



*Audiencia de Cuentas de Canarias*

## **DICTAMEN ELABORADO EN RELACIÓN CON LA CONSULTA FORMULADA POR EL AYUNTAMIENTO DE LA VICTORIA RELATIVA A LA ACTUACIÓN A SEGUIR POR LA CORPORACIÓN RESPECTO AL PROCEDIMIENTO DE PAGO DE UNA CERTIFICACIÓN DE OBRAS**

En la Sesión del Pleno de la Audiencia de Cuentas de Canarias, celebrada el día 28 de febrero de 2012, se aprobó, por unanimidad, el Dictamen que a continuación se transcribe en relación con la consulta formulada por el Ayuntamiento de La Victoria relativa a la actuación a seguir por la Corporación respecto al procedimiento de pago de una certificación de obras:

“Visto por el Pleno el escrito del Ayuntamiento de La Victoria, a través del cual formula consulta relativa a la actuación a seguir por la Corporación respecto al procedimiento de pago de una certificación de obras, examinada la propuesta de Dictamen de la Unidad Fiscalizadora correspondiente, sobre la que se ha emitido el oportuno Informe Jurídico valorado igualmente por el órgano plenario, se acuerda emitir el siguiente

### **D I C T A M E N**

La Disposición Transitoria Primera 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, dispone que:

*“los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se registrarán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos”.*

Dado que de la documentación remitida no se deduce el régimen jurídico aplicado al contrato del que deriva la certificación de obras objeto de la consulta, ya que no consta el momento de inicio del expediente de contratación, la contestación a la consulta se realizará con referencia a ambas normativas: la anterior, de conformidad con lo establecido en la citada Disposición Transitoria Primera, constituida por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio – vigente hasta el día 30 de abril de 2008 -, y la actual, el mencionado Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Para la adecuada respuesta se debe, previamente, determinar la naturaleza de los abonos a cuenta (en concreto las certificaciones de obra) y, en general, de los documentos derivados de la ejecución de los contratos públicos que incorporan derechos de cobro.

Pues bien, de conformidad con la tesis más aceptada por la jurisprudencia y la doctrina, son -desde la perspectiva dogmática- títulos causales, por lo que la Administración podría oponer al pago de los mismos las vicisitudes del contrato.



## *Audiencia de Cuentas de Canarias*

Se diferencian así estos títulos de los títulos valores mercantiles que suelen tener un carácter abstracto, independizándose de la relación jurídica subyacente. Este carácter causal es de indudable trascendencia a la hora de dictaminar sobre el alcance y significado de la inembargabilidad de los mismos. Cuestión de la inembargabilidad que no es una novedad, ya que ha sido la regla general -con alguna excepción- de nuestra legislación sobre contratos administrativos.

Tanto en el caso de que sea aplicable la normativa anterior como la actual, el artículo 99.7 de la primera, y el artículo 216.7 de la segunda, con idéntica redacción, indican que:

*«Sin perjuicio de lo establecido en las normas tributarias y de la Seguridad Social, los abonos a cuenta que procedan por la ejecución del contrato, sólo podrán ser embargados en los siguientes supuestos:*

*a) Para el pago de los salarios devengados por el personal del contratista en la ejecución del contrato y de las cuotas sociales derivadas de los mismos.*

*b) Para el pago de las obligaciones contraídas por el contratista con los subcontratistas y suministradores referidas a la ejecución del contrato».*

Rige, pues, la regla de la inembargabilidad de los abonos a cuenta, que se justifica en que estos derechos de cobro -principalmente certificaciones de obra- son pagos a buena cuenta, con el resultado de que las cantidades abonadas al contratista no pasan con carácter definitivo a su patrimonio, sino que constituyen de algún modo fondos públicos afectos a la obra o servicio, tal y como se afirmó por el Tribunal Constitucional en su conocida Sentencia 169/1993, de fecha 27 de mayo (fundamento jurídico 2º, doctrina que ya se había apuntado por el Alto Tribunal en el Auto 818/1985) al resolver las cuestiones de inconstitucionalidad 1.030/1989 y 2.595/1989 (acumuladas) en relación con el artículo 47, párrafo tercero, del texto articulado de la Ley de Bases de Contratos del Estado, aprobado por Decreto de 8 de abril de 1965, en su redacción por Ley 5/1973, de 17 de marzo:

