

6.- Solicitado informe al Servicio Jurídico, éste, mediante oficio de 4 de julio de 2019, informa que se devuelve la solicitud, al entender que, dado que el procedimiento de reclamación se inició antes de la entrada en vigor del Decreto 50/2019, de 15 de abril, por el que se modifican el Decreto 19/1992, de 7 de febrero, no le es de aplicación la nueva redacción del art. 20 letra j) sino la vigente en el momento del inicio del referido procedimiento que excluía las reclamaciones por daños derivados de reclamaciones contractuales, sin perjuicio de advertir, previamente, sus dudas acerca del carácter de reclamación de responsabilidad patrimonial del asunto que nos ocupa.

7.- El 12 de julio de 2019 se emite Propuesta de Resolución, en forma de borrador de Orden, que se remite a este Consejo para la emisión de dictamen. La Propuesta de Resolución, en virtud de los informes recabados a lo largo de la tramitación del procedimiento estima parcialmente la reclamación, al señalar:

« (...) el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) del referido contrato, en su cláusula 25, estipula que “a efectos de pago al contratista, el director de la obra expedirá certificaciones mensuales de la obra realizada que tendrá la consideración de abonos a buena cuenta, debiendo tramitarlas en los diez días siguientes al periodo que correspondan y remitir una copia al contratista a efectos de que éste, en el plazo de 10 días hábiles, manifieste su conformidad o su reparo, debiendo contar aquellas con el VBº del facultativo director de la obra designado por la Administración”. Por lo que respecta al plazo para realizar los abonos, determina el PCAP que se realizarán en el plazo de sesenta días (60) siguientes a la fecha de expedición de la respectiva certificación de obra.

El apartado 2 de la referida cláusula 25 dispone, a continuación que en caso de demora por la Administración en el pago del precio ésta deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dichos 60 días, los intereses de demora y la indemnización por los costos 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 operaciones comerciales.

Cuarta. Esta cláusula se ajusta a lo dispuesto por 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, según el cual la Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la

realización total o parcial del contrato. Si la Administración se demorase en el pago de las certificaciones de obra, atendiendo a la modificación operada en esta Ley por la Disposición Final primera de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, procedería aplicar esta última norma para determinar el importe de los intereses de demora y los costes de cobro.

Quinta.- En cuanto al inicio del cómputo del plazo para el abono de las certificaciones de obra, y en consecuencia, del inicio del plazo para considerar que la Administración ha incurrido en mora (dies a quo desde que la Administración incurre en morosidad), siguiendo el informe 1/2012, de la Junta Consultiva de contratación administrativa de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias sobre determinados aspectos de la expedición, tramitación y pago de las certificaciones de obra, hemos de entender que la certificación de obra es un documento que, por su propia naturaleza y contenido, solo adquiere tal condición cuando lo suscribe con su firma quien lo expide, y por tanto “es el momento que se incorpora la firma el que determina el momento de expedición del documento.” En este sentido, e interpretando el artículo 150 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con relación al 99.4 de la Ley, resulta que no cabe duda de que, en los contratos de obra, el momento en que el Director Facultativo de la misma expide la certificación de obra es el que determina el inicio del cómputo del plazo máximo para realizar su pago (STS 10.09.2010), esto es, los sesenta días legalmente previstos, incluso sin necesidad de disponer de la correspondiente factura.

Sexta.- Por lo señalado anteriormente, y con relación al devengo de los intereses de demora, entiende esta Consejería que para considerar que la Administración ha incurrido en mora el día de inicio del devengo (dies a quo), es el día siguiente al que se cumple el plazo máximo de pago de la certificación y como día fin (dies ad quem) la fecha en la que la Dirección General del Tesoro y Política Financiera materializa el pago, esto es, la fecha de la recepción de la orden de pago por transferencia electrónica de la entidad financiera y no aquella en que produce el ingreso efectivo en la cuenta corriente del acreedor, criterio seguido por la contrata tanto en su reclamación inicial como en las alegaciones presentadas el 10 de mayo de 2019.

