



ESTUDIOS

DOCTRINA ADMINISTRATIVA DE LOS PAGOS A CUENTA

351.712.2.032:33

Por GASPAR ARIÑO ORTIZ

Sumario: 1. Doctrina general sobre el pago.—2. Doctrina del pago en la contratación administrativa.—3. Certificaciones y pagos parciales.—4. Anticipos a cuenta.—5. Certificaciones de acopios y medios auxiliares: su calificación.—6. Naturaleza y virtualidad de los pagos a buena cuenta.

1. Doctrina general sobre el pago

SE ha puesto de manifiesto en la doctrina civil el triple significado que encierra el pago, en cuanto satisfacción o cumplimiento de una relación obligatoria (1). En un sentido técnico-jurídico, se entiende por pago el *cumplimiento* de un deber jurídico, que libera al deudor, satisfaciendo al mismo tiempo el interés del acreedor (2). Y consecuente con este concepto, el Código civil emplea

(1) CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español*, t. III, 10.ª edic., 1967, páginas 291 y ss.

(2) Díez, PICAZO, LUIS: *Lecciones de Derecho civil*, II, Valencia, 1965, pp. 369 y ss. El significado romano de pago, referido a todo hecho que produjera la liberación del deudor (*solutio*), resulta hoy excesivamente extenso. Es, en cambio, excesivamente restringido el sentido vulgar de entrega de una suma de dinero Cfr. CASTÁN, ob. cit., p. 291.

como términos sinónimos los de cumplimiento y pago y exige como una de las condiciones de éste su *integridad* (arts. 1.156 y 1.169 del Código civil). El efecto característico suyo es la *extinción de la obligación*, según se desprende del artículo 1.157 («no se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía»).

2. Doctrina del pago en la contratación administrativa

Consecuente con la dogmática general y contemplando también razones de orden financiero, en derecho administrativo se consagró ya de antiguo el principio del *pago por servicio hecho*: «aucun marché, aucune convention—escribía ya De Gerando—pour travaux et fournitures ne doit stipuler d'acompte que pour un service fait» (3). Y nuestra primera Ley de Contabilidad de Bravo Murillo (Santillán) establecía, en su artículo 23: «No se ejecutará pago alguno sino por servicios hechos y justificados.» Razones de contabilidad pública y de garantía del recto empleo de los fondos públicos prescriben «que los pagos sólo se hacen cuando se justifica un servicio prestado» (4). Por tanto, sólo después de realizada la prestación pactada tiene derecho el contratista a exigir su pago, y tratándose en los contratos administrativos típicos (obras, servicios y suministros) de prestaciones de resultado, este momento queda, en rigor, diferido al de la completa y total ejecución de la prestación debida, al de la entrega del *opus perfectum*, previa aceptación y recepción de éste por los órganos competentes.

Ahora bien, «si se interpretase rigurosamente el principio—escribe Jèze—en el caso de que se trate de grandes obras públicas que duran varios años, la Administración correría el riesgo de no hallar empresario que tenga disponibilidades suficientes para esperar durante tanto tiempo su liquidación. En cualquier caso, la Administración sufriría las dificultades económicas del empresario, cuyos gastos financieros éste repercutiría sobre los precios de contrata».

(3) DE GERANDO, M.: *Institutes du Droit Administratif Français*, 2.^a ed., París, 1842, t. IV, p. 30.

(4) JÈZE, G.: *Principios generales de Derecho administrativo*, t. V. Trad. De palma, 1950, p. 277. En el mismo sentido, toda la doctrina: *Vid.* por todos WALINE; M.: *Droit Administratif*, 9.^a ed., p. 614. Con especial referencia a la contratación, *vid.* por todos PRIEUX, H.: *Traité pratique du Droit des Travaux Publics*, 1959, t. II, p. 502.

3. Certificaciones y pagos parciales

Se ha dado, por ello, al principio de pago por servicio prestado una interpretación más amplia, según la cual, a efectos contables y financieros, el contrato administrativo de obras públicas no hay que entenderlo como un contrato de resultado total, sino como un contrato de resultados parciales, susceptibles de ser medidos y abonados por separado. Permaneciendo indivisible la obra desde el punto de vista jurídico, se admite la divisibilidad contable y se estima que, financieramente, hay servicio prestado en la parte de obra ejecutada. Con ello se facilita en gran medida la financiación de la obra o el servicio.

