

EL PAGO DE INTERESES DE DEMORA EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

José Luis VILLAR-PALASÍ

Catedrático excedente de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid. Letrado excedente del Consejo de Estado de España

SUMARIO

INTRODUCCION. 1.A) Continuidad histórica del Derecho Administrativo. 2.B) Una regla exorbitante de la contratación administrativa.

I. EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL TRADICIONAL. 3.A) El planteamiento del problema en el derecho común. 4.B) El privilegio tradicional del Fisco y su consagración por la Jurisprudencia. 5.C) Una justificación nueva al privilegio. 6.D) Legislación especial declarando el pago de intereses. 7.E) Interpretación restrictiva tradicional. 8.F) La vía de la responsabilidad extracontractual y el criterio del "agente especial".

II. EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL CONTEMPORANEO. 9.A) El reconocimiento de intereses de demora con plazo de franquía inicial. 10.B) El impacto de las normas sobre responsabilidad y el nuevo sentido de la normativa contractual. 11.C) Reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno al tema. 12.D) La aplicabilidad del artículo 1110 del Código Civil a la contratación administrativa. 13.A) El origen del precepto y su sentido en el derecho civil. 14.B) Su aplicación al contrato administrativo.

INTRODUCCIÓN

1.A) *Continuidad Histórica del Derecho Administrativo.* Ha sido siempre para mí preocupación fundamental y línea metodológica en la construcción del Derecho Administrativo, el atender a la configuración histórica de sus instituciones y de sus reglas peculiares. Frente a la afir-

mación, bastante común en la doctrina de años atrás, de que el Derecho Administrativo es un producto de la Revolución, y en concreto de que el Derecho Administrativo español es una herencia francesa, tenía hace años la intuición, y hoy tengo la convicción, de que las raíces de muchos de sus principios y de su dogmática jurídica se remontan a épocas mucho más lejanas. Y de que nuestro Derecho Administrativo es mucho más original y mucho menos heredado.

He puesto de manifiesto en más de una ocasión ese fenómeno de pervivencia de técnicas jurídicas a través de los cambios revolucionarios, fenómeno que se manifiesta de modo especial en las pequeñas categorías, en la minucia técnica, que lejos de desaparecer ante el cambio de las líneas maestras del sistema, se insertan en él sin que el revolucionario, ni el ideólogo, ni el político ni el mismo dogmatista paren mientes en su existencia.

Pienso también que esa necesaria comprensión histórica del derecho en general, tiene en nuestro campo un particular interés. En primer lugar, porque a diferencia del derecho privado, donde el pandectismo supuso un corte dogmático bastante radical con todo el derecho histórico y una congelación de las categorías, el Derecho Administrativo, mucho más fluido y difícil de categorizar, y sobre todo mucho más apegado a la política, ha recorrido una línea continua de evolución sin quiebras, sin saltos en el vacío, sin solución de continuidad. Hubo ciertamente, un cambio de modas con la Revolución, y si se quiere de instituciones jurídico-políticas, pero no ha habido nunca un corte categorial. Pienso, por ello, que el Derecho Administrativo es mucho más consecuente con la historia, conserva mucho más cuidadosamente las categorías jurídicas de lo que las conservó el Derecho Privado.¹

Pero hay aún una razón de más peso. En Derecho Civil resulta excepcional, dado el grado de elaboración en que se encuentra, la necesidad de acudir a la reconstrucción histórica para la solución de un problema jurídico concreto. Y de hacerlo, basta ordinariamente con asomarse

1. Me remito en todo ello, para una consideración más extensa y pormenorizada de cuanto aquí digo, a mi *Derecho Administrativo*, cap. III y IV, Madrid, 1968.

a la etapa de la Codificación o al *Código de García Goyena*. Pues bien, en Derecho Administrativo —tengo de ello experiencia de veinte años como letrado al servicio del Consejo de Estado de España— la interpretación y reconstrucción histórica a partir de sus orígenes resulta en muchos casos el único camino que nos puede iluminar el sentido de una norma y conducir a una solución acertada.

2.B) *Una regla exorbitante de la contratación administrativa*. El tema de este trabajo es un fiel testimonio de estas afirmaciones. La regla administrativa de los intereses de demora es uno de los más claros ejemplos de ese fenómeno de conservación de técnicas que arrancan del derecho regio y a través de la jurisprudencia se conservarán hasta nuestros días sin demasiada, y a veces ninguna, base legal. Poner de manifiesto cuáles son esas técnicas y alumbrar la falta de justificación en nuestros días, en el seno de un ordenamiento del cual disuenan, constituye no sólo un deber de comprensión, de construcción universitaria de la ciencia, sino una obligación de estricta justicia.

Tal es exactamente el caso de la regla según la cual la Administración no paga intereses de demora. Esta regla será afirmada —como se sabe— por el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia, y no tiene a primera vista explicación alguna, pues la Administración carece de regla sustantiva que la exima del pago de intereses. Antes al contrario, desde un punto de vista dogmático, la solución era exactamente la contraria por aplicación del art. 16 del Código Civil y del cap. V de la Ley de Administración y Contabilidad de 1911. Si en ambos preceptos se establecía la supletoriedad del Código Civil, y éste impone (art. 1108) el pago de intereses, ¿por qué la Administración deniega su pago, salvo que haya precepto especial o así se haya pactado expresamente? ¿Cómo se explica la pervivencia hasta nuestros días de ese criterio jurisprudencial? ¿Cuál es el fundamento de esta regla exorbitante de la contratación administrativa que carece de base legal específica?

El problema se planteará en nuestros días con gran complejidad y con una gran importancia económica en los contratos de la Comisaría de Abastecimientos y Transportes para el abastecimiento nacional.

I

EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL TRADICIONAL

3.A) *El planteamiento del problema en el Derecho común.* Desde el Derecho romano (D. 18, 7, 19),² la morosidad en el pago de una cantidad determinada en que consista la obligación llevaba consigo el abono de las usuras o intereses, como resarcimiento de los daños y perjuicios que el retraso en el pago implica para el acreedor.

Con las limitaciones y cautelas que a lo largo de toda la Edad Media establece la Iglesia en torno a las usuras, y a la determinación de un interés legal máximo acorde con la moral, el principio permanecerá inmovible y será recogido en la *Nov. Recop., Libro X, tit. 11, Ley 12, Regla 4ª*: "Respecto a las deudas activas de artesanos y menestrales contra todas las clases distinguidas y privilegiadas, contraídas desde la publicación de esta mi cédula, declaro, que desde el día de la interpelación judicial corran por la demora y retardación del pago a beneficio de dichos artesanos y menestrales los intereses mercantiles del seis por ciento, para resarcirles el menoscabo que reciben en la demora, y avivar por este medio directamente el pago"

El Código Civil de 1851 consagrará la regla del pago de intereses de demora, estableciendo en su Art. 1017 que "cuando la obligación se limitase al pago de una cantidad determinada y se hubieren pactado intereses, el deudor que se constituya en mora, deberá abonar por vía de indemnización de perjuicios, la tercera parte del interés legal, además del pactado"

"No habiéndose pactado intereses, deberá abonar el todo del interés legal".³

Por último, y como precedente inmediato de nuestro Código Civil vigente, hay que citar la Ley de 14 de marzo de 1856, que establecía el

2. "Si el comprador hubiese incurrido en mora para pagar el precio al vendedor, le dará solamente los intereses, pero no todo lo que el vendedor pudo haber conseguido de no haber tenido lugar la mora, como, por ejemplo, si el vendedor fuese mercader y pudiese haber logrado con el precio de las mercancías un rendimiento mayor que los intereses". (*Hermog. 2 epit.*): D., 18, 7, 19.

3. Principio que es común por lo demás a todo el movimiento codificador, según recoge García Goyena, F., *Comentarios...*, cit., pág. 52.

régimen general de abono de intereses de demora para todos los contratos y obligaciones dinerarias.⁴

Llegamos con ello al Código Civil, cuyo Art. 1108 establece que "si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal".

