

Administrativo

La Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo corrobora y fortalece una doctrina errónea e injusta sobre la cesión de créditos públicos

La incomprensión de los mecanismos y de la justicia de la financiación de los contratistas públicos lleva una vez más a la Sala Tercera del Tribunal Supremo a dictar una sentencia defectuosa.

ÁNGEL CARRASCO PERERA

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Hechos

Hispánica de Viales resultó adjudicataria de distintas obras de la Diputación Provincial de Salamanca consistentes en obras de refuerzo, mejora y acondicionamiento de diferentes carreteras. Hispánica de Viales 2011, S. L., como cedente, y Gedesco, como cesionaria, suscribieron una póliza de cesión de créditos, intervenida, en fecha 16 de marzo del 2017, por la que la segunda devino cesionaria de los créditos ostentados por Hispánica devengados, pero pendientes de vencimiento a la fecha de formalización de la póliza, y de los que pudieran devengarse en el futuro frente a la excelentísima Diputación de Salamanca en virtud de los contratos adjudicados a Hispánica por la citada entidad pública, relacionados en el expositivo II de la

antedicha póliza y que incorporaban a ella en su anexo número 2.

Conforme a las estipulaciones previstas en la meritada póliza de cesión de créditos, las partes requirieron al notario de Valencia don Ricardo Monllor González para que la notificase a la Administración demandada a los efectos previstos en el artículo 218 del Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

Con posterioridad, en fecha 23 de junio del 2017, se recibió en la Tesorería Provincial una comunicación de la Agencia Tributaria por la que se notificó el acuerdo de adopción de la medida cautelar consistente en la retención de bienes y derechos de la cedente,

Hispánica de Viales, al amparo de lo dispuesto en los artículos 41.5 y 81 de la Ley General Tributaria, para asegurar el cobro de las deudas tributarias exigibles en el procedimiento tributario seguido frente a Pas Infraestructuras y Servicios S. L. como deudor principal y frente a Hispánica de Viales S. L. como posible responsable subsidiario; en tal documento se acordaba «el embargo preventivo/retención de los derechos de crédito que las siguientes personas o entidades tengan a favor de Hispánica de Viales S. L. pendientes de pago, ya sean cantidades facturadas o pendientes de facturar o no requieran facturación así como aquellas que sean consecuencia de prestaciones aún no realizadas derivadas de cualquier tipo de contrato en vigor con el citado obligado al pago: Diputación de Salamanca», todo ello para cubrir un importe de 3 709 706,76 euros.

Con fecha de 26 de junio siguiente, la Diputación Provincial procedió a la retención de los importes solicitados por la Agencia Tributaria a la sociedad Hispánica de Viales conforme a los créditos que tuviera pendientes de pago por parte de la Diputación, ya fueran cantidades facturadas o pendientes de facturar o que no requieran facturación, así como las que fueran consecuencia de prestaciones aún no realizadas derivadas de cualquier tipo de contrato en vigor, y las puso a disposición de la Agencia tributaria. Finalmente, la Agencia Tributaria emitió el 17 de noviembre del 2017 una solicitud de ingreso del importe retenido para el pago de la cantidad por parte de Hispánica, aportando una relación de facturas en las que figuraban dos de titularidad de Gedesco. La Diputación transfirió las cantidades reclamadas.

Vencidas las facturas cedidas y ante la falta de pago del total del importe de las facturas, Gedesco Factoring, en su condición de