El sistema fue introducido en Francia por el *Cahier des clauses et conditions générales des ponts et chaussées* de 1833 (5), cuyo artículo 34 permitía efectuar «*payements d'acomptes en raison de l'avancement des travaux jusqu'à concurrence des neuf dixièmes de la dépense*», de donde pasó a nuestro primer pliego de condiciones de 14 de abril de 1836 en idénticos términos: «los pagos a buena cuenta se harán a proporción del progreso de las obras, en virtud de mandato del director general sobre los libramientos del ingeniero jefe, según los datos que le transmita el ingeniero encargado, hasta la cantidad de nueve décimos del importe de las obras ejecutadas y materiales acopiados» (art. 32). Este precepto sería repetido en los distintos pliegos de condiciones del siglo pasado (pliego de 1846, art. 30; pliego de 1861, art. 34; pliego de 1886, art. 34; pliego de 1900, art. 36), hasta llegar al vigente de 13 de marzo de 1903, cuyo artículo 37 establece que «en cada una de las épocas que fijen los pliegos de condiciones facultativos o particulares de la contrata, formará el ingeniero encargado una relación valorada de las ejecutadas durante el período de tiempo anterior...; tomando por base la relación, expedirá el ingeniero la certificación de las obras ejecutadas...»; y el artículo 36 consigna que «los pagos se harán en las épocas que fijan las condiciones particulares de la contrata, por medio de libramientos expedidos en virtud de las certificaciones de obras dadas por el ingeniero». Finalmente, el artículo 44 prescribe que «en ningún caso podrá alegar el contratista los usos y costumbres del país en la medición de las obras o aplicación de los precios, cuando se hallen en contradicción con el presente pliego de condiciones, con el de los facultativos o con el de los particulares de la contrata».

(5) Recogido como apéndice por PERRIQUET, E.: *Traité théorique et pratique des Travaux Publics*. París, 1883.

El sistema de abonos parciales a buena cuenta ha sido, finalmente, recogido en el RCE, artículo 142, con estas palabras: «a los efectos del pago, la Administración expedirá mensualmente certificaciones que correspondan a la obra ejecutada durante dicho periodo de tiempo, salvo que se establezca otra cosa en el pliego de cláusulas administrativas particulares».

Ordinariamente, las certificaciones se extienden a finales de mes (según las fases en que se descompone el programa de trabajo), la firma del ingeniero encargado y le dan el visto bueno el jefe de la Sección y el ingeniero jefe del Servicio. Debe reunir dos requisitos aparentemente contradictorios: por una parte, no se debe certificar más obra de la realizada, ya que el pago no debe exceder nunca el valor de la parte ejecutada (lo contrario equivaldría a conceder al contratista un anticipo); pero por otro lado, en la certificación debe constar de manera expresa que «las obras ejecutadas no rebasan las que se acreditan», es decir, no debe certificarse una cantidad inferior al valor real de las ejecutadas. La explicación a este último requisito hay que buscarla en la posible aplicación de la revisión de precios a la diferencia, que no sería, en general, favorable al Estado. Hay ocasiones, sin embargo, en que se extienden certificaciones de obras anteriores que no se pudieron acreditar, a pesar de haber sido realizadas, por alguna causa justificada, normalmente por falta de crédito oficial (en los impresos del Ministerio de Obras Públicas figura incluso una casilla con el título «obras ejecutadas en meses anteriores»). Pueden también extenderse certificaciones con cargo a anualidades posteriores, siempre y cuando el contratista firme la diligencia de que se compromete a no cobrar dicho importe hasta el año siguiente (el interés para el contratista, en este caso, es que el banco se la descuenta).

El principio del pago por servicio hecho queda así convenientemente matizado en interés del contratista y de la propia Administración (6).