"Mientras que no se fije otro por el Gobierno, se considerará como legal el interés de 6 por 100 al año".⁵

La obligación de intereses responde, dentro de la dogmática del Derecho Civil, a un doble concepto: en primer lugar, a la aplicación de la teoría de los frutos debidos por la retención de una cantidad ajena que debía haberse abonado al acreedor. Es, en definitiva, según esta primera perspectiva, una aplicación singular del Art. 1095 del Código Civil: el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Esta equiparación de frutos e intereses está más claramente expresada en el párrafo 2º del Art. 1120 del Código Civil: Cuando la obligación imponga recíprocas prestaciones a los interesados, se entenderán compensados unos con otros los frutos e intereses del tiempo en que hubiese estado pendiente la condición". De este modo, los intereses no son sino los frutos civiles del capital utilizado por el deudor frente al acreedor (*compensatio fructum*).

El devengo de intereses por la mora en el pago queda, además, dentro del propio Código Civil configurado como una penalidad al retraso culpable en el pago.

4. Especialmente Art. 8: "Al principio de cada año, el Gobierno, oyendo al Consejo de Estado, fijará el interés legal que *sin estar pactado*, debe abonarse por el deudor legítimamente constituido en mora, y en los demás casos determinados por la Ley. Mientras no se fije este interés, se considerará como legal el de 6 por 100 al año".

5. El párrafo 2º quedó alterado, como se sabe, por la Ley de 2.VIII.1899 que estableció el tipo de interés al 5 por 100, cualquiera que fuere la naturaleza del acto o contrato del que se derive la obligación de pagar intereses, sin que por ningún concepto pueda dársele efecto retroactivo.

La Ley de 7 de octubre de 1939 reduce al 4 por 100 el interés legal (Art. 1º), dejando, sin embargo, subsistentes los tipos establecidos en disposiciones especiales vigentes a su promulgación, si fueren distintos del tipo fijado en la de 2 de agosto del 1899 (Art. 2º).

De este modo confluyen para justificar el abono de intereses la doble causa del retraso culpable del deudor en el cumplimiento de la obligación principal (morosidad) o en base a la simple reciprocidad de prestaciones (goce del capital ajeno). El retraso en el pago implica la necesidad de abonar los intereses legales de la cantidad adeudada.

4.B) *El privilegio tradicional del Fisco y su consagración por la Jurisprudencia.* La regla surge en el derecho regio en el que se afirma que *Princeps in contractibus non debet usuras*, y este principio, a su vez, se edifica sobre un fragmento muy parcial de la *Lex Herennius*, justificándose en la equiparación que corresponde al Fisco con los derechos del menor de edad, *Fiscus in suis contractibus usuras non dat sed ipse accipit*.⁶

Desde 1650 la doctrina fue evolucionando, tratando de matizar el principio, en el sentido de encapsularlo al caso específico de la regla exorbitante para el caso de las deudas fiscales, pero aceptando la mora con prestación de intereses como regla general cuando *Fiscus retinet post moram pecuniam privatorum*.⁷ Ahora bien, el *impasse* que el año de 1800 significa en la historia de las instituciones del Antiguo Régimen impidió la natural evolución de esta doctrina, que tendía a basarse en el principio del enriquecimiento injusto o torticero, haciendo que el Derecho Administrativo aceptase la tesis inicial, paralizada en su progresivo desarrollo por más de siglo y medio.

Y así, la regla de los intereses de demora será recogido del derecho regio por el Consejo Real, que desde el primer momento afirmará que el Estado no es responsable de los intereses de demora sino cuando se pactan expresamente o se mandan satisfacer por disposiciones especiales. Así, el R.D.S. de 9 de noviembre de 1855 (asunto Teatro Real) se refiere ya a él y establece que no procede su abono "porque en las condiciones del contrato referido no se pactaron intereses, para ninguna de las eventualidades que el mismo especifica", y que además no existía un crédito cierto,

6. Hay un texto de Bolero que no puede ser más elocuente: "Fiscus quando ex contractu remanet debitor, non tenetur ad usuras, verum si remanet créditor, bene ei usuras soluuntur...": cfr. mi *Derecho Administrativo*, cit., pág. 102.

7. Es digno de destacarse en este sentido que en la exhaustiva exposición de los privilegios correspondientes al *ius exorbitans*, de la Real Hacienda que hace Dou y Bassols, no figura expresamente la exención del pago de intereses: vid. *Instituciones del Derecho Público General de España*, Madrid, 1802, tom. V., pág. 358 y ss. Aparecerá, sin embargo, formulado constantemente por la Jurisprudencia.

líquido y justificado capaz de producirlos hasta el 12 de febrero de 1854 en que le fue concedida la indemnización.⁸

Inicialmente el Consejo Real se limita a recoger una tradición, sin demasiada conciencia de su fundamento. Después, el Consejo de Estado y el Tribunal Supremo irán basándose en la vieja tradición del Consejo Real, y luego, ya abstractamente, en sus propias decisiones hasta constituir un criterio jurisprudencial uniforme y reiterado recogido en más de un centenar de sentencias.

Sirvan como ejemplo, entre otros muchos casos que podrían citarse, los dos siguientes, referido uno a la Administración Central y otro a la Administración Local.

a) Sentencia de 5 de febrero de 1870: celebrada la subasta para contratar el servicio de extracción de minerales por los malacates y su conducción a las plantas de calcinación en las minas de Riotinto, se le adjudicó a D. José M^a de la Viesca, expresándose que el contrato tendría efecto el día 1^o de julio de 1864, terminando en 30 de junio de 1866, estableciéndose en la cláusula 2^a de la condición 2^a que el rematante quedaría obligado a continuar, si al vencimiento no hubiese contratista, y hasta tanto que fuese rematado nuevamente el servicio.

La Administración, se retrasó en el pago de los servicios, y el contratista, en 21 de julio de 1866, reclamó intereses por demora en el pago. Interpuesta la demanda ante el Consejo de Estado pidiendo el abono de los perjuicios que se habían ocasionado, el Ministerio Fiscal contestó la

8. El supuesto de hecho era el siguiente: D. Leonardo Santiago, empresario del Teatro Real, reclamó del Gobierno el abono de los adelantos que hizo, así como indemnización de sus pérdidas, en virtud de la 7^a condición del contrato, que admite tal posibilidad cuando dichas pérdidas llegaran a la cantidad de medio millón de reales. La R.O. 12.II.1854 le mandó indemnizar. Presentó Santiago nueva solicitud pidiendo que las cantidades cuyo abono se mandó hacer por la citada R.O. le fueran satisfechas en metálico y al contado, o su mitad al menos, con los intereses del 6% anuales, desde 1851. El Consejo Real estimó que no existía un crédito cierto, líquido y justificado sobre el que pueda recaer resolución terminante y concreta hasta que en la R.O. de 1854 se le concedió y en cuanto al pago de intereses, que no procede puesto que en las condiciones del contrato no se pactaron.

demanda pidiendo la absolución de la Administración fundándose en que el Estado no es responsable del abono de intereses sino cuando se pactan, o cuando viene establecido en las leyes. El T.S. —que a la razón había sustituido, en sus funciones al Consejo de Estado— absolvió a la Administración.⁹

b) Sentencia de 3 de febrero de 1893: "por escritura otorgada ante notario y previos los trámites de subasta y remate correspondientes, don Bernardino Sánchez de las Heras se obligó a prestar el servicio de bagajes en la provincia de Málaga por el tiempo de tres años y por el precio de 62.449 ptas. en cada año, que la Excm^a Diputación Provincial habría de satisfacerle por trimestres vencidos, bajo la condición, entre otras, de que dicho contratista no tendría derecho a pedir aumento del precio estipulado, ni indemnización, auxilio, ni prórroga del contrato, pues se entendía hecho a riesgo y ventura".

Por haber dejado de abonársele las cantidades trimestrales que le correspondían, don Bernardino Sánchez de las Heras reclamó de la Corporación Provincial el pago de intereses de demora, que le fueron denegados por acuerdo de 28.IV.1885; razón por la que dedujo demanda contenciosa, en base a los Arts. 39 del Pliego de Condiciones Generales de 10.VII.1861 y 35 del R.D. 4.I.1883.

El Tribunal Provincial de Málaga absolvió a la Diputación, pues sólo es procedente el abono de intereses de demora cuando así se haya pactado expresamente —cosa que no ocurrió, por haberse celebrado el contrato a riesgo y ventura—, o cuando se manden satisfacer por una ley especial, que no existe en este caso, ya que el Art. 39 del Pliego General se refiere exclusivamente a las obras públicas contratadas por el Gobierno, y el Art. 35 del R.D. 4.I.1883 no es aplicable por ser posterior a la época en que el demandante contrató el servicio de bagajes con la Diputación Provincial, y carecer de efecto retroactivo.

