

Informe 3/2013, de 18 de xullo, sobre o pago de certificacións de obra cedidas a un terceiro no suposto de que o contratista sexa embargado.

ANTECEDENTES

1.- Pola Consellería de Medio Rural e Mar dirixiuse a esta Xunta Consultiva de Contratación Administrativa o seguinte escrito de consulta:

A Subdirección Xeral de Recursos Forestais da Secretaría Xeral do Medio Rural e Montes adxudicou nos anos 2009 e 2010 contratos de obra a unha empresa que actualmente presenta incidencias de embargo emitidas polo Xulgado de primeira instancia de Ourense e pola Axencia Estatal de Administración Tributaria.

A dita empresa en virtude do establecido no artigo 218 do Real Decreto Lexislativo 3/2011, de 14 de novembro, texto refundido da lei de contratos do sector público, realizou o endoso das certificacións de obra emitidas. Con carácter previo a existencia das incidencias de embargo a Intervención Delegada efectuou a toma de razón dos endosos remitidos, non así con aqueles endosos remitidos con posterioridade que foron devoltos ao órgano xestor por presentar incidencias. Así mesmo, remitíronse para a súa contabilizaron documentos "OK" que a Intervención Delegada non tramita por non ter un "criterio xurídico" relativo a quen corresponde ser o perceptor do pago.

En consecuencia, actualmente existen certificacións de obra emitidas e das que non se coñece a que beneficiario debe efectuarse o pagamento, (achechase anexo co detalle da situación) dado que á vista da normativa que entendemos resulta de aplicación (artigos 216 e 218 do texto refundido da Lei de contratos do sector público e artigo 1526 e seguintes do Código Civil) descoñecese a forma de tramitación dos pagamentos pendentes.

Polo exposto, ao abeiro do establecido no Decreto 237/2007, do 5 de decembro, polo que se crea a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da comunidade autónoma de Galicia e se regula a súa composición e funcionamento, solicítase informe no que se estableza **si o importe das certificacións de obra son embargables, si o son independentemente de que están cedidas a un terceiro (endoso) e a prelación que existe entre os distintos órganos con embargos** emitidos e o terceiro endosatario.

CONSIDERACIÓN XURÍDICAS

1.- Segundo o disposto no artigo 2.1 do Decreto 237/2007, do 5 de decembro, polo que se crea a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa correspóndelle a este órgano consultivo emitir, con carácter facultativo, informe sobre aquelas cuestións que, en materia de contratación administrativa, sometan á súa consideración as entidades enumeradas no seu artigo 1, entre as que se atopan os departamentos da propia Administración Xeral da Comunidade autónoma de Galicia.

2.- Débese indicar, habida conta das detalladas especificacións da consulta e da documentación anexa á mesma, que non lle corresponde a este órgano consultivo, informar sobre expedientes concretos de contratación nin suplir as funcións que, en virtude da lexislación vixente, competen a outros órganos vinculados á actividade contractual.

Ademais débese aclarar que a normativa que rexe a contratación pública non regula a realización de embargos e os seus efectos nin un procedemento específico de tramitación de tales incidencias de embargos sobre as certificacións de obra, o que deberá ser en todo caso configurado polos correspondentes órganos competentes de cada Administración pública atendendo as correspondentes normas procesuais e administrativas.

No obstante, esta Xunta Consultiva de Contratación pode con carácter xeral analizar as tres cuestións presentadas no escrito de solicitude –recopilando o criterio xa exposto en anteriores ocasións por diversas Xuntas Consultivas de contratación¹– no que respecta á embargabilidade das certificacións de obra, as actuacións a realizar polo órgano de contratación no suposto de embargo de certificacións de obra cedidas a terceiros, e sobre a postura a adoptar polo órgano de contratación nos supostos dunha concorrenza de embargos.

3.- Respecto da primeira das consultas realizadas, compre sinalar que únicamente, e como medio de garantir que os embargos non produzan dano aos intereses xerais que presiden a contratación pública, o artigo 216.7 do TRLCSP, mais dirixido aos órganos administrativos e xudiciais que decretan os embargos que a os propios órganos de contratación, dispón que:

Sen perxuízo do establecido nas normas tributarias e da Seguridade Social, os abonos a conta que procedan pola execución do contrato, só poderán ser embargados nos seguintes supostos:

- a) *Para o pagamento dos salarios devengados polo persoal do contratista na execución do contrato e das cotas sociais derivadas dos mesmos.*
- b) *Para o pagamento das obrigas contraídas polo contratista cos subcontratistas e subministradores referidas á execución do contrato.*

Así o citado artigo contempla, por un lado, o carácter inembargable dos abonos a conta, e por outro, recolle dúas concretas excepcións vinculadas a incidentes propios do contrato asinado.