*«[...] la inembargabilidad de las certificaciones de obra está ligada al carácter mismo de estos títulos, que dan lugar a pagos a buena cuenta, con el resultado de que las cantidades abonadas al contratista no pasan con carácter definitivo a su patrimonio, sino que constituyen de algún modo fondos públicos afectos a la obra o servicio.*

*Siendo esto así, ningún reproche cabe hacer a la Ley, desde el principio de igualdad, por el hecho de que sólo permita el embargo de estas certificaciones en dos supuestos —pago de salarios y de cuotas sociales— directamente ligados a la realización de la obra en curso, excluyendo la ejecución forzosa en cualesquiera otras hipótesis. No se discrimina con ello a los demás acreedores, por otros títulos, del contratista, porque esta diferenciación a la hora de la ejecución forzosa está inequívocamente orientada a propiciar —vale repetir— la mejor realización y conclusión de la obra pública, finalidad que da sentido a la misma certificación*



## *Audiencia de Cuentas de Canarias*

*de obra y que quedaría frustrada, como es notorio, si la misma o su importe se aplicasen a satisfacer cualesquiera otros débitos del contratista. Al establecer que con cargo al importe de estos derechos de crédito no cabrá otra ejecución que la que así redunde en favor de la obra pública no ha establecido el art. 47 de la LCE, en suma, una diferenciación arbitraria o carente de sentido ni desproporcionada y basta con constatarlo así para descartar que el precepto en cuestión infrinja el principio constitucional de igualdad.»*

Así pues, no existen dudas jurídicas sobre el carácter inembargable de los abonos a cuenta, en los contratos administrativos, tal y como, por lo demás, se viene confirmando por la jurisprudencia (entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2006). Por ello, en la medida que el contrato sobre el que se informa es de tal régimen, debe declararse el carácter inembargable de los abonos a cuenta con las limitaciones legales citadas. En definitiva, nos encontramos con la concreción del principio de inembargabilidad de fondos públicos que recoge la legislación presupuestaria, en concreto el artículo 23 de la Ley General Presupuestaria, cuando declara que:

*«ningún tribunal ni autoridad administrativa podrá dictar providencia de embargo ni despachar mandamiento de ejecución contra los bienes y derechos patrimoniales cuando se encuentren materialmente afectados a un servicio público o a un función pública, cuando sus rendimientos o el producto de su enajenación estén legalmente afectados a fines diversos, o cuando se trate de valores o títulos representativos del capital de sociedades estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general».*

Obviamente, este privilegio sólo alcanzará a los abonos a cuenta que estén destinados a la realización de actos *iure imperii*, pero no a aquéllos destinados a la realización de actividades *iure gestionis*, porque una interpretación de las normas que condujera a extender más allá de esta necesidad causal debía considerarse vulneradora del artículo 24.1 de la Constitución (de ahí que, a modo de ejemplo, sí sean embargables los bienes patrimoniales no afectados a uso o servicio público- SSTC 166/1998 y 211/1998, de 27 de octubre-).

En cuanto a las actuaciones del órgano de contratación en relación con los requerimientos que reciban de órganos judiciales o administrativos que decretan embargos, como ya destacara la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en sus Informes 63/96, de 18 de diciembre de 1996 y 66/96, de 18 de diciembre de 1996, ha de limitarse a cumplimentar dichos requerimientos recordando/informando al órgano judicial o administrativo su criterio –conforme a la argumentación expuesta anteriormente- sobre la procedencia o improcedencia del embargo del crédito decretado a la vista de la consideración de inembargable del concreto derecho de cobro, pero sin que, en ningún caso, corresponda al órgano de contratación el decidir sobre este extremo. Si, a pesar de ello, se acuerda el embargo de los créditos, corresponderá en exclusiva a los perjudicados por las decisiones del órgano judicial o administrativo que decreta el embargo plantear sus reclamaciones y recursos ante estos últimos, y no ante el órgano de contratación (STS de 17 de junio de 1998).