El Consejo de Estado confirmó la sentencia dictada por el Tribunal Provincial de Málaga.¹⁰

Esta línea jurisprudencial uniforme¹¹ no dejó de ser advertida y censurada por la doctrina. Así, Delgado nos dirá que "a falta de disposición

9. *Colección Legislativa*, año 1870, N^o 5.

10. *Colección Legislativa*, año 1893, N^o 47.

11. Los supuestos que la jurisprudencia tradicional ha contemplado han sido

expresa en el Derecho Administrativo, por la reciprocidad de derechos y obligaciones entre las partes contratantes que es consecuencia de todo contrato de buena fe, *podían a nuestro juicio aplicarse como supletorias a los contratos administrativos las prescripciones generales del derecho común, pero es lo cierto que la jurisprudencia tiene establecida la doctrina de que el Estado no es responsable del pago de intereses en concepto de perjuicios por la falta de pago de los servicios que contrata sino cuando se pactan expresamente o se mandan satisfacer por disposiciones especiales*".¹²

Sin embargo, a pesar de la crítica de la doctrina, la jurisprudencia no fue por ello menos invariable. ¿Por qué mantenía el Tribunal Supremo este privilegio?

5.C) *Una justificación nueva al privilegio.* A través de la jurisprudencia de la segunda mitad del pasado siglo cabe descubrir una justificación que el Tribunal Supremo, aislada y ocasionalmente, dará a esta regla exorbitante. Evidentemente, el Consejo de Estado y el Tribunal Supremo perdieron conciencia de la *Lex Herennius* y de la equiparación al menor de edad, que en modo alguno podía invocarse en pleno siglo del constitucionalismo, pero encontraron un insospechado respaldo legal en el principio

muy diferentes y siempre con la misma conclusión. En este sentido la Sentencia de 31.5.1884 determina que en caso de subasta por quiebra de los primitivos compradores no procedía al devengo de intereses de demora. La S. de 30.7.1878 concluyó que por retraso de los pagos por parte de la Administración, no quedaba el contratista relevado de sus obligaciones. La S. de 28.2.1881 indicó que los intereses de demora no son exigibles cuando faltan las certificaciones parciales de obra. La S. de 24.9.1879 (Gaceta del 13 de noviembre) indicó que no procede el abono de intereses en equivalencia de los frutos de la finca vendidos y no entregados aunque el Estado carecía de derecho para retirarlos. La S. de 5.4.1865 (Gaceta de 16 de julio) negó también el abono de intereses por valores del Estado dados en fianza, e igualmente jurisprudencia de esta misma época fue denegando el abono de intereses reclamados a virtud de títulos similares al anteriormente expuesto: depósito constituido para acudir a la vía contenciosa (Sentencia de 19.5.1879), por inscripciones intransferibles (Sentencias de 30.1.1886 y 26.5.1871), por cantidades adelantadas a la Administración por el contratista (Sentencia de 27.1.1870), por el saldo resultante de la liquidación final abonada con retraso (Sentencia de 17.7.1877 —Gaceta del 8 de octubre), por anticipo para obras de agotamiento (Sentencia de 19.1.1878 —Gaceta de 7 de junio), por cantidades depositadas como fianza (Sentencias de 13.7.1870 y 14.5.1867 —Gaceta de 14 de junio), intereses como medio de indemnizar gastos extraordinarios ocasionados por negligencia administrativa (Sentencia de 16.4.1872), por retención de frutos de pleito sobre nulidad de venta de bienes nacionales (Real Decreto Sentencia de 13.8.1877 —Gaceta de 16 de diciembre). Otras muchas sentencias podría citar, pero basta con éstas para fundamentar la afirmación del texto.

12. Delgado y Arriaga, *Contratos Administrativos*, 2ª edic., Madrid, 1899, pág. 158.

de *intangibilidad del gasto público*, en el *principio de especialidad de las partidas presupuestarias*, y en la *inexistencia de mora culposa* por la tardanza de la Administración en el pago.

Con ello, los entonces nuevos principios jurídicos de control parlamentario del gasto público, a través de la concepción del Presupuesto de Gastos, en cada una de sus partidas, como límite absoluto a las posibilidades del Poder Ejecutivo, y por tanto de la Administración, de contraer gastos a cargo del Estado, y de realizar su pago, vienen a insertarse en la antigua doctrina del privilegio del Fisco, y a dotarla de nuevo vigor. Así, el concepto legal de los intereses de demora, contenido en las normas de carácter civil, sigue sin ser trasladable sin más al campo del Derecho Administrativo, en el cual queda presente la especial legalidad de las deudas administrativas, sujetas no solamente a la ordinaria juricidad material de toda obligación exigible en Derecho, sino también al régimen de limitación en su cuantía legal, previamente fijada en forma presupuestaria, y de las especiales formalidades de control que deben revestir los pagos de fondos públicos. Téngase en cuenta que en los momentos en que esta Jurisprudencia nace, las obras públicas (principal objeto de contratos administrativos entonces pensable) se debían aprobar por leyes singulares que comprometían individualmente el gasto público, no imputándose a partidas globales que pudieran eventualmente absorber los gastos imprevistos. Resultado de todo ello fue el enérgico y renovado mantenimiento por la Jurisprudencia del principio de que las deudas administrativas no producen intereses de demora, salvo cuando se determine específicamente lo contrario, ya por precepto legal, ya por cláusula contractual expresa.

6.D) *Legislación especial declarando el pago de intereses*. Semejante principio era evidentemente un privilegio que parecía insostenible y abiertamente contrario a los principios de reciprocidad y buena fe que presiden la contratación, por lo que va a ser precisamente en esta materia donde primero aparecerá esa legislación especial reconociendo —en contra del privilegio tradicional del Fisco— la obligación de abonar intereses por demora en el pago. En nuestra patria, el régimen especial arranca de nuestro *primer pliego de condiciones* generales para las contrataciones de obras públicas, aprobado por R. O. de 14 abril de 1836, cuyo Art. 32, p.º 3º establecía: “si concluidas y recibidas éstas no se le abonase al contratista su haber al expirar el término estipulado, podrá pretender interés por causa de retardo del pago de la suma que le resta desde dicha época”. Esta

legislación especial mandando abonar intereses en el campo contractual será repetida machaconamente —un auténtico ejemplo de *leges repetitae*— de pliego en pliego, de orden en orden y de circular en circular. Ello nos da idea de hasta qué punto era poderosa e importante en la realidad la tradición negatoria de los mismos mantenida por la jurisprudencia. En efecto, he aquí la serie de disposiciones especiales, en las cuales se establece el pago de intereses: el ya citado Pliego de 1836 (Art. 32), Circular de 13 de diciembre de 1843, Pliego de condiciones de 1861 (Art. 39), R. D. de 4 de enero de 1883 para la contratación de servicios provinciales y municipales (Art. 35), Pliego de condiciones generales de 1886 (Art. 38), Ley de 26 de junio de 1892, de ensanche de Madrid y Barcelona (Art. 4), Pliego de condiciones generales de 1900 (Art. 39), R. O. de 22 de agosto de 1900 que contiene la instrucción para la contratación de los servicios provinciales y municipales (Art. 38), y Pliego de condiciones generales de 13 de marzo de 1903 (Art. 40). El sentido de toda esta normativa es claro y se descubre, en la redacción, prácticamente inalterada, de todos estos preceptos desde 1861, que era la siguiente: “si el Gobierno no hiciese el pago de las obras ejecutadas por el contratista dentro de los dos meses siguientes a aquel a que corresponda la certificación expedida por el ingeniero, se le abonarán además, a contar desde el día en que termine dicho plazo de dos meses, los intereses, a través de 5 por 100 anual, del importe de la mencionada certificación”.

Ahora bien, no se olvide que estos preceptos son excepción a un principio general que, pese a todos ellos, la jurisprudencia sigue afirmando: la Administración no paga intereses de demora.¹³ Por ello el Consejo de Estado, y el Tribunal Supremo más tarde, consagrarán una interpretación restrictiva de toda esta legislación especial.