(6) «Le but de ces mesures—écribait Josee—se comprend aisément; elles doivent entraîner des économies pour le maître de l'ouvrage. Pour s'en tenir aux marchés de travaux, il est certain que les entrepreneurs doivent faire des avances de fonds parfois considérables pour régler les salaires de leur personnel, leurs achats de matériaux, etc... s'ils devaient attendre l'achèvement des ouvrages sans rentrer dans une partie au moins de leurs déboursés, ils tiendraient compte de cette situation en majorant les prix consentis par eux de façon à couvrir le montant des intérêts que leur réclameraient leurs banquiers. D'autre part, la concurrence serait diminuée du fait que seuls quelques entrepreneurs très puissants et certains de trouver du crédit pourraient soumissionner.» (P. L. JOSSE : *Les travaux publics et l'expropriation*, Paris, Sirey, 1958, página 167.)

4. Anticipos a cuenta

Junto al sistema de pagos a cuenta, se ha cuestionado la posibilidad de establecer otras vías de abono, y en concreto, la de los anticipos o adelanto de fondos a cuenta que se le hagan al contratista, a fin de facilitarle su ejecución (7).

El sistema de «adelantos» supone, no ya una matización y flexibilización del principio del servicio hecho, sino su quiebra más patente. En efecto, se trata en este caso del adelanto de cantidades de dinero que la Administración hace al contratista en atención a futuros gastos—obras o servicios en preparación—, de los que no cabe un previo «reconocimiento» (apreciación de servicio hecho), puesto que éste no se ha realizado todavía.

En definitiva, la distinción entre pagos a buena cuenta y anticipos es que los primeros suponen una prestación parcialmente ejecutada (por ello son, contablemente, pagos en firme no obstante su condición material de «a buena cuenta», pues corresponden a «servicio hecho»), mientras los segundos constituyen auténticos adelantos de dinero que no encuentran causa adecuada en la realización de prestación alguna (por ello son, contablemente, pagos a justificar, cosa que ha de hacer el jefe del servicio en el improrrogable plazo de tres meses: art. 70 LACHP) (8).

¿Cuál es la legalidad y la conveniencia de tales abonos?

La doctrina clásica en Francia se mostró, en general, contraria al sistema de «avances». Permitaseme recoger en este sentido las siguientes palabras de Jèze que son expresión del sentir de una época: «l'avance aboutit à faire du trésor public le banquier du fournisseur

(7) Es preciso no confundir los adelantos de que aquí se habla con las anticipaciones de fondos, pues corresponden a dos realidades distintas: constituyen estas últimas la anticipación de fondos por el Tesoro para la atención de obligaciones no comprendidas en la Ley de Presupuestos, en contra del principio de legalidad del gasto (en su aprobación); tal, por ejemplo, los que se producen cuando hay en trámite una petición de crédito extraordinario que ha sido favorablemente informada por el Consejo de Estado; en cambio, los anticipos de fondos a un contratista constituyen el abono a éste de cantidades, sin una previa justificación del servicio realmente ejecutado, en contra del principio de garantía del gasto (en la ejecución del mismo). El artículo 41 de la LACHP, que prohibía las anticipaciones de fondos, prohibición que dejó en suspenso el Decreto-ley de 8 de noviembre de 1957, se refiere a las primeras. Aquí nos referimos sólo a estas últimas.

(8) Es la distinción establecida en Francia entre «acomptes» y «avances». Vid. por todos PRIEUX, H.: *Traité...*, cit., p. 506: «C'est paiement d'avance si le versement correspond à un service à faire; paiement d'acompte si le versement correspond à un service en cours d'exécution.»

ou de l'entrepreneur, son bailleur de fonds, son associé. Sans doute, juridiquement, l'Etat n'est qu'un *préteur*, un *créancier*; mais, en fait, les deniers prêtés sont des deniers publics qui vont servir à créer ou à développer une industrie *privée*, laquelle va ensuite concurrencer les entreprises privées de même nature. Convient-il dans un régime d'égalité et de libre concurrence économiques, que les fournisseurs de l'Etat reçoivent, *avec les deniers publics* produits par l'impôt ou par le recours au crédit public, un appui financier que les autres industriels ou commerçants ne reçoivent pas? La négative s'impose à mon avis. Et c'est à juste titre qu'en France les règlements de comptabilité n'admettent pas le versement d'avances» (9).