Por lo que respecta al momento hasta el que deben calcularse los intereses (*dies ad quem*) entiende esta Consejería que los efectos liberatorios del pago para la Administración se producen desde el momento en que se lleva a cabo la realización de la orden de pago de la transferencia a la entidad financiera que ha de realizarla, por lo que eventuales retrasos debidos a los plazos de gestión de las operaciones bancarias son ajenos a esta y no resulta razonable soportarlos” (...).

Novena.- La contrata incorpora a su reclamación determinados pagos de indemnizaciones por reposición de depósitos de riesgo afectados en diversas fincas del expediente de

expropiación forzosa de los bienes y derechos afectados por la ejecución del proyecto “Nueva Carretera (...) del Teide. Conexión Puerto de Fonsalía”, relatados en el antecedente 17°. En su escrito de 10 de mayo de 2019, alega la incorrección parcial de los cálculos de los intereses de demora relativos a los conceptos 1DE; 2DE; 3DE; 4DE y 5DE, correspondientes a pagos de indemnizaciones por la reposición de depósitos de riego (reposición de estanques) afectados por la ejecución del proyecto de referencian efectuados por informe técnico de 22 de abril de 2019, aceptando el criterio del devengo adoptado por la Administración respecto de estas facturas, pero señalando la omisión por parte de la Administración de lo dispuesto por 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 del empleo. Efectuada revisión de los cálculos realizados en el sentido de la omisión señalada por la contrata, se detecta error en los mismos por lo que procede rectificar el cálculo inicialmente realizado (...).

La cantidad de 135.117,64 € sigue siendo superior a los 132.093,51 € reclamados por la contrata.

Décima.- Por último, reclama la contrata inicialmente y en su escrito de 10 de mayo el abono de los intereses de demora devengados como consecuencia de los abonos parciales realizados en concepto de revisión de precios. A este respecto, el informe técnico de 21 de noviembre obrante en el expediente pone de manifiesto las dudas de la técnico informante acerca de la procedencia de su abono, en la medida en que la revisión de precios comporta un procedimiento reiterado de comprobación y ajuste de los importes puesto que los índices de revisión pasan de provisionales a definitivos, siendo que el devengo de los intereses de demora deberla proceder con respecto a una obligación vencida, líquida y exigible (apartado 4.2 del informe técnico.)

En efecto, la revisión de precios comporta un procedimiento reiterado de comprobación y ajuste de los importes en la medida que los índices de revisión pasan de provisionales a definitivos.

Si se hubiese procedido al abono mensual de los importes de revisión de precios, siempre hubiese tenido que proceder la revisión de dichos importes, por cuanto los índices que se manejan suelen ser en primera instancia provisionales, con lo que se podría haber planteado también el caso de devengar deuda aun abonando mensualmente.

La Contrata reclama, una vez liquidada las obras, y conociendo a posteriori los índices definitivos de revisión, los intereses devengados para cada uno de los importes que, a posteriori, se conocen como definitivos, desde la fecha en la que se hubiesen tenido que abonar.

Pero, precisamente, esa labor de reajuste y actualización, ya que los índices de revisión se han ido modificando, se elabora a posteriori también, reclamando no obstante un devengo

de intereses por retraso en el abono con relación a una fecha, para la que el importe definitivo por revisión no era conocido.

En este sentido, no parece procedente abonar los intereses de demora sobre una deuda cuyo importe definitivo es incierto en el momento de ser supuestamente contraída, o dicho de otro modo, no podría haber intereses de demora en caso de no existir deuda definitiva.

Decimoprimer.- En cuanto a los costes de cobro a que hace referencia en artículo 8 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, se estiman debidamente acreditados (...).

IV

1. La solicitud de dictamen se funda en lo preceptuado en el art. 11.1.D.e) de la Ley del Consejo Consultivo, esto es: *reclamaciones que se formulen en materia de responsabilidad administrativa patrimonial cuya cuantía sea igual o superior a 6.000.*

En el presente caso se reclama por el interesado el abono de los intereses de demora derivados del incumplimiento por parte de la Administración de su obligación del pago del precio en el plazo legalmente establecido.