## *Audiencia de Cuentas de Canarias*

En cuanto al análisis jurídico del embargo y del endoso, y pese a que se afirma en el Informe 63/1996 que la transmisión de los derechos de cobro, coincide con el negocio jurídico de los artículos 1526 y siguientes del Código Civil y el hecho de que por el endoso se transmita la propiedad de la certificación o del título documental que reconoce un derecho de cobro al contratista tiene una indudable importancia, pues, una vez convenida válidamente entre el cedente y el cesionario la transmisión y producido así el cambio de titularidad, los embargos ordenados y comunicados con posterioridad a la fecha de notificación fehaciente del acuerdo de la cesión no podrán afectar a la certificación de obra o al título documental que reconozcan un derecho de cobro al contratista dado que ha sido cedido, y tal derecho ya no forma parte de su patrimonio; desde el punto de vista operativo, se afirma que:

*"En cuanto a las actuaciones del órgano de contratación en relación con los requerimientos que reciban de órganos judiciales o administrativos que decretan embargos, ha de limitarse a cumplimentar dichos requerimientos o, en su caso, indicar al órgano requiriente su criterio sobre la procedencia o improcedencia del embargo del crédito decretado, pero sin que en ningún caso corresponda al órgano de contratación el decidir sobre este extremo, siendo los que se sienten perjudicados por las decisiones del órgano judicial o administrativo que decreta el embargo los que deben plantear sus reclamaciones y recursos ante estos últimos y no ante el órgano de contratación".*

Por tanto, la cuestión planteada respecto a la traba judicial o administrativa a las certificaciones endosadas a tercero ha de ser resuelta, en el sentido de que:

*"no es el órgano de contratación el que debe decidir los bienes que resultan embargables por lo que, en todo caso, deberá limitarse a exponer al órgano judicial o administrativo que decreta el embargo la improcedencia de embargar certificaciones endosadas para que el propio órgano judicial o administrativo resuelva lo procedente, contra cuya resolución los interesados deberán hacer valer los recursos oportunos".*

En cualquier caso, con la finalidad de no perjudicar los derechos de las partes intervinientes en la transmisión de los derechos de cobro y no entorpecer la actividad de los órganos judiciales, lo que, además, podría dar lugar a los correspondientes apercibimientos por desobediencia, recibido en la Administración un requerimiento judicial ordenando un embargo de un derecho de cobro que ha sido transmitido válida y eficazmente, resulta conveniente que se comunique a cedente y cesionario aquella circunstancia a efectos de que puedan defender sus derechos y, asimismo, poner en conocimiento del órgano judicial el negocio jurídico de la transmisión del derecho de cobro.

## **CONCLUSIONES**

1. Los derechos de cobro derivados de los abonos a cuenta en un contrato público, en tanto fondos públicos vinculados a un fin o servicio público, tienen la consideración de inembargables, justificándose esta cualidad en el elemento causal que subyace y que se



## *Audiencia de Cuentas de Canarias*

relaciona con el interés público inherente al contrato público. Así, los derechos de crédito tendrían esta consideración.

2. Ante la solicitud de embargo que se formula por el Juzgado o Tribunal, la Administración ha de limitarse a cumplimentar dichos requerimientos informando al órgano judicial de su criterio sobre la procedencia o improcedencia del embargo del crédito decretado, a la vista de la consideración de inembargables del concreto derecho de cobro, sin que pueda oponerse a la posterior decisión judicial al ser, en todo caso, la autoridad judicial la competente para decidir.
3. En caso de embargo de certificaciones de obras previamente endosadas, no es el órgano de contratación el que debe decidir sobre los bienes que resultan embargables por lo que, en todo caso, deberá limitarse a exponer al órgano judicial o administrativo que decreta el embargo la improcedencia de embargar certificaciones endosadas para que el propio órgano judicial o administrativo resuelva lo procedente, contra cuya resolución los interesados deberán hacer valer los recursos oportunos.”

En Santa Cruz de Tenerife, a dos de marzo de dos mil doce.