cesionaria, procedió el día 17 de noviembre del 2017 a la reclamación de la cantidad de 775 066,45 euros a la Administración contratante, que fue desestimada por un decreto de la Diputación de Salamanca de fecha 28 de diciembre del 2017 en el que se señalaba que, con cargo al importe de las facturas reclamadas, se había hecho efectiva la diligencia de embargo recibida frente a Hispánica por parte de la Agencia Tributaria. Interpuesto un recurso contencioso-administrativo, fue estimado por la Sentencia 197/2019 del Juzgado de lo Contencioso, de 3 de junio, en la que declaró que el decreto de la Diputación de Salamanca no era ajustado a derecho y la procedencia del pago de las facturas reclamadas por Gedesco por importe de 785 275,95 euros. Razona el Juzgado de lo Contencioso que, con arreglo a la jurisprudencia de esta Sala —con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de marzo del 2017 y otras precedentes, con relación a créditos futuros—, ha de concluirse que la cesión de créditos era eficaz desde el 14 de marzo del 2017, cuando ésta se formalizó en documento público, esto es, en fecha anterior, por ende, a la fecha de retención del embargo acordado por la Agencia Tributaria, que fue a 23 de junio del 2017, así como anterior al decreto que acuerda la retención de los importes solicitados por la Agencia Tributaria de 26 de junio siguiente.

Formulado por la Diputación de Salamanca un recurso de apelación, fue estimado por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 10 de febrero del 2020, que ahora se recurre en casación.

2. Motivo de casación

Considera la parte recurrente que la lectura del artículo 218, singularmente de sus apartados

1.º y 4.º, no permite colegir la proscripción de la cesión de créditos futuros en el ámbito de la contratación administrativa; más bien al contrario, lo cual resulta acorde con lo dispuesto en el derecho privado. Así, Hispánica estaba facultada para ceder los créditos objeto de la controversia con arreglo a lo previsto en los artículos 1526 a 1536 del Código Civil y 346 y 247 del Código de Comercio, quedando la Administración vinculada al pago obligatorio a Gedesco desde la notificación. Sin embargo y pese al conocimiento de la cesión de créditos a Gedesco, la Sala de apelación razona que la cesión resulta ineficaz hasta la fecha en que el crédito se devenga y se notifica de nuevo la cesión, lo que tiene lugar con posterioridad a la comunicación de la orden de embargo emitida por la Agencia Tributaria. Tanto el artículo 218 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, cuya infracción se alega en el presente recurso, como el vigente artículo 200 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, ratifican estas reglas, sin perjuicio de adicionar este último un nuevo apartado 5.º que desvincula a la Administración de las cesiones anteriores al nacimiento de la relación jurídica de la que deriva el derecho de cobro y faculta a ésta última para invocar frente al cesionario todas las excepciones causales derivadas de la relación contractual con la cedente.

3. La Sentencia del Tribunal Supremo 1693/2022 (Sala de lo Contencioso, Sección Tercera), de 19 de diciembre

Según la Sala de casación, la cuestión que ahora se suscita ha sido analizada por dicha Sala Tercera en la Sentencia del Tribunal Supremo 53/2020, de 22 de enero, en la que se examinó el alcance y sentido de la legislación administrativa en esta materia de cesión de créditos. Se mantuvo en la reseñada

Sentencia 53/2020 que lo cedible no es el derecho de crédito, sino algo más circunscrito, el «derecho de cobro». Y, para que un derecho de crédito nacido de la ejecución de un contrato administrativo pueda ser cobrado, es preciso —aparte de que haya pasado un plazo y, en su caso, se presente y trámite la correspondiente reclamación— que se hayan dado «las certificaciones de obra o de los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados» (art. 198 de la Ley de Contratos del Sector Público); es decir, se exige que la Administración haya afirmado que la obra o el servicio se han realizado correctamente. Con arreglo al artículo 1112 del Código Civil ello no sería necesario para la cesión del crédito por parte del contratista: éste podría cederlo a un tercero con anterioridad a que la otra parte manifieste su conformidad con la prestación. Al establecer una regla más restrictiva sobre cesión de créditos, la legislación de contratos administrativos busca, como es obvio, tutelar el interés general, evitando que la Administración tenga que enfrentarse a reclamaciones pecuniarias de terceros cuando aún no ha dado su conformidad a la obra o al servicio. Sólo cuando lo único que falta es cobrar, al haber manifestado la Administración que no tiene objeción alguna sobre la ejecución del contrato administrativo, se permite legalmente la cesión de ese derecho de crédito a un tercero; derecho de crédito que, en este contexto, recibe la significativa denominación de *derecho de cobro*. La Sala sigue ahora el criterio establecido en la precedente sentencia en la que se resaltan las diferencias existentes entre la legislación civil y la específica regulación en el ámbito administrativo.

