

**T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD
PALMA DE MALLORCA**

SENTENCIA: 00441/2018

SENTENCIA

Nº 441

En la Ciudad de Palma de Mallorca a 26 de septiembre de 2018

ILMOS SRS.

PRESIDENTE

D. Gabriel Fiol Gomila

MAGISTRADOS

D. Fernando Socías Fuster

D^a Alicia Esther Ortuño Rodríguez

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears los autos Nº **88/2017** dimanantes del recurso contencioso administrativo seguido a instancias de la entidad **XXX.**, representada por el Procurador D. Juan José Pascual Fiol y asistida del Abogado D. Juan Buades Feliu y como Administración demandada la de la **COMUNIDAD AUTONOMA DE ILLES BALEARS** representada y asistido por Abogado de la Comunidad Autónoma;

Constituye el objeto del recurso la desestimación presunta de la reclamación de 83.839,72 € en concepto de intereses de demora derivados del retraso del pago tardío de diversas facturas derivadas del contrato de obras entre la entidad recurrente y la Consejería de Vivienda y Obras Públicas, para rehabilitación del antiguo edificio del laboratori balear de qualitat de l'edificació (EXPTE. CONTR 2008 4261).

La cuantía se fijó en 83.839,72 €

El procedimiento ha seguido los trámites del ordinario.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Fernando Socías Fuster, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Interpuesto el recurso en fecha 5 de diciembre de 2016, se le dio traslado procesal adecuado, ordenándose reclamar el expediente administrativo.

SEGUNDO. Recibido el expediente administrativo, se puso de manifiesto el mismo en Secretaría a la parte recurrente para que formulara su demanda, lo que así hizo en el plazo legal, alegando los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, suplicando a la Sala que se dictase sentencia estimatoria del mismo, por ser contrario al ordenamiento jurídico el acto impugnado y en consecuencia que se condene a la Administración demandada a que le abone la cantidad de 83.839,72 €.

TERCERO. Dado traslado del escrito de la demanda a la representación de la Administración demandada para que contestara, así lo hizo en tiempo y forma oponiéndose a la misma y suplicando se dictara sentencia acordando la inadmisibilidad parcial del recurso con respecto al pago de las facturas núm. 090058 de 30 de septiembre de 2009 (172.3098,51 €), 110042 de 24 de noviembre de 2009 (73.669,18€) y 110057 de 30 de noviembre de 2009 (496.667,21 €), y en cuanto a los intereses derivados del resto de facturas, se desestime el recurso, en los términos expuestos en dicho escrito.

CUARTO. Recibido el pleito a prueba, se propuso y admitió la pertinente, con el resultado que obra en autos.

QUINTO. Declarada conclusa la discusión escrita, se ordenó traer los autos a la vista, con citación de las partes para sentencia, se señaló para la votación y fallo, el día 25 de septiembre de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Planteamiento de la cuestión litigiosa.

Como antecedentes fácticos relevantes, interesa reseñar:

1º) Que el día 28 de octubre de 2008 se formalizó el contrato de obras entre la entidad recurrente y la Consejería de Vivienda y Obras Públicas, de rehabilitación del antiguo edificio del laboratori balear de qualitat de l'edificació.

2º) Ejecutadas las obras, la administración demandada abonó tardíamente las distintas certificaciones y facturas (14) derivadas de la ejecución del contrato. Concretamente, excediéndose el plazo de los treinta días fijados en el art. 216,4º del RDL 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

3º) La contratista solicitó el abono de los intereses por la demora en el pago. Son los escritos presentados el 24.05.2011, 24.04.2014, 12.12.2014 y 06.09.2016.

Ante la falta de respuesta a dicha reclamación se accede a la presente vía jurisdiccional reclamándose la cantidad de 83.839,72 € según resulta de la tabla de intereses que para cada factura e importe se detalla como documento nº 2 adjunto a la demanda.

La Administración demandada, que nada dijo en vía administrativa, se opone a la demanda, argumentando:

1º) Falta de legitimación activa de la entidad XXX, respecto a tres facturas que fueron objeto de endoso. Concretamente las facturas núm. 090058 de 30 de septiembre de 2009 (172.3098,51 €), núm. 110042 de 24 de noviembre de 2009 (73.669,18€) y núm. 110057 de 30 de noviembre de 2009 (496.667,21 €) ya que las mismas fueron objeto de endoso a favor de la entidad Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona. Se considera que la recurrente está reclamando intereses de unas facturas cuya titularidad no le pertenece.