Rexe, polo tanto, a regra xeral da inembargabilidade das certificacións de obra consecuencia tamén da propia natureza dos dereitos de crédito que incorporan. Trátase de abonos a conta que, coma xa indicou a xurisprudencia, non pasan con carácter definitivo ao patrimonio do contratista senón que constitúen, dalgún xeito, “fondos públicos afectos á obra ou servizo” (STC 169/1993, de 27 de maio)².

¹ (Informes JCCA 63/1996 e 66/1996 e Informe da Xunta Consultiva de Aragón 6/2011)

² A STC 169/1993, de 27 de maio analiza o art. 47 da Lei de Contratos do Estado, (na redacción dada pola Lei 5/1973, de 17 de marzo) segundo o que as certificacións de obra dos contratos do Estado solo poderán ser embargadas con destino ao pago dos salarios devengados na propia obra e a das cotas sociais derivadas dos mesmos. No seu fundamento 2º a sentenza di : “... 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 -observamos entonces- fondos públicos afectos a la obra o servicio (fundamento jurídico 2º). Siendo esto así, ningún reproche cabe hacer a la Ley, desde el principio de igualdad, por el hecho de que sólo permite 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 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 redundaría en favor de la obra pública no ha establecido el art. 47 de la L.C.E., 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.”

Sentado o anterior, en canto as actuacións a realizar polo órgano de contratación unha vez recibido un requerimento de embargo remitido polos correspondentes órganos xudiciais ou administrativos, a pesar da lexitimidade do órgano de contratación para facer valer o artigo 216.7 do TRLCSP e suscitar un incidente no procedemento de embargo poñendo de manifesto tal aspecto, entendemos que esa oposición ao embargo non debe ser exercida polos órganos de contratación senón polo cesionario ou polo cedente e, nese caso, non cabe máis que recomendar que, á maior brevidade, se cumplimenten os devanditos requirimentos informando, iso si, ao órgano requirente, o seu criterio sobre a procedencia ou improcedencia do embargo do crédito decretado. Como consecuencia, os que se sintan prexudicados polas decisións do órgano xudicial ou administrativo que decrete o embargo presentarán as súas reclamacións e recursos ante estes órganos e non ante o órgano de contratación (en tal sentido ver Informes JCCA 63/1996 e 66/1996).

4.- Respecto á segunda das cuestións sobre si as certificacións de obra son embargables “independente mente de que están cedidas a un terceiro (endoso)”, pese os termos confusos nos que ven redactada, entendemos que parece referirse en ultimo termo aos efectos da transmisión do dereito de cobro e a incidencia de posibles comunicacións de embargo sobre tales certificacións de obra.

Para dar resposta a tal cuestión resulta conveniente traer a colación o análise realizado pola xurisprudencia e a doutrina sobre a natureza xurídica da transmisión do crédito incorporado as certificacións de obra.

Dúas son as teorías existentes segundo se considere que a cesión é un apoderamento de cobro (polo que un terceiro pode cobrar en nome e por conta do contratista) ou ben un acto de transmisión da titularidade do crédito.

Na primeira interpretación a certificación podería ser embargada en calquera momento previo ao seu pagamento xa que en ningún momento saíu do patrimonio do contratista. Na segunda interpretación, sen embargo, entendendo que estamos ante unha transmisión do crédito, se conclúa que o embargo non terá eficacia algúnsa si a súa data é posterior á cesión (STS 22 de outubro de 1987).

Sendo esta última, a postura máis aceptada pola xurisprudencia e a doutrina, interesa determinar neste punto cando se entende cedido o dereito de cobro a favor dun terceiro.

