

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

SALA DE LO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA

En la Ciudad de Valencia, cinco de julio de dos mil dieciséis.

VISTO por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana compuesta por: Presidente: Ilmo. Sr. D. Fernando Nieto Martín. Magistrados Ilmos. Srs: D. José Bellmont Mora. Dña. Rosario Vidal Mas. D. Edilberto Narbón Lainez. Dña. Begoña García Melendez

SENTENCIA NUM 612/2016

En el recurso núm. 311/2014, interpuesto como parte demandante VIAS y CONSTRUCCIONES S.A-TARANCON INFRAESTRUCTURAS, S.L.U, UTE BARRANCO DE LAS OVEJAS, representado por el Procurador y dirigida por el Letrado contra "desestimación tácita de la solicitud de pago por importe de 149.541,14 € presentada el 5.02.2014, derivada del contrato suscrito el 20.06.2011, que tenía por objeto el acondicionamiento del Barranco de las Ovejas en su tramo final (pk0 + 457 hasta la desembocadura) Alicante -exp NUM000), en la demanda concretó la cantidad a 144.638, 14 €". Habiendo sido parte en autos como parte demandada GENERALIDAD VALENCIANA (Consellería de Medio Ambiente, Agua, Urbanismo y Vivienda), representada y dirigida por los SERVICIOS JURÍDICOS DE LA GENERALIDAD VALENCIANA y Magistrado ponente la Ilmo. Sr. D. Edilberto Narbón Lainez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la Ley, se emplazó al demandante para que formalizara la demanda, lo que verificó mediante escrito en que suplica se dicte sentencia declarando no ajustada a derecho la resolución recurrida.

SEGUNDO .- La representación de la parte demandada contestó a la demanda, mediante escrito en el que solicitó se dictara sentencia por la que se confirmase la resolución recurrida.

TERCERO .- No habiéndose recibido el proceso a prueba, se emplazó a las partes para que evacuasen el trámite de conclusiones prevenido por el artículo 62 de la Ley de la Jurisdicción y, verificado, quedaron los autos pendientes para votación y fallo.

CUARTO .- Se señaló la votación para el día veinticuatro de mayo de dos mil dieciséis. El Magistrado D.Fernando Nieto Martín, formula un voto particular.

QUINTO .- En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales.

SEXTO .- Por providencia de 18.5.2016, el Tribunal hizo uso del art. 33 de la Ley 29/1998 sobre la posible nulidad de la cláusula cuarta del convenio de pagos denominado "confirming", las partes presentaron escritos de alegaciones el 2.6.2016 y 6.6.2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente proceso la parte demandante VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A-TARANCON INFRAESTRUCTURAS, S.L.U, UTE BARRANCO DE LAS OVEJAS, interpone recurso contra "desestimación tácita de la solicitud de pago por importe de 149.541,14 € presentada el 5.02.2014, derivada del contrato suscrito el 20.06.2011, que tenía por objeto el acondicionamiento del Barranco de las Ovejas en su tramo final (pk0 + 457 hasta la desembocadura) Alicante -exp NUM000), en la demanda concretó la cantidad a 144.638, 14 €".

SEGUNDO.- Para la resolución del caso examinado debemos partir de los siguientes puntos de hecho: 1. Con fecha 20.6.2011, la UTE demandante formalizó contrato de obras para acondicionamiento del Barranco de las Ovejas en su tramo final (pk0 + 457 hasta la desembocadura) Alicante -exp NUM000). 2. Consecuencia de la ejecución de dicho contrato se emitieron 14 certificaciones entre el 1.7.2011 y 8.7.2013, la Administración pagó el principal de las certificaciones tardíamente pero no abonó los correspondientes intereses. 3. Con fecha 5.2.2014, la UTE demandante presenta escrito ante la Generalidad Valenciana reclamando los intereses conforme al art. 200.4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. 4. El criterio establecido para calcular los intereses por la empresa demandante es el siguiente, en concreto, el previsto en el art. 200.4 de la Ley 30/2007 : a. Dies a quo. Según la cláusula 19.1 del Pliego de Condiciones: (...) Los pagos se efectuarán, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 200 y 201 de la LCSP , en la forma establecida en el apartado K del Anexo I (...). b. Dies ad quem y tipo de interés. En el apartado 5 del art. 19: (...) Si la Administración incurriese en mora en los pagos, los intereses que se generen como consecuencia del pago fuera del plazo legalmente establecido se calcularán 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 (...). 5. Con esta base, la empresa demandante presentó escrito ante la Administración el 5.2.2014 reclamando los intereses de demora en el pago de las certificaciones, el montante ascendía a 149.541,14 €. 6. La Administración no respondió, ante tal eventualidad, la empresa formalizó demanda el 7.5.2014. En el momento de formalizar la demanda, entendió que había sufrido un error en el cálculo al incluir en

las certificaciones a efectos de intereses la "Tasa de Dirección e Inspección de Obras", excluyendo la cláusula volvió a recalcular los intereses fijando la reclamación en 144.638,14 €.

TERCERO.- La Administración contesta la demanda y se opone al cálculo de intereses practicada por la empresa demandante. No niega el contrato, el cumplimiento por la empresa demandante ni las fechas de pago. Su oposición la centra en que la empresa demandante suscribió el Convenio General de 16.5.2005 con determinadas entidades bancarias el 14.10.2011, sistema denominado confirming. Según este sistema, la empresa demandante no tiene derecho al percibo de intereses hasta que hayan transcurrido 120 días más 50 días, es decir, a los 170 días de emitida la correspondiente certificación. En base al confirming practica liquidación con un resultado de 34.447,88 €, cantidad a la que fue condenada la Administración en medidas cautelares por esta Sala y que no abonó.