Se trasluce tras estas palabras la concepción imperante en la contratación administrativa propia de la época, a que me he referido en otro lugar (10), así como el papel exclusivamente negativo de mantenimiento del principio de igualdad formal y de conservación del orden jurídico, que preside la actuación administrativa del momento. Únicamente con carácter excepcional, en períodos de guerra o crisis, se admite la posibilidad de anticipos, acompañados de garantías proporcionadas para la seguridad y reembolso de las sumas (ley de 28 de septiembre de 1915) (11).

La situación ha variado recientemente en Francia. El decreto de 11 de mayo de 1953 ha establecido un régimen facultativo de anticipos, que modifica el sistema de *acomptes* tradicionalmente admitido, dando con ello un paso más en el camino de ayuda y mutua colaboración que preside actualmente la contratación (12).

En nuestra legislación financiera, los anticipos, por lo mismo que atentan a la base misma de la garantía en los gastos, no han estado formalmente admitidos. Sin embargo su uso más o menos excepcional y se ha producido a través de la mecánica de los pagos a justificar. Se refieren éstos a aquellos casos en que habiendo servicio hecho, el importe exacto no es conocido o no puede ser documentalmente justificado por el momento. En efecto, la ley de Administración y contabilidad de 1850 los admitía en los términos absolutamente estrictos

(9) JÈZE, G.: *Cours de Science des Finances et de Legislation Financière Française*, 6.^a ed., Paris, 1922, p. 184. La 5.^a ed. de esta obra es de 1912, y la primera (que no he podido encontrar) corresponde al comienzo del siglo.

(10) *Vid.* mi artículo «El contenido de la relación contractual. Sus principios informadores», en *DA* núm. 121 (enero-febrero 1968), pp. 33 y ss.

(11) JÈZE, *loc. cit.*

(12) *Vid.* un buen resumen del sistema en JOSSE: *Travaux Publics*, pp. 167-168. Más ampliamente en PRIEUX, M.: *Traité...*, pp. 507 y ss.

de su artículo 26 (13), que encontró a pesar de todo una fuerte oposición en las discusiones parlamentarias. La ley Gamazo de 1893 los prohibió en su artículo 58: «se prohíben las anticipaciones de fondos. Las cantidades que deban satisfacerse para la ejecución de servicios *cuyos justificantes no puedan obtenerse* al tiempo de hacer los pagos, porque éstos deban tener lugar en ultramar o en el extranjero o por *no ser dable precisar la cuantía* del gasto, se considerarán como pagos a justificar, sin perjuicio de aplicarse desde luego a los capitulos correspondientes, quedando los jefes encargados de los mismos servicios obligados a justificar su inversión en el improrrogable plazo de cuatro meses o la imposibilidad de verificarlo, bajo la pena que se determina en el artículo 82 de esta ley». El artículo 70 de la LACHP de 1911 suprimió precisamente las primeras palabras de este texto, recogiendo el resto, por lo que limitaba los adelantos a los supuestos de simple falta de justificación documental del servicio, que en todo caso se entiende ha de estar realizado cuando el pago se efectúa.

En nuestro Ordenamiento, los anticipos *strictu sensu* están prohibidos, y sólo pueden tener lugar en aquellos casos en que no quepa previamente justificarse el servicio (orden de 25.IV.1934), cosa que ocurre rara vez en materia contractual. La afirmación que alguna vez ha hecho el Consejo de Estado de que «en la contratación administrativa hay que admitir siempre la posibilidad del anticipo», hay que entenderla referida, más correctamente, a las certificaciones a cuenta por acopios y medios auxiliares, que no constituyen, técnicamente, auténticos anticipos, como veremos seguidamente. Si lo constituyen, en cambio, las llamadas certificaciones en descubierto de obra (adelanto de certificaciones), que consisten en extender al contratista certificaciones por obra no realizada todavía, práctica viciosa e ilegal que, sin embargo, se viene realizando, encubriéndola a veces a través de certificaciones de acopios.