O artigo 218 TRLCSP, relativo á transmisión de dereitos de cobro, sinala que

1. *Os contratistas que, conforme ao artigo anterior, teñan dereito de cobro fronte á Administración, poderán ceder o mesmo conforme a Dereito.*
2. *Para que a cesión do dereito de cobro sexa efectiva fronte á Administración, será requisito imprescindible a notificación fehaciente á mesma do acordo de cesión.*
3. *A eficacia das segundas e sucesivas cesións dos dereitos de cobro cedidos polo contratista quedará condicionada ao cumprimento do disposto no número anterior.*
4. *Unha vez que a Administración teña coñecemento do acordo de cesión, o mandamento de pago haberá de ser expedido a favor do cesionario. Antes de que a cesión se poña en coñecemento da Administración, os mandamentos de pago a nome do contratista ou do cedente surtirán efectos liberatorios.”*

Entendemos da actual regulación normativa que, para que a transmisión dos dereitos de cobro teña eficacia fronte a Administración, se esixe exclusivamente que a cesión se notifique de forma fehaciente ao órgano de contratación, con independencia de que a Administración tome ou non razón da cesión ou acepte ou non a mesma.

Isto conleva que a denominada “toma de razón” non se considere xa un dos requisitos legais de eficacia, senón que terá meros efectos internos de operativa contable de xeito que, en modo algúin, condicionaría a eficacia da transmisión unha vez sexa comunicada ao órgano de contratación (STS de 6 de setembro de 1988 e 10 de febreiro de 1989).

Incide nesa idea que o requisito da “denunciatio” ao órgano de contratación debedor, -xa esixido na LCAP de 1995 e, anteriormente, no Regulamento da Lei de contratación del Estado de 1975 (aprobado polo Decreto 3410/1975)-, ten unha regulación similar á que contén o artigo 1527 do Código Civil para as cesións de crédito: “*O debedor, que antes de ter coñecemento da cesión satisfaga ao acreedor, quedará libre da obriga*”, do que se entende que basta con esa comunicación para que debe entenderse cedido o crédito ao terceiro.

Partindo desta premisa poden producirse diversas situacions atendendo ao momento no que o órgano de contratación ten coñecemento do requerimento de embargo:

A) Se o embargo se comunica ao órgano de contratación con posterioridade á notificación fehaciente da cesión, debemos reiterar o anteriormente indicado no sentido de que non debe ser o órgano de contratación o que debe decidir os bens que resultan embargables polo que, nese caso, deberá limitarse a expoñer ao órgano xudicial ou administrativo que decreta o embargo a improcedencia de embargar certificacións xa cedidas a un terceiro para que sexa este o que resolva o procedente (sendo contra esta resolución contra a que os interesados deberán fazer valer os recursos oportunos).

B) Se o requerimento de embargo se comunica ao órgano con anterioridade á notificación fehaciente da cesión, o órgano de contratación está obrigado a executar o embargo decretado e notificado pola autoridade administrativa ou xudicial e, en consecuencia, non tendo coñecemento da cesión de crédito, non terá eficacia fronte a ela a citada transmisión do crédito.

5.- Respecto ao último apartado da consulta sobre a suposto dunha concorrencia de embargos, ha de darse idéntica resposta á primeira das cuestións suscitadas, dado que non corresponde a este órgano consultivo nin a ningún órgano de contratación resolver sobre a preferencia de embargos. Haberán de ser os propios órganos xudiciais e administrativos que decretan os embargos os que diluciden tal cuestión e respondan a tal incidencia.

Compre apuntar que a Administración, ao recibir unha comunicación de embargo, actúa como un debedor máis. En consecuencia, non lle compete converterse nun órgano resolutorio de tercerías improprias nin determinar a prelación existente entre créditos cando o embargo concorra con outros anteriores. Ademais, a Administración, neste caso, pode non ter datos nin antecedentes suficientes para pronunciarse sobre tal extremo.

Polo tanto, o pago debe efectuarse en atención á prioridade temporal dos embargos e non á natureza xurídica ou preferencia propia dos créditos. Así resulta dunha reiterada xurisprudencia do Tribunal Supremo na que se dispón que a prioridade para tramitar e continuar os procedementos de prema compete ao Xulgado ou á autoridade que trabou o primeiro embargo (SSTS 14-12-90, 7-11-92 e 1741-92). En consecuencia, todos os que declaren o embargo con posterioridade teñen a carga procesual de comparecer no procedemento executivo que trabou antes e suscitar a correspondente tercería de mellor derecho. Neste suposto, a Administración tan só debería manter informados aos distintos órganos xudiciais ou administrativos da situación de

concorrencia de embargos co fin de que as partes interesadas nos distintos procedementos executivos poidan suscitar as correspondentes tercerías.

En Santiago de Compostela, 18 de xullo de 2013