CUARTO.- El punto de partida para determinar legalmente los intereses es el art. 200 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en sus números 4 y 8, establece: (...) Artículo 200. Pago del precio. 4. La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato, sin perjuicio del plazo especial establecido en el artículo 205.4, y, si se demorase, deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de treinta días, los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que 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 treinta días se contará desde dicha fecha de recepción o prestación. 8. Las Comunidades Autónomas podrán reducir los plazos de sesenta días, cuatro meses y ocho meses establecidos en los apartados 4, 5 y 6 de este artículo.(...). En este momento, procede analizar la alegación hecha por la Generalidad Valenciana sobre el aplazamiento de pago mediante el sistema de "confirming". Consiste en Convenio suscrito -16.5.2005- con diversas entidades de crédito al que se han ido adhiriendo empresas contratistas, forzadas por la Administración según la empresa; en concreto, la empresa demandante se adhirió el 14.10.2011: A. Cláusula cuarta: 4.1 La Tesorería emitirá órdenes de pago en firme a un plazo de hasta 120 días desde la fecha de contabilización de la factura/certificación en la fase de obligación de pago de las empresas proveedoras acogidas a este convenio, a las entidades financieras participantes en el Convenio General par la gestión de pagos de la Generalidad Valenciana, reflejadas en el Anexo II (Euribor plazo + 4.50 %, más comisión de anticipo de 0,75%). 4.2 Una vez

contabilizadas las facturas/certificaciones se procederá a remitir de forma telemática las remesas generadas a las entidades financieras para que procedan a la gestión de pagos. 4.3 Las entidades financieras participantes una vez recibidas las remesas de pagos, notificarán a los acreedores/contratistas la posibilidad de anticipar éstos mediante el mecanismo del "confirming", en las condiciones establecidas por las entidades en el Anexo II, cediendo los derechos de cobro a la entidad financiera. Según interpreta el "Convenio" la Generalidad Valenciana, para que las facturas o certificaciones generen intereses debe transcurrir los 120 días del convenio más 50 días previstos en la legislación de contratos, con lo cual, el contratista hasta casi los seis meses no general intereses a su favor.

QUINTO.- El convenio a juicio de la Sala pugna con el art. 4.1.a) (en el momento de adherirse al convenio) de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, la sanción es de nulidad según el art. 9 de la misma Ley (Sala Tercera Sección Séptima del Tribunal Supremo en sentencia de 2 de noviembre de 2015 (ROJ: STS 4908/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4908) o 14 de mayo de 2014 (ROJ: STS 2745/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2745)).

SEXTO.- El art. 200 y 200.bis de la Ley 30/2007 tienen carácter de norma básica del art. 149.1.18 de la Constitución según la disposición final séptima. En el mismo sentido, el art. 99.4 del Real Decreto Legislativo 2/2000 y 216.4 y 8 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en relación con la - disposición final segunda-. En función de lo expuesto, las Comunidades Autónomas, en los términos de la legislación básica estatal, sólo tienen competencia para reducir los plazos de pago no para aumentarlos. El único margen que otorga el legislador respecto al plazo se recoge en el art. 4.3 de la Ley 3/2004, en la redacción dada por el art. 33.1 de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (entrada en vigor, 28.7.2013): (...) Los plazos de pago indicados en los apartados anteriores podrán ser ampliados mediante pacto de las partes sin que, en ningún caso, se pueda acordar un plazo superior a 60 días naturales (...). Salvo el supuesto que acabamos que citar, toda cláusula, estipulación o convenio que amplíe los plazos previstos en la legislación estatal es nulo conforme al art. 9 de la Ley 3/2004. En el momento en que se suscribió el presente contrato (2011) y se presentaron las facturas (septiembre 2011 julio 2013), la cláusula vigente no permitía este tipo de convenios, en concreto decía el art. 4.1.a): (...) El plazo de pago de deberá cumplir el deudor será el siguiente: a. Sesenta días después de la fecha de la recepción de las mercancías o prestación de los servicios. Este plazo de pago no podrá ser ampliado por acuerdo entre las partes (...).

SEPTIMO.- La sentencia del Tribunal Constitucional nº 56/2014, de 10 de abril de 2014 -fd-5.b), interpretó el art. 75.7 de la Ley 30/2007 , que establece: (...) Se prohíbe el pago aplazado del precio en los contratos de las Administraciones Públicas, excepto en los supuestos en que el sistema de pago se establezca mediante la modalidad de arrendamiento financiero o de arrendamiento con opción de compra, así como en los casos en que esta u otra Ley lo autorice expresamente . (...) La Ley Cántabra autorizaba el pago aplazado acogiéndose al último párrafo del precepto citado. El TC lo declara inconstitucional al entender que infringía el art. 149.1.18 , el argumento fue " si básica era la regla general, básica debe ser la excepción ". Por tanto, las excepciones sólo puede establecerlas el legislador estatal, criterio que reitera en la sentencia núm. 237/2015 -fd 2, de 19 de noviembre de 2015. (...) De conformidad con esta doctrina, reproducida en las SSTC 157/2011, de 18 de octubre , 195/2011 a 199/2011, de 13 de diciembre , y 203/2011, de 14 de diciembre , procede considerar que el régimen de prohibición de pago aplazado es indiscutiblemente básico, tanto por regular un aspecto nuclear de la contratación administrativa como por su conexión con el principio de estabilidad presupuestaria, que informa y preside todas las políticas públicas con impacto en el gasto y, en lo que aquí interesa, los presupuestos de las Comunidades Autónomas (art. 21.2 de la Ley Orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas).Porque, siendo competencia del Estado, ex art. 149.1.18 CE , establecer la regla general de prohibición del pago aplazado en los contratos de las Administraciones públicas, la misma lógica se extiende a considerar que sólo el mismo legislador estatal puede determinar las excepciones, pues éstas no hacen sino delimitar el alcance de la regla general, actuando como complemento necesario de la misma (...). La conclusión que obtiene la Sala es que el Convenio General, en los puntos analizados, es contrario a las normas imperativas que acabamos de señalar y choca con las normas básicas establece el art. 149.1.18 de la Constitución.