7.E) *Interpretación restrictiva tradicional.* No obstante la existencia de una legislación especial que preveía el pago de intereses de demora, por vía de disposiciones interpretativas y por vía jurisprudencial fue limitándose el alcance de estas disposiciones que otorgaban tal derecho. Este cerceamiento por vía de interpretación comienza en la R. O. de 30.IX.1865

13. Tal es la conclusión a que llega también la doctrina de la época. Así Delgado, *ob. cit.*, pág. 160: “pero si se tratara de otros (negocios) regidos por disposiciones distintas que no establecen tal obligación, serán forzoso atenerse a lo que la jurisprudencia tiene declarado de que los intereses no se deben sino en el caso de que expresamente se pacten, por más que no podemos considerar justa ni equitativa una doctrina que hace desigual la condición de las partes contratantes”.

y sigue en las de 20.5.1866, 26.11.1875, 12.1.1876 y 28.4.1876, cuya validez fue reconocida por el R. D. Sentencia de 4.5.1879 (Gaceta del 1º de agosto).¹⁴

Una serie de decisiones de la jurisprudencia siguió el mismo camino de interpretar estas disposiciones en sentido extremadamente estricto. R. D. Sentencia de 28.2.1881, R. D. S. de 26.6.1886, Sentencias de 15 y 18.1.1892 y 3.2.1893, Sentencia de 4.11.1894, Sentencia de 14.10.1897, Sentencia de 12.3.1901, Sentencia de 17.2.1900. Todas ellas fueron marcando desde la segunda mitad del pasado siglo el sentido de la jurisprudencia, que se mantendría prácticamente hasta nuestros días, cercenando el derecho al devengo de intereses, incluso en aquellos casos en que una disposición expresamente lo otorgaba.

Esta interpretación restrictiva se apoya en los dos argumentos o causas de fundamentación de los intereses de demora, anteriormente expuestos:

1) En el principio de improductividad del capital para la Administración: frente a la justificación de los intereses a través de la teoría de los frutos (consideración del interés como fruto del capital) se argumentará que tal equiparación no es aplicable a la Administración por cuanto para ella las cantidades percibidas o retenidas son improductivas porque han de aplicarse a la cobertura de los gastos públicos, pero no a obtener renta (Sentencias 11.X.1919, 5 de julio 1920, 15 y 18 octubre 1929, 11 marzo 1931, etc. . .).

14. Sirva como testimonio del sentido de toda esta normativa el texto de *la R. O. de 30 de septiembre de 1865*, que dice así: "Ilmo. Sr.: He dado cuenta a la Reina (q.D.g.) de la comunicación que dirigió a V.I. el Ordenador de pagos de este Ministerio, pidiendo aclaraciones sobre la Real orden de 24 de septiembre del año próximo pasado, por la cual se concedió a D. José María Guerrero, contratista de la carretera de primer orden de Murcia a Granada, en la parte comprendida entre Librilla y Totana, el interés de un 6 por 100 anual sobre el saldo que arrojase a su favor la liquidación final de las obras. Enterada S.M. de dicha consulta, y de conformidad con lo propuesto por V.I., de acuerdo con la Consultoría de este Ministerio, ha tenido a bien resolver que se haga a Guerrero el abono del expresado interés del 6 por 100, a contar desde el mes siguiente a la aprobación final de la liquidación mencionada, hasta el día en que se le satisfaga el importe del saldo de la misma, disponiendo al propio tiempo que como medida general para en adelante se haga extensivo este régimen a todos los contratistas de obras públicas el referido abono de intereses en los términos ya indicados y previa la correspondiente cuenta que deberá formar la Ordenación de pagos y aprobarse por la Superioridad".

"De Real orden, etc. Madrid 30 de septiembre de 1865. *Vega de Armijo*".

2) En la ausencia de culpa por parte de la Administración, lo cual significa que no se produce técnicamente la mora, por cuanto toda responsabilidad, tanto contractual como aquiliana, descansa en nuestro derecho hasta fecha bien reciente sobre el principio de la culpa o negligencia; y no cabe estimarla en lo que consiste pura y simplemente el necesario procedimiento de habilitación del gasto y de liquidación y ordenación del pago. La realización de toda la serie de operaciones que la misma ley exige para la liquidación de las cantidades debidas al contratista no pueden originar mora culposa, ni cabe por tanto demandar intereses. Así el R.D.S. de 30 de enero 1865, interpretando el Art. 39 del Pliego de 1861 (que reconocía el derecho al devengo de intereses), nos dirá que "si bien un precepto expreso otorga tal derecho, sería necesario probar que la dilación en el pago procedía de *falta culpable* de la Administración".

3) En la exigencia de liquidez y certidumbre que debe tener el crédito para producir intereses, por lo que sólo desde el momento de la liquidación final —y no antes— serían abonables. Tal sentido limitativo tiene el R. D. Sentencia de 10.6.1868 (Gaceta de 18.7): "la mora en el pago de intereses —en el caso en que por precepto expreso deba pagarlos la Hacienda Pública— sólo empieza a contarse desde que las cantidades están justificadas y liquidadas", y así mismo el R. D. Sentencia de 30.1.1877 (Gaceta de 17.3) estableció que el tiempo de la mora empieza a correr sólo desde que el crédito está justificado y es liquidada y no durante el tiempo de la operación preparatoria.

8.F) *La vía de la responsabilidad extracontractual y el criterio del "agente especial"*. Cerrada la posibilidad de reclamar por vía contractual el abono de intereses, ello no dejaba de ser claramente injusto para el contratista, pues éste permanece ajeno a todo el procedimiento de habilitación financiera y tiene, en principio, derecho a confiar en la corrección y rectitud de la actuación administrativa. Por otro lado, y vistas las cosas desde la doctrina general de la responsabilidad, no es lógico que deba soportar el contratista las omisiones, errores o negligencias en que incurran los funcionarios titulares de los órganos que contratan. Los daños que a éste se le producen por los retrasos o incumplimiento contractuales se resuelven en definitiva en supuestos encuadrables en la doctrina de la responsabilidad (común en su sentido tanto al campo contractual como extracontractual), aunque originados en una relación contractual.

Ahora bien, en todo el siglo XIX, como es sabido, tampoco cabía llegar a conclusiones más favorables para el contratista a través de la

doctrina de la responsabilidad extracontractual de la Administración, pues su régimen jurídico, presidido por el Art. 1903 del C.C. y el criterio del *agente especial* equivalía a consagrar en la mayor parte de los casos la irresponsabilidad administrativa; así fue puesto de manifiesto —y criticado— por la doctrina: “la necesidad de dejar suficientemente garantizados los efectos y consecuencias de todo contrato, una vez aprobado por la Administración, impone a ésta el deber de no dejar al contratista en la situación precaria de tener que ejercitar sus acciones contra los funcionarios públicos, cuya insolvencia en la mayor parte de los casos haría ilusorios y estériles los derechos de aquél. Pero a sostener por modo resuelto y decidido aquella opinión, que consideramos justa, se ponen, de una parte, lo que respecto a las obligaciones que nacen de la culpa y negligencia dispone el Art. 1903 del Código Civil, y de otra, alguna decisión en la cual se declara la responsabilidad personal de los funcionarios que intervinieron en los expedientes de rescisión de contratos”.¹⁵

El Tribunal Supremo operó esta transformación del supuesto de abono de intereses por demora (que deniega) en una “indemnización por daños y perjuicios inferidos a un contratista por errores graves e indisculpables dilaciones en el curso del expediente gubernativo” (que concede), en la Sentencia aislada de 16 abril 1872. Sin embargo —insisto— con eso no se conseguía tampoco, a la vista de la legalidad vigente, una protección eficaz de los contratistas, pues el Tribunal Supremo acogió en su jurisprudencia casi siempre la tesis del agente especial: el Estado sólo responde cuando actúa por medio de un agente especial.