Para estos supuestos el 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 (TRLCAP), que es la norma sustantiva de aplicación, establece ex art. 99.4 la obligación de la Administración de abonar el precio dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato. Si la Administración se demorase en el pago de las certificaciones de obra, atendiendo a la modificación operada en esta Ley por la Disposición Final primera de la Ley 3/2004 de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, procedería aplicar esta última norma para determinar el importe de los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro, a través del procedimiento para la reclamación del pago del precio del contrato y, en su caso, de los intereses de demora, de los contratistas frente a la Administración.

Al igual que hiciera la Ley 30/2007 de 30 de octubre, al incorporar a través de la Ley 15/2010 ex art. 200 *bis* un procedimiento específico para el cumplimiento de la obligación de pago y, en su caso, los intereses de demora, el vigente art. 199 LCSP repite el mismo sistema de lo que se ha venido en llamar por la doctrina «proceso monitorio administrativo».

Y, como ya se ha razonado en nuestro anterior Dictamen 375/2019, el Tribunal Supremo tiene declarado que en materia procedimental ha de aplicarse la legislación vigente, pues en otro caso se podría vulnerar la tutela judicial efectiva [STS de 7 de noviembre de 2012, número de recurso 1085/2011, ROJ: STS 7873/2012 ECLI:ES:TS:2012:7873, Ponente: (...)]:

«(...) QUINTO: Planteado el debate casacional en los términos expuestos en los Fundamentos Segundo y Tercero es conveniente que en el análisis de los motivos alteremos el orden en que se formulan por la recurrente, anteponiendo el del motivo tercero, referido, como se dijo a la infracción del artículo 200 *Bis* de la Ley 30/2007 (RCL 2007, 1964), Ley de Contratos del Sector Público, añadido por la Ley 15/2010 de 5 de julio (RCL 2010, 1810). Y ello porque la inequívoca claridad del artículo 200 *Bis* no deja duda alguna de que la medida cautelar solicitada en este caso tiene su cobertura indiscutible en ese precepto, de modo que la aplicación al caso de una norma tan especial hace en rigor innecesario acudir para justificar la normativa a la más general de los artículos 29 y 136 LJCA (RCL 1998, 1741).

La cuestión suscitada en el motivo es un puro problema de derecho transitorio, consistente en si dicho precepto puede ser o no aplicado al caso actual, habida cuenta de la fecha de entrada en vigor de la Ley y la del contrato del que deriva la obligación de pago de las cantidades que en el proceso se reclaman.

Al respecto debe partirse de la literalidad de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 15/2010 que es la siguiente: “Disposición Transitoria primera. Aplicación a los contratos. Esta Ley será de aplicación a todos los contratos celebrados con posterioridad a su entrada en vigor”.

Es oportuno advertir que la tesis de la recurrente expresada en el motivo que ahora nos ocupa, ya fue explicitada en el recurso de súplica, y no mereció en el Auto resolutorio del mismo, según hemos argumentado en el Fundamento de Derecho anterior, un examen individualizado, sino un rechazo apodíctico “por los claros términos de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 15/2010”.

La cuestión es si, en efecto, esos términos tienen la claridad que el referido Auto les atribuye. Sobre el particular la tesis del motivo, de diferenciación entre normas sustantivas y procesales de la Ley 15/2010, que la recurrente expone resulta plenamente compartible.

Debe observarse que el artículo 200 *Bis*, cuestionado, se intitula como “Procedimiento para hacer efectivas las deudas de las Administraciones Públicas”; y que el contenido del mismo, en coherencia con su título, se refiere a la formulación del “recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración”; y dentro de él a la regulación de una singular medida cautelar. Es incuestionable que en el precepto no se regula un determinado contenido del contrato o unos efectos del mismo, sino el régimen de una

actuación procesal. O en otros términos, y en estricto ajuste a la literalidad del precepto, un procedimiento jurisdiccional.

Ello sentado, y en contra de lo afirmado por el Auto desestimatorio del recurso de súplica, la Disposición Transitoria Primera de la Ley 15/2010 no resulta, ni mucho menos, clara para poder fijar el régimen transitorio de la nueva y singular medida procesal, de ese nuevo procedimiento jurisdiccional, lo que exige un especial esfuerzo de interpretación de la norma.