OCTAVO.- Procede en este momento analizar las objeciones a la nulidad de la cláusula cuarta del Convenio General de 16.5.2005 con determinadas entidades bancarias, sistema denominado confirming. Los motivos de oposición a la nulidad por parte de la Generalidad Valenciana son: 1. La adhesión al convenio es voluntaria. 2. No impide a la Generalidad Valenciana el pago directo si dispone de recursos. 3. No supone ninguna renuncia del acreedor a cobrar en los plazos establecidos en la legislación, ni a reclamar las compensaciones que le correspondan en caso de incumplimiento. La Sala nada tendría que objetar si se tratase de un simple mecanismo de pago, incluso de no alterar los plazos establecidos por la Ley para el pago de los intereses se podría incluir como cláusula de contratación. Ahora bien, sencillamente no es cierta la afirmación de la legal representación de la Generalidad Valenciana, contradice su propia liquidación de intereses. Según este sistema, la empresa demandante no tiene derecho al percibo de intereses hasta que hayan transcurrido 120 días más 50 días, es decir, a los 170 días de emitida la correspondiente certificación, baste a la Administración ver su propia liquidación y la

demanda. La Generalidad, con base en el confirming, practica liquidación con un resultado de 34.447,88 €, en tanto que, la parte actora sin aplicar los 170 días sin intereses obtiene como resultado 144.638,14 €. Vamos a reproducir el fundamento de derecho primero del escrito de demanda de la Generalidad Valenciana base de su cálculo (folio 8-párrafo primero): (...) La UTE demandante establece unos días de retraso en el pago para cada certificación sin haber tenido en cuenta que para el cálculo de los intereses de demora debe de tomar como término inicial el día que resulte después de descontar 170 días desde la fecha de nacimiento de la obligación (fecha de certificación de la obra) (...). Estima la Sala que sobra todo comentario sobre el hecho de que la cláusula objeto de debate es un mero sistema de pago que no afecta a los plazos ni el tipo de interés, a la Generalidad Valenciana le bastará con leer su propia demanda.

NOVENO.- Sobre la voluntariedad del sistema, sin perjuicio de incidir en este aspecto, el derecho español es clarísimo tanto para prohibir este tipo de pactos como la sanción que establece en caso de incumplimiento: A. Norma base. El art. 200 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y art. 3.3 de la Ley 15/2010, de 5 de julio, por la que se modifica la Ley 3/2004, que establece medidas de lucha contra la morosidad, en concreto, modificando (reduciendo) en la disposición transitoria octava los plazos a que se refiere el art. 200 que hemos citado. B. Prohibición de pactos para ampliar plazos en 2010 y prohibición por encima de 60 días en versión 2013. El art. 4.1.a) de la Ley 3/2004: - Versión 2010 (...) El plazo de pago de deberá cumplir el deudor será el siguiente: a. Sesenta días después de la fecha de la recepción de las mercancías o prestación de los servicios. Este plazo de pago no podrá ser ampliado por acuerdo entre las partes (...). - Versión 2013 (...) Los plazos de pago indicados en los apartados anteriores podrán ser ampliados mediante pacto de las partes sin que, en ningún caso, se pueda acordar un plazo superior a 60 días naturales (...). C. Consecuencias del incumplimiento. - El art. 1255 del Código Civil prohíbe los pactos contrarios a la Ley. - El art. 6.3 del Código Civil establece que los actos contrarios a las normas imperativas o a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca en efecto distinto en caso de contravención. - El art. 9 de la Ley 3/2004, establece la nulidad en caso de contravención. La conclusión es que la Generalidad Valenciana no puede hacer este tipo de pactos con los contratistas y acreedores de la Administración, la sanción es la nulidad.

DÉCIMO.- El siguiente argumento que esgrime la Generalidad Valenciana tiene como base la petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Murcia en relación con las Directivas 2000/35/CE y 2011/7/VE- (morosidad en las operaciones comerciales -operaciones entre empresas y poderes públicos -prácticas y cláusulas contractuales abusivas), a propósito del Real Decreto Ley 8/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes contra la morosidad

de las administraciones públicas y de apoyo a entidades locales con problemas financieros. Los argumentos que emplea la Administración se basan en las conclusiones sobre la cuestión prejudicial elaboradas por el Abogado General, Dña. Eleanor Sharpston, presentadas el 12 de mayo de 2016, los argumentos son los siguientes: a. Voluntariedad, b. No considera cláusula abusiva el precepto que permite el pago a cambio de la renuncia de intereses y coste de cobro. c. Concluye la Abogada General: 1. En relación con la Directiva 2000/35, artículos 3 , 4 y 7 : (...) De ello se deduce que la Directiva 2000/35 y, en particular, su artículo 3.3 , debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional que a) otorga al acreedor el derecho a adherirse a un mecanismo que prevé el pago "acelerado" del principal adeudado con arreglo a un contrato cuando el acreedor ha cumplido sus obligaciones establecidas en el contrato, siempre que renuncie a su derecho al pago de los intereses de demora y a la compensación por los costes de cobro, al tiempo que b) permite al acreedor negarse a adherirse a este mecanismo con el resultado de que conserva su derecho a los intereses y a la compensación, aunque es probable que tenga que esperar bastante más para cobrar (...). 2. En relación con la Directiva 2011/7, artículos 1 , 2 , 4 , 6 , 7 , 12 y 13 : (...) A mi juicio, de ello se desprende que la Directiva 2011/7, y, en particular, su artículo 7, apartados 2 y 3 , debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional que a) otorga al acreedor el derecho a adherirse a un mecanismo que prevé el pago "acelerado" del principal adeudado con arreglo a un contrato cuando el acreedor ha cumplido sus obligaciones establecidas en el contrato, siempre que renuncie a su derecho al pago de los intereses de demora y a la compensación por los costes de cobro, al tiempo que b) permite al acreedor negarse a adherirse a este mecanismo con el resultado de que conserva su derecho a los intereses y a la compensación, aunque es probable que tenga que esperar bastante más para cobrar (...).