II

EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL CONTEMPORÁNEO

9. A) *El reconocimiento de intereses de demora con plazo de franquía inicial.* Esta doble corriente, de sentido inverso, que es dable observar en

15. Delgado y Arriaga, *ob. cit.*, págs. 161 y 162. Los Arts. 1902 y 1903 eran, como se sabe, susceptibles de una doble interpretación: una amplia, refiriendo el 1903 a la responsabilidad por hechos de tercero y entendiendo que cuando el Estado actúa a través de sus funcionarios le es justamente aplicable el 1902 (responsabilidad por hechos propios); otra estricta: el Estado sólo responde cuando actúa por medio de agente especial. *Vid.* el conocido libro de García de Enterría, *Los principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa*, págs. 146 y 147. La justificación que se daba a este régimen restrictivo de responsabilidad es como se sabe la equiparación del funcionario al mandatario o apoderado, que no pueden obligar al mandante o representado en nada

el Derecho Administrativo Español tradicional daría como resultante en la contratación el reconocimiento —ya en el presente siglo— del devengo de intereses, pero con un plazo de franquía inicial, más o menos amplio, a partir del cual empiezan a correr los intereses en cuestión. Trataba de compaginarse así el tiempo necesario para el cumplimiento de las formalidades previas al pago de fondos públicos, con el interés de los particulares de recibir en segundo término el importe de sus créditos contra la Administración. Esta corriente se manifiesta en el Art. 40, párrafo primero del Pliego de Condiciones Generales para la contratación de las obras públicas de 13.3.1903, y ya, más modernamente, el Art. 94 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9.1.1953, así como los Arts. 47 y 91 de la Ley de Contratos del Estado (aunque a éstos, como veremos, hay que darles hoy un sentido muy distinto) de 8 de abril de 1965.

La franquía prevista en norma o en cláusula contractual no equivale a un pacto de culpa *non praestanda*, pues es conocida por el contratista en el momento de prestar consentimiento al contrato, y es por tiempo limitado y predeterminado, en tal forma que incluso dicha franquía sería admisible pactarla en un contrato civil.

Y el sentido de esta normativa ha sido reconocido por algunas Sentencias del Tribunal Supremo, como la de 7.6.1962, que aplicando simultáneamente los preceptos del Código Civil con los específicos de la contratación administrativa, declara cómo "la vigente legislación señala un régimen especial, clara y terminantemente expresado en el Art. 1108 del Código Civil, al decir que si la obligación consistiera en el pago de una cantidad de dinero y el deudor incurriera en mora, la indemnización de daños y perjuicios —salvo pacto en contrario— consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio en el interés legal, disposición aplicable a la contratación de que aquí se trata, como derecho supletorio del específicamente administrativo, y que es reconocida también en alguna disposición de éste, como el Art. 40 del Decreto de 13.3.1903, que aprobó el Pliego de Condiciones Generales, que puede aplicarse por analogía a los contratos de suministros, pues es obvio que la Administración, como deudora, —aparte las trabas legales en sus facultades de dispo-

que constituya extralimitación de los términos del mandato, y por tal debe entenderse la infracción de las disposiciones que regulan la contratación administrativa.

sición patrimonial— goza en este aspecto concreto que ahora nos ocupa de una consideración no peor, sino mejor, que la de un deudor particular. . .”.

10.B) *El impacto de las normas sobre responsabilidad y el nuevo sentido de la normativa contractual.* Como es sabido, la LEF y la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LRJ), han supuesto en nuestra historia legislativa el reconocimiento de criterios absolutamente innovadores en materia de responsabilidad de la Administración. Pues bien, importa ahora examinar la incidencia que respecto al tema de los intereses de demora pueda haber tenido el profundo cambio operado en el régimen general de responsabilidad, a través del Art. 40, pfº 1º LRJ, donde se proclama el derecho de los particulares a ser indemnizados por toda lesión que sufran como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

Hay que afrontar en primer lugar, una posible objeción dogmática: la de que la responsabilidad extracontractual y contractual se construyen sobre bases diferentes. Frente a esta tesis dualista, que es la tradicional, y que recoge en parte el Código Civil (Arts. 1101 y 1902) se mantiene modernamente por la doctrina la conveniencia de su construcción unitaria, y la misma jurisprudencia civil se ha decidido ya a integrar una en otra.¹⁶ Ambos grupos de normas (Arts. 1101 y ss. y Arts. 1902 y ss.) vienen a constituir, si no regímenes absolutamente homogéneos, al menos zonas en que *las series de problemas* que se estudian exigen una *construcción unitaria*, a partir de unos principios jurídicos idénticos, que son los imponentes en materia de responsabilidad en la totalidad del ordenamiento. Y a la luz de esos principios hay que interpretar las específicas normas contractuales a través de las cuales se articula el régimen propio de la responsabilidad contractual. Esta postura, propugnada con carácter general por la doctrina,¹⁷ resulta especialmente aplicable al campo administrativo,

16. Vid. por todos Puig Brutau, *ob. cit.*, tomo I, vol. II, págs. 71 y ss. y tomo II, vol. I, págs. 5 y ss.: “es justamente cuando en los contratos se presentan conflictos, cuando se patentiza la realidad de que la responsabilidad contractual entraña problemas que han de ser solucionados dentro del marco más amplio de la responsabilidad extracontractual”.

17. Por citar un nombre clásico, puede verse la construcción unitaria que propugna Manresa, para quien no hay fundamento para conceder la importancia que muchas veces se da a la clasificación de la culpa en contractual y extracontractual, distinción que queda en definitiva reducida a la carga de la prueba, consistente en la presunción de su existencia cuando de la responsabilidad contractual se trata y en la necesidad de probarla en el otro caso. Por lo demás, la expresión final del Art. 1101 (“que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas”) en modo alguno puede fundamentar

donde a menudo acto y contrato son técnicas intercambiables y ambos medio de ejecución y concreción de la norma (principio de legalidad).¹⁸

Pues bien, es justamente el cambio de sentido que se ha operado en cuanto a responsabilidad de la Administración con la LEF y la LJR, el que ha probado una profunda alteración en cuanto al régimen de intereses de demora¹⁹ que después de la Ley de Contratos del Estado (LCE) (Art. 47: "si la Administración no hiciese pago al contratista de las certificaciones dentro de los tres meses siguientes a la fecha de aquellas, deberá abonar al mismo el interés legal de las cantidades debidas...") ha pasado a ser, no un régimen de excepción frente al principio general (como era en las regulaciones históricas de los pliegos), sino la concreción singular en materia contractual, de un régimen establecido con carácter general por el Art. 40 de la LRJ. Régimen, que no se apoya ya como criterio central en la culpa (si no había retardo culpable no había mora) sino en un principio de responsabilidad objetiva basado en la lesión. Porque obsérvese que el devengo de intereses de demora se operará ahora aun cuando, por virtud de las normas presupuestarias y del procedimiento financiero, el retardo en el pago sea necesario y legal. El principio de responsabilidad de la Administración por toda lesión que sufran los particulares "en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos" hace que actualmente —y previa la afirmación del derecho a intereses que establece el Art. 47 LCE—, el contratista esté a resguardo de cualquier irregularidad en todo el procedimiento de habilitación del gasto y pago

un régimen de responsabilidad objetiva, como alguna vez se ha pretendido (así parece entenderlo García de Enterría, *ob. cit.*, pág. 168, nota 188), sino que esas palabras hay que entenderlas lógicamente, dentro del sistema del Código Civil referidas a los efectos de la contravención, a las distintas modalidades de incumplimiento (incumplimiento tardío, parcial, en lugar distinto, etc...), y no a las causas determinantes de responsabilidad. Así lo pone de manifiesto Manresa, *Comentarios al Código Civil*, tomo VIII, vol. I, págs. 144 y ss. Esta será justamente una diferencia importante más entre el sistema civil de responsabilidad contractual (basado en principio en la culpa) y el sistema administrativo (basado, después del Art. 40 LRJ, en un principio de responsabilidad objetiva), como se dice más adelante en el texto.

18. Tal es, por lo demás la postura firmemente asentada por la doctrina administrativista: cfr. García de Enterría, *Los principios...*, cit., págs. 204 y 205, con las referencias allí citadas (notas 248 y 249). La misma jurisprudencia administrativa en la S. 16 abril 1872 concedió indemnización como medio de indemnizar gastos extraordinarios ocasionados por negligencias culpables.
19. *Cfr. mi Derecho Administrativo*, cit., pág. 536.

de su contrato, sea ésta culpable o no, e incluso de toda posible contradicción interna entre la normativa contractual y presupuestaria.

Por todo lo cual, y resumiendo, hay que establecer hoy las siguientes conclusiones:

1) *El Art. 40 LRJ*, si bien no es un precepto directamente aplicable a las específicas relaciones jurídicas preexistentes, que contengan ya en su regulación propia la figura de la responsabilidad (tal es el caso de los contratos administrativos), constituye un elemento de interpretación sistemática del ordenamiento jurídico en relación con la cuestión.