Es lógico entender que la afirmación legal de que “esta Ley será de aplicación a los contratos celebrados con posterioridad a su entrada en vigor”, no da respuesta al interrogante de si la Ley puede aplicarse, no a los contratos anteriores (que resulta incuestionable que no), sino a una tramitación procesal, que traiga por causa la reclamación de obligaciones surgidas de contratos anteriores a ella. El concepto de Contrato no puede decirse de principio que incluya en su ámbito a las reclamaciones jurisdiccionales para reaccionar frente al incumplimiento de las obligaciones generadas por el mismo. Por ello el contenido afirmativo de la expresión legal en su referencia a los contratos concernidos por ella, no conlleva necesariamente y de modo implícito el contenido negativo de la inaplicabilidad de la ley a la nueva tramitación procesal que en ella se establece.

La diferencia entre normas sustantivas y procesales respecto al régimen transitorio de la aplicabilidad de las nuevas normas es, por lo demás, clásica en nuestro ordenamiento jurídico, como convincentemente razona la recurrente, desde la Transitoria cuarta del Código Civil (LEG 1889, 27), siguiendo con las Transitorias de la LEC (RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001,1892) y de la LJCA.

En ese marco ordinamental, para sostener que la modificación de la Ley 15/2010, en cuanto a su concreto contenido procesal a los regulados en el artículo 200 *Bis* de la Ley 30/2007, es inaplicable a los recursos contra la inactividad de la Administración derivados de contratos suscritos antes de dicha Ley 15/2010, la Disposición Transitoria de ésta debiera tener una precisión al respecto, que en ella, según hemos razonado, no se encuentra. Por tal causa en una hermenéutica razonable, resulta lógico entender que falta en la Ley una transitoria rectora del régimen temporal del nuevo procedimiento jurisdiccional.

Así las cosas, ante la ausencia de una Disposición Transitoria tal, es necesario acudir como modelo genérico de transitoriedad en el cambio de leyes, según ha venido sustentando la jurisprudencia (por todas STS de 23 de mayo de 2012 (RJ 2012, 6984). Recurso de casación no 7113/2010, F.D. Sexto C), y según lo dispuesto en el artículo 4.3 del Código Civil, a la Disposición Transitoria Cuarta de éste, invocada por la recurrente, e incluso, y en razón de lo dispuesto en el artículo 4.3 del CC a la aplicación analógica de las Disposiciones Transitorias Séptima de la LEC y Octava de la LJCA, invocadas asimismo en el motivo de casación que analizamos.

Refuerza esta construcción hermenéutica una consideración atinadamente aducida por la recurrente como de justicia material, reproducida en nuestro Fundamento Segundo, apartado C, consideración no ya sólo fundada en una razón de justicia material, como alega la recurrente, sino sobre todo en otra de más precisa enjundia jurídica, de índole constitucional.

En efecto, si partimos del hecho de que la tutela cautelar forma parte, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional de innecesaria cita individualizada [por todas STC 259/2007, de 19 de diciembre (RTC 2007, 259 F.D. 8 y las muchas en ella citadas) del derecho fundamental de tutela judicial efectiva (artículo 24.2 CE (RCL 1978, 2836))], carecería de justificación constitucional que una medida cautelar como la que nos ocupa solo pueda beneficiar a unos determinados titulares de ese derecho y no a otros. De interpretar la transitoria como la han interpretado los autos recurridos, resultaría que a procesos en reclamación de la inactividad de la Administración iniciados todos con posterioridad a la vigencia de la Ley, esto es, procesos todos con un mismo objeto, e igualmente posteriores a la vigencia de la Ley (la Ley 15/2010, conforme a lo dispuesto en su Disposición Final única entró en vigor el 6 de julio de 2005, y la medida cautelar se solicitó, según consta en el sello de Registro de entrada del Decanato de los Juzgados de Valencia el 23 de julio de 2010 y el 26 de julio de 2010 en la Secretaría de la Sección Quinta del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana), como es el que aquí nos ocupa, la medida jurisdiccional establecida en la Ley sería aplicable a unos (aquellos en los que la inactividad contra la que se reclama traiga su causa de contratos anteriores a la ley, en los que precisamente por ello la inactividad resulta de mayor gravedad por su mayor persistencia a ella). Habría así una diferencia de situaciones iguales, y ello en el marco de un derecho fundamental, como es el de la tutela judicial efectiva, carente de justificación objetiva y razonable y proporcionada al fin [que es el canon de justificación del tratamiento diferenciado en la ley de continua proclamación en la jurisprudencia constitucional en relación con el artículo 14 CE, por todas STC 209/1988 de 10 de noviembre (RTC 1988, 209) Fundamento Jurídico 6 y STC 125/2003 Fundamentos Jurídicos 4 y 6)] y por tanto constitucionalmente inaceptable, que, de ser inequívoco en la Ley, obligaría a este Tribunal, ex art. 163 CE, a plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad. Tal drástica solución es sin embargo innecesaria, con arreglo a lo dispuesto en el art. 5 LOPJ (RCL 1985, 1578 y 2635), pues en este caso, antes de atribuir a la Disposición Transitoria cuestionada el sentido que le han atribuido los antes recurridos, es imprescindible la interpretación de su sentido en línea de constitucionalidad, como exige el art. 5.3 LOPJ, que es precisamente la que ha quedado razonada en las líneas precedentes.