El sistema de anticipos, sin embargo, convenientemente estudiado y con las debidas garantías, puede dar fecundos resultados y está en

(13) «Las anticipaciones de fondos sólo podrán hacerse con el Tesoro para atender a servicios que estén a cargo inmediato de empleados del Gobierno sujetos a rendir cuentas, y con la condición de rendirlas justificadas dentro de los periodos en que hayan de dar la suya los agentes del Tesoro mismo. Si el interés del servicio exigiese en algún caso la alteración de esta regla, la dispondrá, el ministro a quien compete, bajo su responsabilidad y dentro de los límites que le señale un Real Decreto» (art. 26). No confundir estas anticipaciones de fondos con aquellas a las que se refiere el actual artículo 41 de la LACHP (*vid. nota 7, supra*).

la línea de principios que presiden actualmente la contratación administrativa. Lo que en ningún caso es bueno son las prácticas viciosas sustitutivas que a veces se ponen en juego.

5. Certificaciones de acopios y medios auxiliares: su calificación

A mitad de camino entre las certificaciones de obra parcialmente ejecutada y los anticipos *strictu sensu*, se encuentran estos abonos a cuenta que se hacen al contratista por una parte del importe de los materiales adquiridos por el empresario para el abastecimiento de la obra o el servicio, o de la maquinaria y demás medios auxiliares instalados por el contratista para su realización.

La naturaleza de estas certificaciones no es precisamente la de anticipos, sino la de *pagos por servicio hecho*, si bien éste no quede referido a unidades de obra, sino a los medios necesarios para realizar éstas. Las mismas razones que justifican el abono de aquéllas se han estimado válidas para éstos, unificando la calificación de ambos conceptos como «servicio hecho» (14).

Nuestro reciente RCE consagra expresamente esta calificación en el artículo 162: «Se considera como obra efectivamente realizada, no sólo la que pueda ser objeto de certificación por unidades de obra terminadas, sino también las accesorias llevadas a cabo por el contratista..., así como también los acopios situados al pie de la obra.» Y con este carácter prevé dichas certificaciones en el artículo 143 al decir que «la Administración podrá verificar también abonos a cuenta por operaciones preparatorias realizadas por el contratista, como instalaciones y acopio de materiales o de equipos de maquinaria pesada adscritos a la obra, en las condiciones señaladas en los pliegos de cláusulas».

El régimen establecido en los pliegos consiste, hoy por hoy, en abonar al contratista el 75 por 100 del valor de los acopios realizados; esta cantidad se deduce después, proporcionalmente, de las unidades de obra que se vayan ejecutando. Así se prevé en el artículo 38 del Pliego de 1903: «cuando, a juicio del ingeniero, no haya peligro de que desaparezcan o se deterioren los materiales acopiados y reconocidos

(14) JEZE, G.: *Principios...*, cit., pp. 278-280. En las obras públicas de importancia, el acopio de materiales e instalación de maquinaria exige fuertes desembolsos que se realizan incluso años antes de realizar las unidades de obra correspondientes. El interés del empresario y el de la Administración exige, en estos casos, evitar al empresario las dificultades y los gastos que lleva consigo un préstamo bancario a largo plazo, ya que éstos, en definitiva, serían repercutidos sobre los precios de contrata.

como útiles, se abonarán, incluyendo en certificaciones, las tres cuartas partes de su valor si están al pie de la obra, y teniendo en cuenta este abono para deducirlo del importe total de las obras construidas con dichos materiales».

Con idéntico sentido a la anterior, y aun cuando no aparecía reconocida en el Pliego de 1903 (pero sí en el reglamento, como acabamos de consignar), se ha venido practicando en los contratos administrativos de obras públicas la certificación por maquinaria y medios auxiliares consistente en el anticipo que por el importe proporcional de los mismos se hace al contratista a medida que va progresando su instalación.

El motivo de que se anticipen los medios auxiliares es, una vez más, evitar que el contratista tenga un capital inmovilizado durante toda la vida de la obra, con los considerables gastos financieros que supondría en la mayor parte de los casos y la lenta recuperación del mismo a través del sistema de certificaciones por obra ejecutada, que incluirían dentro de los precios unitarios la cuota parte destinada a amortización de medios auxiliares.

Pues bien, lo que hace la Administración es, una vez que el contratista ha instalado sus medios auxiliares y se ha hecho una valoración contradictoria de los mismos, abonarle por anticipado, en la correspondiente certificación, la cifra total por este concepto, descontándole en lo sucesivo, de la valoración de las unidades de obra, la partida que figure por medios auxiliares en los precios unitarios.