2) Como tal elemento de integración sistemática, *el Art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico* halla una de sus concreciones legislativas en el campo doblemente acotado de la contratación administrativa, y del devengo de intereses de demora, mediante la posterior promulgación de *los Arts. 47 y 91 de la Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1965*, aplicables también a los organismos integrados en la Administración institucional en virtud de su disposición final segunda.

3) Que los preceptos de la LCE, no obstante su similitud formal con *el Art. 40 del Pliego de 1903* (y preceptos análogos anteriores), tiene hoy un sentido absolutamente diferente, pues lo que desde 1861 constituía una excepción al principio de irresponsabilidad patrimonial, es tras *la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado* una simple concreción positiva del Art. 40 de la Ley.

4) Por todo lo cual se ha de concluir que está alterado el antiguo criterio tradicional sobre los intereses de demora devengados contra la Administración.

11.C) *Reciente jurisprudencia del T. S. en torno al tema.* Acorde con el cambio de sentido de nuestra legislación, en cuanto a la responsabilidad administrativa, la jurisprudencia del T. S. ha admitido en los últimos años con carácter general la indemnización de daños y perjuicios a los contratistas por demora en pagos, cuantificándose en distinta medida (intereses, daños, gastos bancarios, etc.) según el tipo de contrato y su propio clausulado.

En este sentido hay que destacar en primer lugar la Sentencia de 7 de junio de 1962 (*Asunto Tessitura Carlo Pernigotti*)²⁰ de la que fue ponente D. José Arias Ramos, que establece por primera vez —aunque con limi-

20. Az. 2529.

taciones derivadas necesariamente de la mecánica presupuestaria según hace constar en sus considerandos— esta doctrina. Se trataba del siguiente caso: el Comité Sindical del Algodón y la Sociedad "Tessitura Carlo Pernigotti", italiana, suscribieron un contrato en 27.X.1938 por el que la segunda se comprometía a suministrar al primero hilados en crudo en cantidad mínima de dos millones de kilogramos por valor de 200.000 libras esterlinas (moneda en la que había que efectuar los pagos). Al producirse retraso en el pago de las cuatro últimas cuotas, (por un valor total de 50.000 libras) la expresada sociedad formuló reclamación por daños y perjuicios, pues además se había producido —en el intervalo— una desvaloración de la libra esterlina.

Después de algunas incidencias, la Secretaría General Técnica del Ministerio de Industria y Comercio en Resolución de 5 de julio de 1946 estimó conveniente llegar a una transacción con el interesado, al que podría conceder una indemnización, que no compensaba en su totalidad los daños y perjuicios sufridos por la Sociedad, pero con la que se extinguían todas las obligaciones derivadas del incumplimiento del contrato. La Sociedad accedió a ello.

El señor Pernigotti solicitó posteriormente el examen de la liquidación practicada, alegando error en el consentimiento por desconocimiento de las bases de la liquidación llevadas a efecto, tanto en la cantidad de algodón calculado como en el cambio aplicable a la moneda.

El Ministerio de Industria resolvió que no procedía volver a examinar esta cuestión; formulándose recurso extraordinario de revisión por el representante de la casa italiana, fue desestimado por resolución del propio Ministerio de 20 de febrero de 1961. Contra ella interpone recurso ante el Tribunal Supremo.

La Compañía en el recurso reclamaba la indemnización por el daño que se le había producido al retrasarle los cuatro últimos pagos, pues ello le había impedido cobrar una prima de exportación que había establecido, y luego suprimido, al *Istituto Cottoniero* italiano.

El Tribunal Supremo afirma la aplicabilidad a la contratación administrativa del Art. 1108 del C. C., y en base a ello, justamente, deniega la concesión de una indemnización especial por la falta de cobro de la prima de exportación. En el considerando central establece que, por tratarse de una deuda de dinero, con arreglo al Art. 1108 C. C., el deudor

moroso está obligado al pago de los intereses convenidos, y a falta de éstos, del interés legal, disposición que es aplicable —declara por primera vez el T. S.— a la contratación de que aquí se trata, como derecho supletorio al específicamente administrativo “y que es reconocida también en alguna disposición de éste como el Art. 40 del Pliego de 1903, que puede aplicarse por analogía a los contratos de suministros”.

A continuación, el T. S. recuerda que “la Administración como deudora goza en este aspecto concreto que ahora nos ocupa de una consideración no peor sino mejor que la de un deudor particular, pues en algunos casos incluso se dispone expresamente que no se pagarán intereses de demora (así, el Reglamento de contratación administrativa en el ramo del Ejército) y en otros muchos, la multiplicidad de deudas del Estado y de gratificaciones o haberes a cuyo pago está obligado, bien por la mecánica de las exigencias presupuestarias y el paso a ejercicios cerrados, bien sin tales circunstancias se pagan aun con retardo sin intereses moratorios”.

Dos nuevas sentencias, también sobre contratos de la CAT, se enfrentarán con idéntico problema —daños producidos por demora— resolviéndolo en idéntico sentido y declarando el deber de la Comisaría de abonar indemnizaciones —que se modulan en cada caso según las circunstancias— por la demora en el pago: son la S. de 14 de marzo de 1964 (asunto *Comercio y Suministros Agrícolas, S. A.*)²¹ y la S. de 25 de febrero de 1965 (asunto *CYSA*).²² En la primera de ellas se pone de manifiesto el criterio, ya aceptado de entrada por la Comisaría, de abonar las demoras, aunque en tipo y cuantía distintos al que proponía la empresa contratista; el Tribunal Supremo estimó que la determinación del tipo de almacenaje —para cuantificar los gastos producidos— había que remitirla al período de ejecución de sentencia y que la percepción de las indemnizaciones no deberá hacerse *in totum*, conforme a la estimación integral de la operación, sino día a día, pues los denominados *carrying charges* se cifran teniendo en cuenta los días que median entre la expiración del plazo estipulado para la carga y la fecha del conocimiento de embarque, y que habiendo reconocido la Administración estar incurso en culpa contractual, la parte perjudicada no tiene necesidad de probar la existencia de los hechos que dan lugar al resarcimiento de los daños y perjuicios

21. Az. 1725.

22. Az. 1560.

causados. La aplicabilidad de los Arts. 1101, 1104, 1107, etc... del Código Civil es reconocida expresamente en el 7º considerando de la sentencia.

La segunda de ellas —S. 25.II.1965—²³ de la que fue ponente D. José Fernández Hernando, contempla un supuesto de inmovilización de garantías a través de un banco, cuya liberación había sido injustificadamente retrasada por la Administración; la empresa CYSA reclamó intereses mercantiles del 8% del importe total de dichas garantías, pero el T. S. los deniega en parte en este caso por no encontrar suficientemente probada la inmovilización ni la totalidad del daño; en concreto estima el recurso en cuanto al abono desde la fecha de la reclamación del contratista de los gastos bancarios efectivamente acreditados (*damnum emergens*) pero rechaza la indemnización reclamada en concepto de perjuicios por la inmovilización del capital (*lucrum cessans*).

Llegamos así a la Sentencia de 11 de noviembre de 1965 (asunto *Cofinanco S. A.*)²⁴ de la que fue ponente don José María Cordero Torres, en la que se recoge un amplio reconocimiento de la indemnización por demora en los pagos, referida no sólo al interés legal de demora sino a la totalidad del quebranto, que incluye también los gastos bancarios derivados del mecanismo de financiación que en el contrato se preveía. En el considerando primero de esta sentencia se rechaza de modo expreso "la exención genérica de responsabilidad de la Administración en cuanto al devengo de intereses de demora en los contratos administrativos".

El supuesto fue el siguiente: en 14 de febrero de 1961 la CAT y Cofinanco S. A., firmaron un contrato de compraventa de 20.000 toneladas de cebada forrajera angloamericana y en 15 de diciembre siguiente la Sociedad contratante se dirigió a la CAT reclamando 251.919,99 pesetas, alegando retrasos en el pago de los precios, seguros y comisiones, y cifrando la expresada cantidad en los intereses que al Banco había tenido que pagar, según estadillo que presentaba, al siete y medio por ciento; reclamación que fue desestimada por resolución de 13 de marzo 1962. Interpuesto recurso de alzada ante el Ministerio de Comercio fue en parte desestimado por R. O. de 11 de mayo 1964 denegándole el abono de los intereses legales del capital utilizado desde que expiró el plazo contractual estipulado hasta el momento de la efectividad del abono. Frente a dicha R. O., interpone recurso ante el Tribunal Supremo.