Se invoca que en este sentido se pronuncia la Sentencia núm. 124/2014, de 28 de febrero de 2014 de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears

2º) Solo hay coincidencia respecto a la fecha de pago en las facturas P9\80027, P9\90058, P9\110042, P9\110057 y P9\120041. De las restantes, la fecha de pago no es la que señala la

recurrente sino otra anterior según resulta del cuadro que se adjunta a la contestación a la demanda y se deriva del expediente administrativo (documento contable del folio 804).

De ello resultaría un adeudo de intereses inferior al reclamado.

3º) Del importe solicitado de adverso debe detrarse el importe del IVA.

SEGUNDO. La reclamación de intereses de demora respecto a las facturas que fueron endosadas por la contratista a otra entidad.

No es objeto de discrepancia que las facturas núm. 090058 de 30 de septiembre de 2009 (172.3098,51 €), 110042 de 24 de noviembre de 2009 (73.669,18€) y 110057 de 30 de noviembre de 2009 (496.667,21 €) fueron endosadas por la aquí recurrente a la entidad Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona.

Esta Sala, en Sentencia núm. 124/2014, de 28 de febrero de 2014 (PO 12/2012) entendió que una vez cedido el crédito a entidad bancaria, la cedente carece de acción para reclamar un crédito que ya no le pertenece en tanto que ha sido objeto de cesión “*y ello alcanza tanto a su principal como a sus intereses, ya que son obligaciones accesorias de esos créditos principales*”.

No obstante, este criterio debemos revisarlo a la vista de la reiterada doctrina jurisprudencial que se expresa en sentido contrario.

Concretamente, la STS de 17 May. 2004 (Rec. 145/1999) en Recurso para unificación de doctrina referido a la legitimación del contratista para reclamar intereses de demora por retraso en el pago de certificaciones de obra a pesar de haberlas endosado a entidad bancaria, se hace referencia a la consolidada jurisprudencia a favor de reconocer dicha legitimación al contratista.

Se dice:

“Al contrario, al resolver en favor de la legitimación del contratista para reclamar al SAS intereses de demora por el retraso en el pago de las certificaciones de obra, a pesar de que las hubiera endosado a una entidad bancaria, se ajustó a lo que, modificando una doctrina anterior, expresada en la Sentencia de 11 de enero de 1990, ha venido sosteniendo esta Sala desde la Sentencia de 28 de septiembre de 1993 (recursos 5972 y 5974/1990), invocada por la de instancia [Sentencias de 24 de septiembre de 1999 (casación 5144/1994), 25 de julio de 2000 (casación para la unificación de doctrina 2658/1996), 3 de octubre de 2000 (casación 1162/1995), 24 de octubre de 2000 (casación 1799/1995), 27 de marzo de 2001 (casación 8686/1996), 9 de octubre de 2001 (casación para la unificación de doctrina 4059/1997), 29 de octubre de 2001 (casación 6212/1997)), 14 de diciembre de 2001 (casación 9017/1997), 17 de

diciembre de 2001 (casación para la unificación de doctrina 8963/1997), 29 de diciembre de 2001 (casación 10033/1997), 2 de febrero de 2004 (casación para la unificación de doctrina 7375/98)]. En todas ellas se justifica esa legitimación en el hecho de que el perjuicio económico del retraso en el pago es soportado por el contratista a través del descuento que le aplican las entidades bancarias endosatarias.”

En el mismo sentido, SAN de 13 de marzo de 2018 (rec. 317/2016):

“Así las cosas, sobre la legitimación del endosante para reclamar los intereses de demora, si bien en un principio la jurisprudencia del Tribunal Supremo fue un tanto vacilante, la línea jurisprudencial finalmente consolidada, ya desde las Sentencias de 24 de Septiembre de 1999 , 6 de Abril del 2001 y 2 de Julio del 2002 , reconoce la legitimación del endosante, por considerar que, en estos casos, es el endosante el que se ve perjudicado por la demora en el pago de la certificación, aun cuando el mismo se realice a la entidad endosataria, ya que ésta descuenta una cantidad de dinero variable en función de la cuantía de la certificación y del tiempo de demora, resultando así que el perjuicio por el retraso en el pago de las certificaciones recae en el endosante y desde esta perspectiva es él, no la entidad endosataria, el verdadero perjudicado por la posible demora en el pago de las certificaciones de obras, por lo que dicho endosante tiene un interés legítimo directo en la reclamación de los intereses devengados por la demora. En este sentido se pronuncian también las SSTs de 2 de febrero de 2004 y 24 de mayo de 2004”

Procede así rectificar el criterio de nuestra anterior sentencia 124/2014, de 28 de febrero de 2014 (PO 12/2012) y con ello reconocer legitimación a la recurrente para reclamar intereses de demora respecto de las facturas endosadas a tercero, pues es la contratista cedente –y no la entidad bancaria– la perjudicada por el retraso en el pago de las facturas. Perjuicio que se materializa con el descuento que la entidad bancaria realiza sobre el importe de la factura y cuya reparación se pretende mediante el cobro de los intereses que aquí se reclaman.