Y sucede en el presente supuesto que el derecho al cobro de la entidad recurrente —cesionaria del crédito derivado del contrato de

obra— frente a la Administración únicamente nace cuando se emite la correspondiente certificación de obra, esto es, en septiembre del 2017, no en el momento anterior en el que tiene lugar la cesión. Empero, cuando la certificación de obra se emite —y surge el derecho al cobro—, se había producido ya la orden de retención y embargo de ciertas cantidades por parte de la Agencia Tributaria, siendo así que la Diputación de Salamanca procedió a dar cumplimiento a dicho requerimiento acordando la transferencia de fondos en favor de dicha agencia en un momento posterior a aquel en que tuvo lugar la cesión del crédito, pero previo al momento en el que nació el derecho de cobro al que alude la legislación administrativa.

De modo que, en conclusión, hasta que la Administración no constata la correcta ejecución de la prestación del contrato por parte del contratista no surge el derecho de cobro y, por ende, carece de efecto traslativo la cesión de un derecho de crédito frente a la Administración hasta que no se consolida el derecho de cobro.

También se aduce en el recurso de casación que el supuesto examinado en la precedente sentencia difiere del que da origen al presente recurso de casación, pues en aquella ocasión se enjuicia una cesión de créditos extracontractuales originados por la responsabilidad patrimonial de la Administración, lo cual es distinto a lo que aquí se dilucida, que se ciñe a la cesión de crédito dimanante de un contrato administrativo de obras. Sucede, empero, que, aun cuando, en efecto, se trata de supuestos diferentes, en ambos casos son de aplicación las normas administrativas antes reseñadas correspondientes a la cesión de créditos futuros y en ambos subyace la misma cuestión jurídica que atañe al

efecto traslativo de las cesiones de créditos de futuro y la singular posición jurídica del cesionario en el ámbito administrativo, razones que llevan a concluir que la interpretación de los preceptos en liza ha de ser coincidente.

4. Comentario

§ 1. Es de deplorar que con esta segunda sentencia la Sección Tercera de la Sala Tercera finalmente haya creado jurisprudencia reproduciendo los términos de la anterior Sentencia del Tribunal Supremo 53/2020. Esta sentencia fue denunciada por repetidas voces como desafortunada, tanto dogmáticamente como por razón de los intereses en presencia.

§ 2. Aquella sentencia y ésta entienden que la interpretación que mantienen es necesaria para garantizar que la Administración Pública no se vea requerida a pagar créditos que no están siquiera liquidados por la correspondiente certificación de obra. Es un gran error. El reconocimiento de la eficacia de la cesión anticipada de créditos nunca comportaría que la Administración Pública deba pagar algo que no deba o antes del término temporal en que deba pagar. Esto es notorio. Por tanto, la tesis «civilista» a que la Sala se refiere es neutral absolutamente en términos de protección de los intereses públicos. Porque, como bien propone ahora el apartado 5 del artículo 200 de la Ley de Sociedades de Capital del 2017, la Administración es inmune ante las cesiones anticipadas.

§ 3. Este apartado legal se expresa en estos términos: «5. Las cesiones anteriores al nacimiento de la relación jurídica de la que deriva el derecho de cobro no producirán efectos frente a la Administración. En todo caso, la Administración podrá oponer frente al cesionario todas las excepciones causales

derivadas de la relación contractual». Es curioso que ni el recurrente ni la sentencia empleen este precepto, siquiera a efectos argumentativos. Porque la norma se refiere (como no productoras de efectos) a las cesiones anteriores al nacimiento de la relación jurídica subyacente (el contrato con la Diputación), lo que no es el caso, porque la cesión del supuesto litigado se refería a créditos por contratos ya celebrados con la Diputación, aunque no devengados en su totalidad. Por tanto, *a contrario sensu*, esta cesión produciría efectos frente a la Administración.