23. Az. 1560.

24. Az. 5473.

Hay que hacer constar para entender el sentido de la sentencia cuál es la estructura y contenido del contrato de que se trata. Estamos ante un contrato mixto de venta y comisión —el más usual— en el que el comisionista asume la financiación inicial de la operación —a través de un crédito bancario—, y como contrapartida la CAT se compromete a abonarle el importe de los gastos bancarios que con ese motivo se le ocasionen, con exclusión de los intereses sobre el capital empleado que se encuentran incluidos en el porcentaje de comisión. Es decir, en el *cumplimiento normal* del contrato, el comisionista pone a disposición de la CAT la mercancía y ésta a aquél el valor de la mercancía, los gastos bancarios que se hayan realizado en el cumplimiento de la comisión recibida y el porcentaje de comisión (dentro del cual se incluye el interés del dinero adelantado); el plazo que se estipuló para hacer el abono en este caso fue de 15 días a partir de la completa y correcta presentación de los documentos liquidatorios.

Pues bien, frente a la denegación de los intereses legales que por entenderlos ya incluidos en la comisión se acordó en la R. O. de 11 de mayo de 1964, el T. S. afirma que el hecho de haber pactado que en la comisión irían incluidos los intereses del capital alude al cumplimiento normal, pero no puede nunca ser entendido como una cláusula de exoneración de responsabilidad por demora en el *caso de incumplimiento*; ²⁵ en este caso, se exige al contratista un desembolso allende su deber contractual. Por ello, con remisión expresa al Art. 1101, acuerda la concesión de una indemnización, que por lo demás, no la limita al tope fijado por el 1108 (“que para el supuesto general de mora arbitra un módulo convencional en la estimación de los daños”), sino que “en el caso de autos el quebranto invocado no es un perjuicio incalculable por retraso en el cobro, sino que está numéricamente determinado por el reembolso de la suma abonada al Banco, con exceso de la contractualmente previsible”.

25. Dice textualmente el T. S.: “Si en cuanto a los intereses legales del capital, el contrato exoneraba de todo reintegro a la Administración lo hacía con una importante limitación, la de fijar el plazo máximo del período durante el que habrían de engendrarse dichos intereses; de suerte que no cabe invocar ni ampararse en esa condición, cuando desaparecido el supuesto que la mantenía —la vigencia del plazo de quince días antes señalado— la situación de reciprocidad contractual quedó alterada por una omisión unilateral que ocasionaba un quebranto a la parte no responsable, de imposible acaecimiento si se hubiera consumado el supuesto preestablecido del abono dentro de plazo de la liquidación presentada; por lo cual es evidente, que el deber de resarcimiento a cargo de la Administración queda incompleto si sus entregas dinerarias se limitaran a la suma ya reconocida por la O. de 11 mayo 1964”.

Remite por último la determinación del montante de su cuantía al acuerdo entre las partes o al momento de ejecución de sentencia.

Esta sentencia supone una amplia y generosa admisión de la obligación que tiene la Administración de pagar intereses de demora.²⁶ Postura que venía siendo propugnada también, desde 1960, por el Consejo de Estado español en sus dictámenes a los expedientes de contratos.

12.D) *La aplicabilidad del artículo 1110 del C. C. a la contratación administrativa.* Visto el profundo cambio que en este punto se ha operado en nuestro derecho, y el pleno reconocimiento que ha encontrado ya en nuestra jurisprudencia, nos queda un último problema por examinar, que ciertamente ha tenido y tiene una gran trascendencia práctica. Me refiero a la aplicabilidad del Art. 1110, pfº 1º del C. C. a los contratos administrativos, cuando dice que "el recibo del capital por el acreedor sin reserva alguna respecto a los intereses, extingue la obligación del deudor en cuanto a éstos". Resolver esta cuestión exige, en primer lugar, determinar cuál es el sentido exacto de este precepto civil, que por lo demás está formulado en términos absolutos (obsérvese que dice: "extingue la obligación", no sólo la acción, por lo que excluye toda suerte de *compensatio* o *retentio*).

13.a) *El origen del precepto y su sentido en el derecho civil.* El origen inmediato de este precepto está en el Art. 6º de la Ley de 14 de marzo de 1856, del cual el párrafo 1º del Art. 1110 del Código Civil es reproducción casi literal. En efecto, esta Ley de 1856 dice: "el recibo del capital dado por el acreedor sin reservarse el derecho a los intereses estipulados, extingue la obligación del deudor respecto de aquéllos".

Importa, por de pronto, destacar cómo al introducirse en el Código Civil el Art. 6º de la Ley de 1856 se suprime la palabra "estipulados" referida a los intereses. En la Ley de 1856 la extinción del derecho se

26. Obsérvese el mayor alcance de esta sentencia, que a diferencia de la de 1962, no se limita a la aplicación del 1108 (el interés legal), sino que trata de indemnizar el total perjuicio sufrido. En tres ocasiones más se ha planteado el tema ante el Tribunal Supremo: Sentencias de 26.III.1966 y 16 de junio 1966 (asuntos *Transafrica*, en contratos de suministros de trigo de Australia y maíz de Estados Unidos del Norte), y S. 11 octubre de 1966 (*Cía. Peninsular de Abastecimientos, S.A.*, en contrato de compraventa de carne congelada por la CAT), pero en ninguno de estos tres supuestos el Tribunal Supremo ha entrado en el fondo del asunto, pues en todos ellos se había omitido la audiencia preceptiva del Consejo de Estado, por lo que el Supremo declaró la nulidad de todo lo actuado con posterioridad y ordenó la reposición del expediente a dicho momento.

refiere a los intereses estipulados. Según el Código Civil, la extinción se produce en la obligación respecto a los intereses. Tal variación se produce, en efecto, para evitar el alcance limitado que la Ley de 1856 tenía referida concretamente al préstamo.

Sin embargo, este limitado ámbito institucional de la Ley de 14 de marzo de 1856 no supuso la supresión del principio tradicional de que el derecho al cobro de intereses moratorios es accesorio respecto al crédito principal, y con él se extingue, y así la Sentencia de 21 de noviembre de 1890, dictada en pleito de mayor cuantía cuya demanda había sido interpuesta el 13 de julio de 1887 (y en la que, como alegaciones usuales a la sazón, se argumentaba sobre las normas del Derecho romano en pleito no foral) y resolviendo sobre una situación jurídica anterior a la vigencia del Código Civil, declaró que "los intereses moratorios, a excepción de los que son resultado de la convención, han de ser demandados al mismo tiempo que el principal, y cuando no se hace así, y el acreedor demandó y cobró sólo la deuda, no puede reclamar en nuevo juicio los intereses legales que pudo pedir y no pidió oportunamente, porque resuelta la acción principal, no cabe utilizar separadamente y con provecho la que es conjunta y dependiente de ésta".

En cuanto al tratamiento legal dado a la cuestión por el Código Civil, éste, al regular el préstamo mutuo, establece la necesidad del pacto expreso para el devengo de intereses, y además, capital e intereses juegan dentro del Código Civil subordinadamente el uno al otro.²⁷

La primera pregunta que aparece en una exégesis detenida del precepto es el porqué de esta eliminación de la palabra *estipulados* referida a los intereses. La respuesta debe aludir a un conjunto de razones confluentes: primero, porque la Ley de 1856 se refería sólo al mutuo y el Art. 1110, párrafo primero, se conecta —literal y sistemáticamente— a todas y cada una de las obligaciones consistentes en dinero. Y así, el Art. 880 está lejos de poder englobarse ni siquiera por analogía o por una interpretación

27. Ello en un doble aspecto: en la imputación del pago, por cuanto según el Art. 1173: "si la deuda produce interés, no podrá estimarse hecho el pago por cuenta del capital mientras no estén cubiertos los intereses"; y como una presunción de pago, según el párrafo 1º del Art. 1110 prevé. No se trata de una condonación legal de deuda, puesto que en tal caso podía entrar la presunción de condonación del Art. 1118 del propio Código con la posibilidad de invalidación por inoficiosidad. Se trata más bien de una presunción *juris et de jure* de pago, puesto que el Código habla de "extinguir la obligación".