TERCERO. La discrepancia con respecto a la fecha de pago de 9 facturas.

De estas 9 facturas, 3 son aquellas que fueron endosadas por la contratista acreedora a su entidad bancaria y que, como se ha señalado, tiene derecho al abono de los intereses de demora como indemnización del perjuicio derivado de los costes del descuento.

Para las 6 restantes, la Administración nos indica que la fecha de pago es aquella que ella señala en la contestación a la demanda y que coincide con la fecha situada a los 30 días desde que emitió su conformidad a la factura. Por ejemplo, para el cobro de la 8ª certificación (de fecha 30.06.2009), XXX emitió factura de fecha 31.07.2009, siendo conformada por el

Conseller d'Habitatge el 27.08.2009 ordenando su pago. Desconocemos la fecha en que se pagó o en que se ingresó un importe en la cuenta del acreedor. La Administración afirma que fue el día 25.09.2009, pero la recurrente lo niega.

La controversia deriva de que son facturas que se abonaron mediante la modalidad del “*confirming*”. Esto es, las supuestas fechas de pago que figuran en la hoja de cálculo de la Administración, son las fechas en que la Administración, considerando correctas las facturas, comunicó al banco con el que ésta opera, la autorización para que éste abonase su importe a la contratista (con fondos de la entidad bancaria), señalando en cada orden de pago una posterior fecha de vencimiento o fecha en que la Administración ingresaría en el Banco el importe de la indicada factura. El *confirming* es por tanto una modalidad de pago determinada por la Administración, en la que el banco ofrece anticiparle al acreedor el importe de la factura, una vez conformada por la Administración, pagando luego más tarde dicha Administración al banco. El coste del servicio financiero por el anticipo del pago con anterioridad a la fecha de vencimiento fijada por la administración deudora, se carga al acreedor al que de este modo se le paga un importe inferior al nominal de la factura.

En definitiva, la discrepancia está en que las fechas de pago que refleja la tabla de la contratista se corresponde con las fechas en que la Administración realizó el efectivo ingreso del importe de las facturas en la entidad bancaria (fecha de vencimiento), mientras que las fechas de pago que refleja la tabla de la Administración se corresponde con las fechas en que la Administración autorizó a la entidad bancaria para que pudiese anticipar el importe de tales facturas a la contratista, previo descuento de los gastos financieros.

Pues bien, también respecto a los intereses derivados de facturas satisfechas mediante esta modalidad de pago debemos revisar el criterio seguido por esta Sala (por todas STSJIB núm. 299/2013 de 9 Abr. 2013, Rec. 141/2012). En la modalidad de pago por *confirming* no podemos entender que la fecha de pago efectivo y que libera el devengo de intereses de demora es aquella en que la Administración comunica al banco la conformidad de la factura, pues en la medida en que señala una fecha de vencimiento posterior, no es sino a la fecha de este vencimiento cuando la Administración hace efectivo el pago ingresando el importe de la factura en el banco. Cualquier cobro anterior por el acreedor es un anticipo que la entidad bancaria realiza a la entidad contratista con fondos propios, a cambio de los costes financieros correspondientes.

Como vemos, la solución no puede ser distinta que la fijada por el TS para el endoso. Con mayor razón al no ser una modalidad de cobro, sino una modalidad de pago contratada por la Administración.

Las fechas de pago a efectos de *dies ad quem* en el devengo de intereses es así, la fecha del vencimiento de las facturas indicada por la propia administración.

Como indican reiteradas sentencias del TSJ Valencia (por todas, la de 5 de julio de 2016 (ROJ: STSJ CV 3710/2016 - ECLI:ES:TSJCV :2016:3710): *“el empleo del confirming no elude necesariamente la eventual concurrencia de retrasos en los pagos. Y, no puede obviarse que el empleo de este mecanismo de pagos es una alteración -no prevista en los pliegos- de los criterios legales de determinación de los intereses legales en los que en definitiva se ampara la reclamación formulada por la contratista. La relación o negocio mercantil de confirming en cuya virtud la entidad financiera y la constructora pactan el anticipo o descuento de la certificación de la obra no desvincula a esta última de las vicisitudes de la deuda reflejada en dicho documento, de manera que ese descuento no es ajeno al tiempo de demora de las certificaciones, razón por la cual quién realmente sufre el perjuicio económico de la mora es la constructora que se ve obligada a recurrir a este producto financiero para sufragar la ejecución de las obras a cambio de un precio, pero ello no enerva a la Administración de que cumpla con su obligación de pago en plazo, obligación incumplida de manera palmaria, por tanto genera los intereses correspondientes en los términos que reclama la apelante”*

Al margen de lo anterior, tampoco la parte recurrente reconoce como fecha de ingreso aquellas que señala la Administración, pues existe un desfase temporal entre el momento en que la Administración ordena el pago por la modalidad de confirming y la fecha en que este pago se realiza efectivamente. Y la prueba del pago corresponde al deudor, por lo que tampoco podríamos aceptar el cuadro de fechas de pago indicado por la Administración.