A tenor de las conclusiones que se acaban de exponer finaliza la Generalidad Valenciana afirmando que el Convenio de Confirming sería ajustado a la Directiva.

UNDÉCIMO.- Para analizar esta excepción opuesta por la Administración, como quiera que se trata de las conclusiones de la Abogada General del TJUE, podemos analizar el supuesto planteado desde una doble perspectiva: 1. Si el Tribunal Europeo no acoge las conclusiones y entendiera que el Real Decreto Ley no se ajusta a la Directiva, no habría discusión, directamente tendríamos que concluir que el "convenio de confirming" es contrario al derecho europeo y al derecho interno. 2. Si el Tribunal Europeo acoge las conclusiones de la Abogada General, tendríamos que concluir que un convenio como el firmado por la Generalidad Valenciana en 2005 con diversas entidades bancarias, al que se pueden adherir los acreedores, no es contrario a la Directiva. Por tanto, el análisis de los puntos que siguen, se toma como base que el Real Decreto Ley 8/2013, no se opone a la Directiva, hipótesis más favorable a la tesis de la Generalidad Valenciana.

DUODÉCIMO.- En primer lugar, entendemos que el planteamiento de la Administración es incorrecto, al menos desde el punto de vista del derecho interno. La directiva 2000/35 como la 2011/7 tienen como objetivo, como su propio nombre indica, establecer medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, por tanto, para poder inaplicar el art. 4.1.a) de la Ley 3/2004 -tanto en la versión 2010 como en la 2013-, debería haber dado la Generalidad Valenciana argumentos para concluir que: una norma de derecho interno que establece plazos rígidos para el pago a los acreedores y prohíbe pactos que alarguen el plazo e impida la renuncia a los intereses es contraria a las Directivas Comunitarias. Sobre esa base jurídica la Sala podría haber planteado cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En tanto no se produzca un pronunciamiento del Tribunal Constitucional declarándola contraria a la Constitución o del Tribunal de Justicia de la Unión Europea declarándola contraria al derecho comunitario, el Tribunal está obligado a aplicarla.

DECIMOTERCERO.- El único argumento que se desprende del escrito presentado por la Administración el 6 de junio de 2016 se basa, en que, el Real Decreto Ley 8/2013 ha venido a modificar las previsiones que al respecto recogen tanto la Ley 3/2004 como la Ley 30/2007. Para dejar sin efecto este argumento bastaría a la Sala señalar que el Real Decreto Ley 8/2013 no sería aplicable a un convenio al que se adhiere el acreedor en 2011 y reclama intereses que vencieron antes de la entrada en vigor del citado Real Decreto Ley. Ahora bien, como hemos postulado en la providencia de 18.5.2016 la nulidad de la cláusula, estamos obligados a examinar la cláusula cuarta en toda su extensión.

DECIMOCUARTO.- El hilo argumentativo de la Generalidad Valenciana nos conduce al art. 2.2 del Código Civil que regula la entrada en vigor y derogación de las leyes, establece como previsión que una Ley posterior derogue expresamente una norma anterior, supuesto que no concurren en el presente caso. El segundo supuesto que contempla es que la nueva Ley sea, en todo o en parte, contraria a la antigua Ley sobre la misma materia, en cuyo caso, se produce la derogación tácita. Entendemos que en el presente caso no se ha producido una derogación tácita ya que el Real Decreto Ley 8/2013 no deroga ni expresa ni tácitamente la Ley 3/2004, establece una excepción no derogación, ambas normas no son incompatibles en todo o en parte.

DECIMOQUINTO.- Las diferencias entre el Real Decreto Ley 8/2013 y la Ley 3/2004 son notables: a. Desde un prisma subjetivo, la Ley 3/2004, tiene un carácter general y amplio de operaciones comerciales entre particulares o entre particulares y administraciones públicas - art. 1 y 2-, en tanto que, el Real Decreto Ley 8/2013, sólo se refiere -ex art. 1- a la morosidad de las comunidades autónomas y entidades locales con problemas financieros, un detalle a resaltar es que el Estado no está

incluido dentro de la norma. b. Desde un punto de vista objetivo, la Ley 3/2004, resulta de aplicación a todos los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales realizadas entre empresas, o entre empresas y la Administración, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, así como las realizadas entre los contratistas principales y sus proveedores y subcontratistas. El art. 2 del Real Decreto Ley 8/2013, por un lado tiene un carácter más estrecho desde un prisma temporal, se refiere las obligaciones pendientes de pago con los proveedores siempre que sean vencidas, líquidas y exigibles, con anterioridad al 31 de mayo de 2013 y estén contabilizadas de acuerdo con lo previsto en los artículos 11 y 15; por otro lado tiene un carácter más amplio, afecta a relaciones que estarían fuera del ámbito de la Ley 3/2004 como: subvenciones, indemnizaciones por expropiaciones, transferencias de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales a asociaciones e instituciones sin fines de lucro etc. La conclusión que obtenemos es que no nos encontramos ante una derogación tácita del art. 4.1.a) de la Ley 3/2004 - tanto en la versión 2010 como en la 2013- sino ante una excepción a la regla general que sigue vigente.