Visto el problema del alcance de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 15/2010 desde esta óptica, las dudas suscitadas respecto a si tal disposición excluye de la posible aplicación del nuevo procedimiento jurisdiccional cautelar regulado en el artículo 200 *Bis* de la LCSP, las reclamaciones posteriores a su entrada en vigor contra la inactividad de la

Administración, fundadas en contratos anteriores al cambio legal, merecen una contestación negativa. Por el contrario, la afirmación de que la aplicación de la nueva medida cautelar no está concernida restrictivamente por la referida Disposición Transitoria, y que por tanto en la nueva medida cautelar es aplicable sin distinción de la fecha de los contratos de los que deriva la inactividad de la Administración que se pretende vencer con la medida, consideramos que es la que exige el derecho fundamental de tutela judicial efectiva (artículo 24.2CE), en cuanto clave de interpretación del ordenamiento jurídico (artículo 10 CE).

Conclusión de lo razonado es la de que los autos recurridos infringieron lo dispuesto en el citado artículo 200 *Bis* de la LCSP añadido por la Ley 15/2010, debiendo así estimarse el motivo tercero y anular los dichos Autos, sin que sea necesario ya ante tan radical solución el examen del resto de los motivos (...).

En definitiva, lo que viene a señalar la Sentencia es que nos hallamos ante un procedimiento específico contra la inactividad de la Administración y, dado que lo que se discute es si puede emplearse para reclamar las deudas cuyo origen es un contrato que fue adjudicado antes de la entrada en vigor de la citada Ley, la sentencia concluye que el procedimiento para hacer efectivas las deudas de las Administraciones Públicas puede ser empleado incluso en los supuestos en los que el contrato origen de la deuda fuera adjudicado antes de la entrada en vigor de la Ley 15/2010, que creó el citado procedimiento. De esta forma, la nueva medida cautelar es aplicable sin distinción de la fecha de los contratos de los que deriva la inactividad de la Administración que se pretende vencer con la medida. El Tribunal Supremo considera que esta conclusión es una consecuencia del carácter exclusivamente procesal de la medida, a la vez que una exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE), en cuanto clave de interpretación del ordenamiento jurídico.

2. Aplicadas las presentes consideraciones a este caso, concluimos que no es preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo, toda vez que no se solicita por el reclamante indemnización alguna por eventuales daños y perjuicios, limitándose a exigir, a través de un procedimiento específico los intereses moratorios y los costes de cobro, tal como se encuentra previsto en el art. 199 LCSP sin que contemple tal precepto la preceptividad del dictamen del Consejo Consultivo en estos supuestos, máxime teniendo en cuenta que la finalidad de la Ley es establecer un procedimiento efectivo y ágil para favorecer el cobro en caso de incumplimiento por parte de la Administración. Por tal razón, no procede en este caso entrar en el fondo del asunto.

C O N C L U S I Ó N

No procede entrar en el fondo del asunto al no ser preceptivo el dictamen solicitado a este Consejo.