CUARTO. Intereses de demora sobre el IVA de las facturas.

En este punto cabe distinguir entre las certificaciones previas a la entrega y recepción de la obra y la certificación final o certificaciones una vez recibida la obra.

En cuanto a las certificaciones ordinarias previas a la recepción, no procede agregar el IVA a las mismas para determinar el importe de los intereses por retraso en su abono, por la

sencilla razón de que para la adjudicataria no se había producido el devengo del IVA que, de conformidad con el art. 75 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre del Impuesto sobre el Valor Añadido, no se producirá hasta el momento del pago. Por ello si la Administración retrasa el pago de dichas certificaciones parciales, no se produce perjuicio alguno a la adjudicataria ya que no debe ingresar el IVA hasta el momento del cobro y por tanto durante el período de retraso en el pago no cabe abonar intereses sobre el IVA de estas certificaciones parciales porque para la adjudicataria todavía no se ha producido el devengo. A partir del pago de estas certificaciones se produce el devengo, pero producido el pago, ha finalizado la obligación de abonar intereses.

En cuanto a la certificación final o certificación emitida con la recepción de la obra, el momento del devengo queda fijado por el art. 75,2º bis de la Ley del IVA, conforme al cual dicho devengo lo será *"2º bis. Cuando se trate de ejecuciones de obra, con o sin aportación de materiales, cuyas destinatarias sean las Administraciones públicas, en el momento de su recepción, conforme a lo dispuesto en el art. 147 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio"*. Por lo tanto una vez producida la recepción de la obra, para la empresa adjudicataria se inicia el devengo del IVA de tal modo que a partir de entonces el retraso en el pago por la Administración de la certificación final o pendiente sí revierte en perjuicio para la reclamante que afecta al IVA toda vez que si la adjudicataria ha procedido a su ingreso en la Hacienda Pública, el abono de intereses debe incluir no sólo el importe de la certificación final sino también el importe de su IVA correspondiente liquidado por la adjudicataria al haberse producido su devengo.

Aclarado lo anterior, resulta que en las propias facturas aquí reclamadas la empresa recurrente que la emitió hizo constar en las mismas: *"El presente documento se expide por exigencia del organismo contratante y se corresponde con las obras del epígrafe cuya recepción aún no se ha producido. Por consiguiente el devengo del IVA no se producirá hasta la fecha del cobro del importe acreditado (art. 75 DOS Ley 37/1992, de 28 de diciembre)"*.

En consecuencia, es improcedente que el cálculo de los intereses se realice sobre el importe de lo facturado con el IVA incluido, pero no devengado.

QUINTO. Costas procesales.

De conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional, tras la modificación operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, y ante la estimación parcial del recurso, no procede efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en estos autos.

Vistos los preceptos legales mencionados y demás de general y pertinente aplicación,

F A L L A M O S

1º) Que ESTIMAMOS PARCIALMENTE el presente recurso contencioso administrativo

2º) Que declaramos disconforme al ordenamiento jurídico el acto administrativo impugnado.

3º) Que reconocemos el derecho de la recurrente a que por la Administración demandada se le abone el importe de los intereses derivados del abono tardío de las certificaciones de obra y facturas derivadas de la ejecución del contrato “rehabilitación del antiguo edificio del laboratori balear de qualitat de l’edificació” (EXPTE. CONTR 2008 4261), conforme al cuadro de liquidación que se adjuntó a la reclamación administrativa, pero excluyendo de la base de cálculo de la misma, el importe del IVA de cada certificación.

4º) No procede expresa imposición de costas procesales.

Contra la presente sentencia, cabe recurso de casación a preparar ante esta Sala en el plazo de treinta días contados desde el siguiente al de la notificación de la presente, y para: * el Tribunal Supremo, si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea; * la Sección de casación de la Sala de los Contencioso-administrativo de este Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears, si el recurso pretende fundarse en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma de Illes Balears.



Así por esta nuestra sentencia de la que quedará testimonio en autos para su notificación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Fernando Socías Fuster que ha sido ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. . El Letrado de la Administración de Justicia, rubricado.