DECIMOSEXTO.- Partiendo de la base de que la Ley 3/2004, como se ha explicado en el fundamento de derecho décimo, no es contraria al derecho comunitario cabe hacer algunas consideraciones adicionales. 1. Desde el prisma competencial, una excepción como la establecida en el Real Decreto Ley 8/2013, sólo puede hacerla el Estado mediante una norma con rango de Ley, es decir, en ningún caso puede hacerla la Comunidad Valenciana o Entidad Local, ni por Ley ni por pacto. Se ha explicado en el fundamento de derecho séptimo la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 56/2014, 237/2015), en virtud de la competencia exclusiva del art. 149.1.18, si básica era la regla general, básica debe ser la excepción. 2. En las relaciones jurídicas de las Comunidades Autónomas o Entidades Locales con sus proveedores el Estado tiene la condición de tercero, esta perspectiva no apreciada desde el exterior - conclusiones del Abogado General, Dña. Eleanor Sharpston- que habla de emanaciones del estado, es fundamental desde el punto de vista del derecho interno. Las conclusiones de la Abogada General hablan de segundo contrato, refiriéndose a la relación del Estado con los acreedores de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales, en derecho interno podría incardinarse en el art. 1158 del Código Civil, ahora bien, el tenor del Real Decreto Ley 8/2013 tiene unas exigencias para el acreedor y administraciones deudoras que podemos asumir que se trata de un segundo contrato. No obstante, el Estado no incide en el ámbito del art. 4.1.a) o 4.3, según versión 2010 o 2013, que prohíbe el pacto de las partes. En nuestro caso, el Estado no es parte sino tercero, el argumento puede resultar un tanto artificial desde un prisma económico pero lo cierto que el Estado, en su condición de tercero, no incide en los preceptos objeto de debate. 3. La dinámica de ambos procesos en cuanto al pago es diferente. Cuando un acreedor de una Comunidad Autónoma o Entidad Local se acoge al plan de pagos del Real Decreto Ley

8/2013, renuncia a la vía judicial, incluso iniciada, porque cobra al instante o en breve plazo; el sistema del confirming, en teoría, debería impedir la vía judicial si se cobraba en plazo. En la práctica semana tras semana acuden acreedores solicitando intereses de demora por pago tardío, nuestro caso nos puede servir de ejemplo. La empresa demandante, firmante del convenio de confirming, acude al Tribunal poniendo de relieve que la Administración ha sobrepasado todos los plazos, los legales y los establecidos en el confirming, desde un prisma estrictamente civil se podría argumentar que no puede esgrimir ante un Tribunal un convenio que la propia Administración ha incumplido (art. 1124 del Código Civil). La Generalidad Valenciana, de forma confusa, parece darnos a entender que la empresa no ha querido cobrar por la vía del confirming. No podemos aceptar su argumentación, cuando en vía cautelar condenamos a la Administración a pagar los intereses que había calculado la propia Generalidad Valenciana -34.447,88 €- por el sistema del confirming, en conclusiones, nos dice la empresa que no había cobrado.

DECIMOSEPTIMO.- En el escrito de demanda la parte actora, dado que la Generalidad Valenciana no se pronunció expresamente en vía administrativa, no solicitó la nulidad de la cláusula cuarta del contrato. En vista de la contestación a la demanda, solicitó expresamente la nulidad de la cláusula, esa fue la razón de seguir la vía del art. 33 de la Ley 29/1998, dar oportunidad a la Generalidad Valenciana para pronunciarse sobre este punto. En principio, el Tribunal podría dejar de aplicar la cláusula con base en el art. 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no obstante, ante el debate procesal a raíz de las conclusiones de la parte actora y la posibilidad de defensa de la Generalidad vía art. 33, vamos a declarar la nulidad de la cláusula objeto de debate, además, por supuesto, de estimar el recurso.

DECIMOCTAVO.- De conformidad con el art. 139 de la Ley 29/1998, procede la condena en costas, al tratarse de una estimación total del recurso, a la Generalidad Valenciana. Vistos los artículos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS ESTIMAR el recurso planteado por VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A-TARANCON INFRAESTRUCTURAS, S.L.U, UTE BARRANCO DE LAS OVEJAS, contra "desestimación tácita de la solicitud de pago por importe de 149.541,14 € presentada el 5.02.2014, derivada del contrato suscrito el 20.06.2011, que tenía por objeto el acondicionamiento del Barranco de las Ovejas en su tramo final (pk0 + 457 hasta la desembocadura) Alicante -exp NUM000), en la demanda concretó la cantidad a 144.638,14 €".

SE ANULA LA RESOLUCIÓN RECURRIDA, en su lugar, SE ESTIMA EL RECURSO Y RECONOCE EL DERECHO A PERBIBIR DE LA GENERALIDAD VALENCIANA la cantidad de

144.638,14 €, más los intereses legales de dicha cantidad desde 5.2.2014 hasta la fecha de su efectivo pago; asimismo, SE ANULA LA CLÁUSULA CUARTA DEL CONVENIO PARA REGULAR EL FUNCIONAMIENTO DEL PROCEDIMIENTO DE PAGOS MEDIANTE CONFIRMING DE DETERMINADAS OBLIGACIONES A EMPRESAS PROVEEDORAS DE LA GENERALIDAD VALENCIANA DE 16 DE MAYO DE 2005. Todo ello con expresa condena en costas a la Administración demandada.

Así por esta nuestra sentencia, frente a la que no cabe recurso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Recurso nº 311/2014.