§ 4. Mas, aunque así no fuera, la «no producción de efectos» frente a la Administración Pública no comportaría la ineficacia civil de la cesión entre las partes y terceros, sino, primero y obvio, que la Administración no debe hacer pagos a pesar de esta anticipación y, segundo, que puede oponer a esa cesión todas las excepciones que pudiera oponer en el momento de emisión de la certificación de obra. Una vez más, la cesión anticipada es neutral para la Administración. No le grava más ni a ninguna cosa distinta de lo que le «grava» una cesión posterior a la emisión de la certificación de obra. ¿Qué le importa a la Administración que antes del tiempo de devengo se peleen entre sí los cesionarios por determinar su preferencia?

§ 5. La Sala de lo Contencioso no repara ni reparó antes en que el punto de vista elegido para analizar la cuestión de la cesión está totalmente desenfocado. Porque la cesión o la prenda anticipadas no se realizan con efectos de obligar de alguna manera a la Administración Pública, sino con efectos de ganar prioridad de cobro frente a terceros acreedores, en nuestro caso, la Agencia Tributaria. Éste es el conflicto que se dilucida, frente al que la Administración es un tercero *quem cesio non nocet nec prodest*. Y, porque

el conflicto se liquida entre acreedores, no existe ninguna razón para entender que el régimen jurídico ha de ser distinto por el hecho de que el crédito disputado derive de un contrato administrativo.

§ 6. La distinción entre cesiones de crédito y cesiones de cobro no tiene recorrido. Es lamentable que un conflicto sustancial se resuelva con fruslerías nominalistas. No se repara tampoco en que el apartado 5 del artículo 200 refuta abiertamente la tesis, porque la norma se refiere a una cesión operada antes o después del nacimiento de la relación jurídica subyacente, pero no antes de la certificación administrativa. Y, además, ¿qué le importa a la Administración Pública si los créditos se ceden en un momento u otro, dado que su posición es inmune ante este hecho?

§ 7. La cuestión es exclusivamente si el importe de aquellas obras corresponde a Gedesco *Factoring* o a la Agencia Tributaria. ¿Por qué ha de salir beneficiada esta última por una interpretación de la ley que pretende «favorecer» al deudor común? ¿Qué le importa al deudor común que cobre uno u otro? Incluso es notorio que a la Diputación le interesa más que cobre el financiador, porque el fracaso de la operación de *factoring* afectará seguramente al curso de las obras presentes y futuras. El crédito de Gedesco es inherente a la obra, es una financiación refaccionaria; el crédito de Hacienda no. No sólo es posterior en el tiempo, tiene menos *equity*.

§ 8. La cosa es injusta, además, por una segunda razón. La cesión del crédito es el *quid pro quo* de la financiación mediante descuento. El cesionario pone en ello su confianza y realiza la prestación sobre la causa bilateral de la cesión. La Hacienda Pública, en cambio, no concede crédito sobre expectativas de contraprestación contractual. El que

embarga, embarga lo que hay, porque el origen de su crédito no constituyó una prestación causalizada a que se le cediera el crédito contra un tercero.

§ 9. En efecto, la solución adoptada, por la que se privilegia un embargo posterior de Hacienda que no tiene una *equity* refaccionaria frente a una cesión anterior en favor del financiador fundamental de la obra pública, tiene como consecuencia que los financiadores avisados no estarán dispuestos a descontar pagos al contratista, siendo este descuento

el único medio de permitirles liquidez en el tiempo intermedio para financiar unas obras en curso que se cobrarán en el futuro.

§ 10. La sentencia es incongruente y trata a los dos contendientes con distintas varas de medir. Se dice que la cesión fue anterior a la emisión de la certificación de obra. Pero lo mismo ocurre con el dictado de la medida cautelar y su ejecución (retención) por la Diputación. ¿Por qué resulta eficaz un embargo sobre un crédito futuro cuando la cesión no sería eficaz en el mismo caso?