La aplicación extensiva a la maquinaria de las certificaciones a cuenta fue criticada por la doctrina, entendiéndose que «al no estar destinada a convertirse en propiedad de la Administración, las sumas que se paguen por dicha maquinaria no serían pagos parciales de un precio de obra, sino auténticos anticipos» (15). Este juicio no es del todo exacto, pues, como se dice más adelante en el texto, lo que la Administración abona en este caso es aquella parte del valor de la maquinaria que es incorporado a la obra o servicio público: la cuota de amortización calculada. Lo que sí constituye un verdadero *anticipo encubierto* es la viciosa práctica de retrasar estos descuentos a unidades de obra que se hagan en fecha posterior, con el peligro que supone acumular éstos al final. Los descuentos deben hacerse desde el primer momento, con un criterio riguroso de proporcionalidad, a lo largo de toda la vida de la obra.

Esto, en el caso de que los medios auxiliares se hayan incluido en todos y cada uno de los precios de las unidades de obra. Otras veces,

(15) JÈZE, G.: *Principios...*, cit., p. 280.

al redactar un proyecto, pueden prefijarse con anterioridad los que la Administración estima necesarios y valorarse con independencia, y entonces el contratista se obliga a instalar los que figuran en el proyecto y le son abonados por separado a medida que progresa su instalación.

En cualquier caso, es importante señalar que el objeto de la valoración contradictoria y abono anticipado sólo es—normalmente—la amortización de la maquinaria y demás medios auxiliares en la ejecución de la obra de que se trate, quedando la propiedad de los mismos a favor del contratista (amortización por desperfectos) salvo que se haya estipulado lo contrario: que sea la propia titularidad de los bienes lo que se hace objeto de certificación, quedando éstos a beneficio de la Administración a la conclusión de las obras (amortización en cuentas de reserva). A esta hipótesis se alude en el artículo 28 del pliego, párrafo segundo, aunque como es lógico no tiene apenas aplicación.

Hay que destacar, finalmente, que estos abonos a cuenta tienen también una finalidad importante para la Administración: evitar posteriores revisiones de precios de estos elementos que podrían producirse con relación a ellos, no obstante haber sido adquiridos con anterioridad, si su pago se realiza posteriormente con cargo a las unidades de obra, pues éstas se producen a veces años después.

6. Naturaleza y virtualidad de los pagos a buena cuenta

Quedan explicadas con ello las razones financieras que justifican la existencia de pagos parciales. Ahora bien, ¿cuál es la virtualidad jurídica, el sistema de efectos, que lleva consigo este modo de pago? Conviene recordar, para plantear correctamente el problema objeto de este epígrafe, el sentido que tiene el pago en cuanto modo de ejecución de una relación obligatoria: el pago es el cumplimiento de un deber jurídico, que el acreedor tiene derecho a exigir, por haber realizado a su vez, en los contratos bilaterales, el cumplimiento de su prestación. Hemos aludido también páginas atrás, si bien de modo incidental, a una característica de los contratos de obra: la unidad jurídica de su objeto, el tratarse de una obligación de resultado que sólo se entiende cumplida, jurídicamente, en su conjunto.

Pues bien, hay que añadir ahora que a esta unidad de obra corresponde la paralela unidad de precio, que viene impuesta también, como he puesto de manifiesto en otro lugar (16), por razones presupuesta-

(16) *Vid.* mi «Teoría del equivalente económico», cit., pp. 97 y ss.