VOTO PARTICULAR formula el magistrado D. Fernando Nieto Martín a la sentencia 612/2016, de cinco de julio, que la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana ha dictado en el proceso 311/2014. 1.-La decisión judicial en relación con la que planteó el voto particular estima las pretensiones de invalidez jurídica y de reconocimiento de derechos que la parte demandante articuló contrala: "... desestimación tácita de la solicitud de pago por importe de 149.541,14 € presentada el 5.02.2014, derivada del contrato suscrito el 20.06.2011, que tenía por objeto (...) en la demanda concretó la cantidad a 144.638,14 €" (encabezamiento). De la parte dispositiva de la sentencia de 05/07/2016, lo más relevante es el apartado en el que se anula un convenio general - es decir, no aplicable solo a la relación jurídica abierta entre la parte actora de la controversia, UTE Barranco de las Ovejas, y la Generalitat - de este Ente público, de fecha 16 mayo 2005. Se trata del: "Convenio para regular el funcionamiento del procedimiento de pagos mediante confirming de determinadas obligaciones a empresas proveedoras de la Generalitat Valenciana". El escrito de alegaciones que en el mes de junio de 2016 presentó la defensa en juicio de la Generalitat en los autos 311/2014 anota que: "... el procedimiento de pago por confirming se estableció en el año 2005 (...) En el año 2015, tras la valoración del documento de adhesión mediante convenio, se emitieron sendas circulares que regulaban el procedimiento de pagos mediante confirming de deudas con empresas proveedoras o de terceros en general" (páginas 1ª y 2ª). En concreto, la decisión judicial anula el apartado cuarto del acuerdo: ".. asimismo, se anula la cláusula cuarta del convenio para regular el funcionamiento del procedimiento de pagos (...) de 16 de mayo de 2005". "4º.- Procedimiento. 4.1 La Tesorería emitirá órdenes de pago en firme a un plazo de hasta 120 días desde la fecha de contabilización de la factura/certificación en la fase de obligación de pago de las empresas proveedoras acogidas a este convenio, a las entidades financieras participantes". "... 4.2 Una vez contabilizadas las facturas/certificaciones se procederá a remitir de forma telemáticas las remesas generadas a las entidades financieras para que procedan a la gestión de cobros". "4.3 (...) la posibilidad de anticipar éstos mediante el mecanismo de "confirming", en las condiciones financieras establecidas por las entidades (anexo II), cediendo los derechos de cobro a la entidad financiera" 2.-Son variados los motivos que fundan, en el sentir de la Sala, este resultado. El principal viene constituido por la circunstancia de que existe normativa, con rango de ley formal y tenor imperativo (es decir, que su alcance no puede ser variado por voluntad de las

partes de un contrato), que fija un plazo máximo para el inicio del cómputo de la deuda de intereses que generen las relaciones entre Entes de Derecho público y sus proveedores. El enunciado legal se sitúa en el artículo 4.1.a) de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre , que establece medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. "... El plazo de pago que deberá cumplir el deudor será el siguiente: a. Sesenta días después de la fecha de la recepción de las mercancías o prestación de los servicios. Este plazo de pago no podrá ser ampliado por acuerdo entre las partes". La sentencia 612/2016 constata que "... Según este sistema, la empresa demandante no tiene derecho al percibo de intereses hasta que hayan transcurrido 120 días más 50 días, es decir, a los 170 días de emitida la correspondiente certificación (...) con lo cual, el contratista hasta casi los seis meses no genera intereses a su favor" (fundamentos de derecho tercero y cuarto). "... toda cláusula, estipulación o convenio que amplíe los plazos previstos en la legislación estatal es nulo conforme al art. 9 de la Ley 3/2004 ". "... es contrario a las normas imperativas que acabamos de señalar y choca con las normas básicas establece el art. 149.1.18 de la Constitución " (fundamentos de derecho sexto y séptimo). La decisión judicial expresa otros razonamientos. Éstos son los de que: - la voluntariedad del sistema no es óbice para llegar a su anulación: "... Sobre la voluntariedad del sistema (...) el derecho español es clarísimo tanto para prohibir este tipo de pactos como la sanción que establece en caso de incumplimiento (...) - El art. 1255 del Código Civil prohíbe los pactos contrarios a la Ley. - El art. 6.3 del Código Civil establece que los actos contrarios a las normas imperativas o a las prohibitiva son nulos de pleno derecho (...) - El art. 9 de la Ley 3/2004 , establece la nulidad en caso de contravención". - tampoco lo son las conclusiones que sienta la Abogacía General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C- 555-14: "... En las relaciones jurídicas de las Comunidades Autónomas o Entidades Locales con sus proveedores el Estado tiene la condición de tercero, esta perspectiva no apreciada desde el exterior - conclusiones del Abogado General, Dña. Eleanor Sharpston - que habla de emanaciones del estado, es fundamental desde el punto de vista del derecho interno". "... No obstante, el Estado no incide en el ámbito del art. 4.1.a) o 4.3, según versión 2010 o 2013, que prohíbe el pacto entre las partes. En nuestro caso, el Estado no es parte sino tercero (...) en su condición de tercero, no incide en los preceptos objeto de debate" (fundamento de derecho decimosexto, sentencia, 612/2016, de 5 de julio). - en fin, estima relevante la diferencia que media entre establecer un mecanismo de exclusión/alargamiento del abono de intereses de demora en una norma con rango de ley formal emitida por la Administración del Estado versus concreción de éste en un convenio procedente de una de las partes interesadas en la reducción de su deuda de intereses: "... Desde el prisma competencial, una excepción como la establecida en el Real Decreto Ley 8/2013, sólo puede hacerla el Estado mediante una norma con rango de Ley, es decir, en ningún caso puede hacerla la Comunidad Valenciana o Entidad Local, ni por Ley ni por pacto". "... La dinámica de ambos procesos en cuanto al pago es diferente" (fundamento de derecho decimosexto). 3.-Argumentos en los que fundo la discrepancia. Son los siguientes: a.- El esencial viene constituido por el hecho de que