muy extensiva en el precepto de la Ley de 1856 y cae, sin embargo, bajo el Art. 1110. En segundo lugar, porque dentro del Código el mutuo para que devengue intereses precisa pacto expreso, con lo que, a falta del mismo, la extinción de la obligación en cuanto a intereses no se produce por el juego del Art. 1110, sino que éstos no nacen sin el pacto. En tercer lugar, y en paralelismo con la legislación administrativa precedente, porque los intereses a que el Art. 1110 se refiere son los *moratorios*, es decir, los previstos no para compensar el uso ajeno del dinero propio, sino los debidos por mora. Y así lo exige la interpretación sistemática del precepto, situado entre los artículos referentes a los daños y perjuicios y no entre los concernientes al pago de lo debido.²⁸

14.b) *Su aplicación al contrato administrativo.* La jurisprudencia producida alrededor del Art. 1110 del Código Civil, en su aplicación al campo administrativo, es reducida y aparentemente oscilante. De una primera lectura de las sentencias no se alcanza a ver una solución clara, explícita y congruente.²⁹ Y así, mientras la Sentencia de la Sala 3ª, de 25 de mayo de 1903, deniega la posterior reclamación de intereses por aplicación del Art. 1110, casi a seguido la de 13 de diciembre, de la misma Sala, inaplica expresamente el citado artículo, limitándose a aplicar los Arts. 1100, 1101, 1108, y apelando al 1173 ("si la deuda produce interés, no podrá estimarse hecho el pago por cuenta del capital mientras no estén cubiertos los intereses").

Ahora bien, si se profundiza un poco sobre las declaraciones del T. S., aparentemente contradictorias, se observa que una y otra están

28. Es decir, que si los intereses son la contrapartida del uso del dinero y están pactados, no habrá que aplicar el Art. 1110, sino el 1173, relativo a la imputación de pagos, que recoge la Ley 10, Título 14, Partida V, que figura usualmente como el precedente del Art. 1110, siéndolo en realidad del Art. 1173 del Código. Dificilmente puede producirse la entrada en juego del Art. 1110 en cuanto a los intereses, si los pagos sucesivos han de imputarse preceptivamente al pago de los mismos y sólo después de abonados éstos se imputan al capital. Entre ambas reglas no hay contradicción, sino distinto ámbito de aplicación, pues el Art. 1110 ha de conectarse necesariamente a los intereses moratorios, por incumplimiento, y no a aquellos que suponen un elemento de la reciprocidad de prestaciones en el contenido normal del contrato. La duda que a esta tesis puede suscitar el párrafo segundo del Art. 1110 se disipa al analizar el origen histórico diferente, pues ya no es trasunto de la Ley de 1856, sino que fue recogido y englobado confusivamente con el primer párrafo de un artículo aislado del Proyecto de 1851.

29. Las Sentencias son: S. 20. abril. 1901, S. 25. V. 1903, S. 13. XII. 1904, S. 14. abril 1906, S. 29. noviembre 1912, S. 9. abril 1921, S. 16. abril 1925, S. 6. octubre 1928, S. 29. enero 1963 y S. 8. febrero 1965. Todas ellas han sido cuidadosamente consultadas.

vinculadas a hechos completamente diferentes. La primera se refiere a un supuesto en que la Administración retiene un capital que entrega tras la reclamación en vía gubernativa produciéndose posteriormente la reclamación de intereses; la segunda, en cambio, se trataba del 4 por 100 de afección por expropiación de unas fincas, porcentaje que forma parte del contenido normal del justo precio.

Y es que para un acertado planteamiento del problema es preciso hacer una distinción fundamental entre la reclamación de indemnización en el cumplimiento del contenido previsto del contrato o, por el contrario, la reclamación de indemnización (no prevista) en los casos de incumplimiento. En los contratos de la CAT, por ejemplo, a que nos referíamos en el epígrafe anterior, hay que separar cuidadosamente lo que constituye reclamación del contenido contractual (resarcimiento del gasto efectuado por cuenta del comitente) de lo que es, estrictamente, una reclamación de intereses.

El primero de ellos es un caso singular de lo dispuesto en el Art. 1729 del Código Civil respecto del mandato: "debe también el mandante indemnizar al mandatario de todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato, sin culpa ni imprudencia del mismo mandatario".

El segundo, en cambio, es una indemnización de daños por incumplimiento contractual.³⁰

La muy distinta naturaleza que alcanza a uno y otro título de reclamar comportará trascendentales consecuencias, pues el interés legal no previsto en el clausulado contractual se reclama a virtud del título de daños y perjuicios; en tanto que la indemnidad del comisionista es algo consustancial al propio contenido del contrato bilateral, y aun más, uno de los elementos que caracterizan la naturaleza bilateral y sinalagmática de la comisión. Asimismo, el presunto daño a que los intereses de demora atienden no precisa prueba de la cuantía; en cambio, lo contrario sucede respecto a los gastos del comisionista en cumplimiento de las instrucciones del comitente o los efectuados *utiliter gestum*: aquí es necesario la probanza del daño y su cuantía, así como de la relación de causalidad entre daño causado y conducta del comitente. Finalmente, los intereses serán debidos a raíz de una

30. Hasta tal punto son diferentes los títulos de reclamación de ambos, que son compatibles ya que el párrafo 3º del Art. 1728 del Código Civil dispone que "el reembolso comprenderá los intereses de la cantidad anticipada a contar desde el día en que se hizo la anticipación".

actuación contractual o unilateral de la Administración; la indemnidad sólo es concebible en el seno del contrato de comisión: esta indemnidad del comisionista se refiere a los gastos *en* la comisión recibida, no los basados en la *mora solvendi* de la CAT.

Se trata en primer lugar de un problema de calificación del contrato, el que nos dará luz para imputar la reclamación de indemnización a uno u otro concepto. Y sobre este punto, tanto el Consejo de Estado como el Tribunal Supremo se han pronunciado con claridad.

Ahora bien, no acaba ahí la cuestión, pues cabe que, además de los gastos bancarios propios de la comisión, se produzcan otros *gastos bancarios extraordinarios causados por la mora de CAT en el pago*. De un lado tienen claramente naturaleza indemnizatoria del daño experimentado por el contratista, no responden al contenido normal de la prestación concertada entre CAT y el contratista, sino al contenido anormal, esto es no son propiamente pago de la contraprestación, sino indemnización del perjuicio sufrido por la mora. De otro lado no responden a una prestación prevista en el clausulado contractual, sino que precisan un acto administrativo que declare eventualmente el derecho del contratista a su percibo. El acto no será una simple operación liquidatoria del *quantum debeatur*, sino una auténtica declaración de derechos.

Pues bien, no nos resta ahora sino proyectar el Art. 1110 sobre este doble supuesto, y la conclusión es clara. En el primer caso —cumplimiento del contenido pactado— las cantidades entregadas deben entenderse jurídicamente a cuenta de la liquidación definitiva (la indemnidad del comisionista forma parte del contenido normal de la comisión) y por tanto es inaplicable el Art. 1110 del C. C. En cambio en el segundo —indemnización de daños, solicitada con posterioridad—, la liquidación operada con la aceptación del capital implicará la extinción de la obligación, por aplicación del mismo artículo.³¹

Esta conclusión aparece además confirmada por la doctrina de los actos consentidos, tradicional en el Derecho Administrativo, que coadyuva a esta diferente aplicabilidad o inaplicación del Art. 1110 del Código Civil: en efecto, cuando el contenido previsto en el contrato no se ha agotado,

31. Justamente esta es la razón por la que el T. S. en las Sentencias citadas anteriormente —25.V.1903 y 13.XII.1904— aplica en un caso el 1110 y en otro lo declara inaplicable: el 4 por 100 de afección por expropiación forma parte del contenido normal del justo precio.

difícilmente puede hablarse de consentimiento a una liquidación definitiva existente, pues los pagos efectuados son todos a *buena cuenta*, como pagos parciales de la totalidad de lo debido: mientras esta totalidad de la prestación no se satisfaga no hay pago extintivo de la obligación. En cambio muy contraria es la conclusión cuando se está en la hipótesis opuesta, pues en tal caso toda la fuerza del principio del acto consentido obliga a una solución paralela a la del Art. 1110, si no se hace reserva expresa en contrario.