la Abogacía General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha considerado, en un supuesto objetivo parangonable (véase, al respecto, lo que se analiza infra) con el que conforma el marco jurídico de los autos 311/2014, que la voluntariedad del sistema de pago a proveedores previsto en el Real Decreto-ley 8/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes contra la morosidad de las Administraciones públicas impide asumir que dicho sistema contraría la normativa aplicable en sede de plazo máximo en el que ha de iniciarse el cómputo de la deuda de intereses. La sentencia de 05/07/2016 no asigna, a esta decisión, el peso intrínseco que posee ni se atiende - como punto de partida sobre el que analizar, luego, la corrección jurídica del pago demorado al través del confirming - a algunas de las afirmaciones medulares que sustentan las conclusiones que la abogada general D^a Eleanor Sharpston presentó el 12 de mayo de 2016. Las conclusiones tienen que ver con una cuestión prejudicial abierta ante el Tribunal de Justicia por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Murcia. Las más trascendentes - para lo que interesa en los autos 311/2014 - son las siguientes: "... 44. En segundo lugar, el mecanismo de financiación establecido por el Real Decreto-ley 8/2013 ofreció al acreedor la posibilidad de elegir. Podía adherirse al mecanismo (...) O bien podría optar por que la situación continuara como antes". "... 51. De ello se deduce que la Directiva 2000/35 y, en particular, su artículo 3, apartado 3 , debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional que a) otorga al acreedor el derecho a adherirse a un mecanismo que prevé el pago "acelerado" del principal (...) siempre que renuncie a su derecho al pago de los intereses de demora y a la compensación por los costes de cobro, al tiempo que b) permite al acreedor negarse a adherirse a este mecanismo con el resultado de que conserva su derecho a los intereses y a la compensación, aunque es probable que tenga que esperar bastante más para cobrar". "52. La Directiva 2011/7 (...) 58. (...) Por consiguiente (...) debe considerarse abusiva para el acreedor toda cláusula contractual o práctica que se desvíe manifiestamente de las buenas prácticas comerciales, que sea contraria a la buena fe y a la lealtad contractual". "... 62. Sin embargo, en mi opinión nada en la Directiva 2011/7 se opone a que un acreedor celebre legamente un acuerdo voluntario con el deudor, tras la ejecución del contrato por parte del acreedor". b.- Estas afirmaciones de la abogada general debieron decantar la solución del conflicto hacia un resultado contrario a la tesis de impugnación vertida, en él, por la Unión Temporal de Empresas Barranco de las Ovejas, quien había suscrito el 20 de junio de 2011 un contrato de: "...ejecución de la obra de Acondicionamiento del barranco de las ovejas en su tramo final (PKO+457 hasta desembocadura (...)) El precio del contrato es de 5.874.086 € más (...) IVA" (cláusulas primera y cuarta). Lo esencial viene dado por la voluntariedad del sistema denominado: "procedimiento de pagos mediante confirming de determinadas obligaciones a empresas proveedoras de la Generalitat Valenciana". Esta nota es de la máxima importancia porque permite entender que en el contrato pactado entre los litigantes del proceso 311/2014 no se produjo vulneración de norma imperativa alguna, en los términos consignados por la sentencia de 5 julio 2016: "... La conclusión que obtiene la Sala es que el Convenio General, en los puntos analizados, es contrario a las normas imperativas que

acabamos de señalar y choca con las normas básicas que establece el art. 141.1.18 de la Constitución " (fundamento de derecho séptimo). La voluntariedad - de la que hay constancia expresa y certera en los autos; el documento en cuestión fue suscrito el 14/10/2011 por los Sres. Fructuoso y Modesto en representación de la UTE Barranco de las Ovejas - constituye parte medular del sistema del confirming, tal como aparece en el texto del convenio de 16 mayo 2005. " 8º. Inclusión en el convenio. Cualquiera de las empresas acreedoras de la Generalitat Valenciana podrá solicitar a la Tesorería su inclusión en el Convenio siempre que se adhieran a lo estipulado en él. Así mismo, estas empresas formalizarán un documento de adhesión al presente convenio estipulado como Anexo III". "10º. Compromisos de los participantes. 10.1 Ceder la gestión de las cantidades pendientes de pago por la Generalitat Valenciana a las entidades firmantes del Convenio General para la gestión de pagos de la Generalitat Valenciana. 10.2 Incluir toda la facturación/certificaciones con cargo a la Generalitat Valenciana, en las condiciones establecidas en este convenio, salvo autorización expresa de la Tesorería". La finalidad y el procedimiento (éste último anulado por la Sala, y que ya he reproducido con anterioridad) del sistema son descritos en los puntos 1º y 4º: "1º. Finalidad. Facilitar la liquidez necesaria para atender la financiación de los gastos e inversiones hechas por los diferentes departamentos de la Generalitat Valenciana mediante emisión de órdenes de pago a acreedores/contratistas de las obligaciones de pago a un plazo determinado, así como la posibilidad del descuento de éstos (confirming) en las entidades financieras participantes". El punto segundo, por su parte, señala que: " 2.1. Los importes por empresa proveedora serán el total de la facturación/certificación a cargo de la Generalitat Valenciana que se produzca a lo largo de la duración del Convenio, siempre que exista línea de crédito disponible; en caso contrario, la Tesorería establecerá los importes a incluir por acreedor". c.- La Sala afirma que entre el sistema de pago a proveedores previsto en el Real Decreto-ley 8/2013 y el que incluye el convenio de 16 mayo 2005 concurren suficientes disonancias como excluir la extensión, a este último, de las conclusiones efectuadas por la Sra. Sharpston, abogado general del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Los sistemas no son, desde luego, idénticos pero las diferencias anotadas por el tribunal carecen - para quien redacta el voto particular - de suficiente esencialidad, vista la discusión abierta en el proceso 311/2014, como para dar lugar al resultado de anular la cláusula 4ª del convenio de 16/05/2005. La primera diferencia es la de que: "... una excepción como la establecida en el Real Decreto Ley 8/2013 sólo puede hacerla el Estado mediante una norma con rango de Ley (...) En nuestro caso, el Estado no es parte sino tercero" (fundamento de derecho XVII, sentencia 612/2016). En mi visión del conflicto, la piedra angular se sitúa en la vulneración de la esencia que generó la aprobación de las Directivas 2000/35 CE y 2011/7/UE. Ésta fue la de evitar que las "cláusulas contractuales y prácticas abusivas" (enunciado del artículo 7º de la Directiva de 29/06/2000) vayan en perjuicio de quien se ve afectado por la demora en el pago de operaciones comerciales. La circunstancia de que la "práctica abusiva" se encuentre o no amparada por una norma con rango de ley formal no es

trascendente en el sentir de la Directiva del año 2000, como tampoco para la del año 2011. Como señala la Abogacía General en el punto 58 de sus conclusiones, la clave está en examinar la materialidad de la cláusula (no, en cambio, sus rasgos formales como quién la ha emitido, la relación de éste con las partes contratantes, previsión o no en una norma jurídica) con el objeto de contrastar si ha existido o no abuso de posición dominante: "... Por consiguiente (...) debe considerarse abusiva para el acreedor toda cláusula contractual o práctica que se desvíe manifiestamente de las buenas prácticas comerciales, que sea contraria a la buena fe y a la lealtad contractual". Sin embargo, nada de ello - " que se desvíe manifiestamente de las buenas prácticas comerciales, que sea contraria a la buena fe y a la lealtad contractual" - ha sido exhibido por parte de la sentencia 612/2016, de 5 de julio. Esa exhibición tampoco aparece, de forma alguna, en los escritos de demanda, conclusiones y de alegaciones al trámite del artículo 33.2 L.J . que presenta UTE Barranco de las Ovejas: "... la Generalitat Valenciana, pretende alterar y dejar sin efecto los plazos de pago que imperativamente se plasman en la legislación administrativa aplicable" (página 2ª, alegaciones de junio 2016). d.- Luego, la Sala destaca el hecho de que: "... La dinámica de ambos procesos en cuanto al pago es diferente. Cuando un acreedor de una Comunidad Autónoma o Entidad Local se acoge al plan de pagos del Real Decreto Ley 8/2013, renuncia a la vía judicial, incluso iniciada, porque cobra al instante o en breve plazo; el sistema de confirming, en teoría, debería impedir la vía judicial si se cobrase en plazo. En la práctica semana tras semana acuden acreedores solicitando intereses de demora por pago tardío, nuestro caso nos puede servir de ejemplo" (fundamento de derecho XVI). El tribunal dice que el pago a proveedores mediante confirming no es tan satisfactorio para el contratista de la Administración como lo es el incluido en el Real Decreto-ley 8/2013, de 28 de junio. No acompaña aquí a su argumentación los datos fácticos tangibles que muestren la coincidencia entre dichas afirmaciones y la realidad de la demora e incumplimiento (normal o generalizado, se supone) por la Generalitat de los términos del convenio de 16 mayo 2005. Esta mención tampoco consta, con el detalle ineludible, en los diversos escritos de alegaciones que el solicitante de la tutela judicial ha ido formulando en el proceso 311/2014. Así, y como paradigma de todos ellos, en el de alegaciones al trámite del artículo 33.2 de la Ley Jurisdiccional - con remisión a los escritos de demanda y conclusiones - indica que: "... la Generalitat Valenciana, pretende alterar y dejar sin efecto los plazos de pago que imperativamente se plasman en la legislación administrativa aplicable (...) tanto en el artículo 99.4 de la antigua Ley 2/2000 como". "... El acuerdo de pago que no respetase los plazos que la Ley indica como máximos merecería la sanción general de nulidad que el artículo 6.3 del Código Civil prevé para los casos de contravención de leyes imperativas". "... la cláusula 4ª del Convenio (...) debe ser considerada nula o deberá no aplicarse, por ser contraria al art. 4.3 de la Ley 372004, así como el art. 200 de la Ley 30/2007 , que son normas de Derecho imperativo, que deben prevalecer sobre dicho Convenio" (páginas 2ª y 3ª). Sin esa demostración, del tenor de las cláusulas del convenio para regular el funcionamiento del procedimiento de pagos mediante confirming llevo a una conclusión diversa a la de ordinaria demora

(según la sentencia 311/2014) en el pago de las certificaciones y/o facturas de los proveedores de la Generalitat que se hayan adherido a este sistema: "... 2º.- 2.1. Los importes por empresa proveedora serán el total de la facturación/certificación a cargo de la Generalitat Valenciana que se produzca a lo largo de la duración del Convenio, siempre que exista línea de crédito disponible; en caso contrario, la Tesorería establecerá los importes a incluir por acreedor. 2.2. Los importes globales máximos destinados a la financiación mediante el descuento comercial serán los establecidos en los contratos formalizados por la Generalitat Valenciana con las entidades financieras para este tipo de operaciones". 4.- En función de lo expuesto hasta ahora, considero que la Sala no debió anular la cláusula 4ª del convenio (de 16 mayo 2005) que regula el funcionamiento de un procedimiento de pagos mediante confirming de determinadas obligaciones a empresas proveedoras de la Generalitat. Y es que no existe aquí una "práctica abusiva" en el sentido de la Directiva 2011/7/UE, de 16 de febrero: "... Para determinar si una cláusula contractual o una práctica es manifiestamente abusiva para el acreedor en el sentido del párrafo primero, se tendrán en cuenta todas las circunstancias del caso, incluidas: Cualquier desviación grave de las buenas prácticas comerciales, contrarias a la buena fe y actuación legal. La naturaleza del bien o del servicio, así como Si el deudor tiene alguna razón objetiva para apartarse del tipo de interés legal de demora, del plazo de pago (...) o de la cantidad fija a la que se hace referencia en el artículo 6, apartado 1" (artículo 7). A efectos del apartado 1, se considerará manifiestamente abusiva una cláusula contractual o una práctica que excluya el interés de demora". Valencia, a siete de julio de 2016. Fdo. Fernando Nieto Martín, magistrado.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente del presente recurso, estando celebrando Audiencia Pública esta Sala, de la que, como Secretaria de la misma, certifico,