rias. Una y otra exigen para su mutua satisfacción la correspondiente unidad de pago. Desde una perspectiva jurídica —no contable— la estructura interna que enmarca el nacimiento y la extinción de las obligaciones y derechos en un contrato de obras, servicios o suministros se apoya sobre estas tres coordenadas: unidad de objeto, unidad de precio, unidad de pago (17). Quiere ello decir que las entregas de dinero que se hagan antes del cumplimiento definitivo de la prestación por el contratista «son en todo caso pagos parciales adelantados de un solo trabajo considerado en su conjunto, y no pagos autónomos y definitivos de diversos trabajos parciales» (18). Por tanto, no suponen auténtico cumplimiento de la obligación, ni suponen recepción y aprobación de lo recibido, ni liberan a ninguna de las partes. Es decir, no son, jurídicamente, un pago. Este es exactamente el sentido de las certificaciones y pagos a buena cuenta que nuestra contratación administrativa recogerá desde sus primeras formulaciones (19) hasta el vigente pliego de 13 de marzo de 1903, cuyo artículo 37 establece: «las certificaciones y abonos periódicos tendrán el carácter de documentos y pagos provisionales a buena cuenta, sujetos a las rectificaciones y variaciones que produzcan la medición final, no suponiendo tampoco dichas certificaciones aprobación ni recepción de las obras que comprendan». Es decir, a diferencia de lo previsto en el artículo 1.592 del Código civil («el que se obliga a hacer una obra por piezas o por medidas puede exigir del dueño que la reciba por partes y que la pague en proporción; se presume aprobada y recibida la parte satisfecha»), en el contrato administrativo de obras públicas, *la obligación no se entiende cumplida —ni se extingue— desde el punto de vista jurídico sucesivamente* (por parte del contratista, al ir realizando las distintas unidades de obra, y por la Administración, al ir abonando sucesivamente el precio), sino que pervive en toda su integridad hasta el

(17) Cfr. LÓPEZ-AMO MARÍN, A.: «Contratos de obra de la catedral de Toledo», separata, pp. 35 y ss.

(18) LÓPEZ-AMO, A., ob. cit., p. 108.

(19) La misma expresión «a buena cuenta» es antigua en nuestro Derecho, y tiene, al parecer, su origen en la contratación económica, precedida siempre por la confianza y el sentido de equidad que son propios de ésta: cfr. LÓPEZ-AMO, ob. cit., p. 108. En la legislación administrativa lo recoge ya el pliego de 1846, artículo 30: «Los pagos a buena cuenta se harán a proporción del progreso de las obras en virtud de mandato...». Pliego de 1861, artículo 35: «Teniendo el carácter de documentos provisionales a buena cuenta, sujetos a las rectificaciones y variaciones que produzca la liquidación final.» Comentando Garran este artículo, escribe: «Los contratistas no pueden fundar reclamación alguna a la liquidación en que en las certificaciones se hayan abonado más o menos unidades, pues aquellos abonos se consideran solamente como provisionales o a buena cuenta». Vid. GARRAN, MAURICIO: «Comentarios al pliego de condiciones generales aprobado por Real Decreto de 10 de julio de 1861». Barcelona, 1867.

momento de la ejecución total y de la recepción definitiva. En idénticos términos ha sido redactado el artículo 142, párrafo 3.º, del Reglamento General de Contratación del Estado.

Todo ello trae consigo importantes consecuencias jurídicas, que vamos a exponer brevemente a continuación.

6.1 LOS PAGOS NO SUPONEN RECEPCIÓN NI APROBACIÓN DE LAS OBRAS

Que hasta el momento de la recepción definitiva y liquidación final de las obras, el contratista es exclusivamente responsable de la ejecución de las mismas y de las faltas que en ellas puedan notarse, sin que le sirva de disculpa ni le dé derecho alguno la circunstancia de que el ingeniero o sus subalternos hayan examinado y reconocido durante su construcción dichas obras o los materiales empleados, ni que hayan sido valorados en las certificaciones parciales. En consecuencia, cuando el ingeniero advierta vicios o defectos en las construcciones... antes de verificarse dicha recepción definitiva, podrá disponer que las partes defectuosas se demuelan y reconstruyan por el contratista y a su costa (art. 26 del pliego de 1903).

Ello supone que las mediciones y certificaciones parciales constituyen documentos provisionales que no han de servir necesariamente de base al abono definitivo de las obras; esto es, no constituyen actas con presunción de certeza de los hechos que en ellas se expresan, ni son consentibles por el particular, ni vinculan el juicio posterior de la Administración. Los datos de hecho que constituirán la base del abono son los que se aprecian en el momento de la medición y recepción definitiva; si bien en algunos casos (partes ocultas de las obras, por ejemplo) éstos vendrán dados por las mediciones parciales (de ahí que el particular deba también prestar su conformidad a éstas o denunciar los errores que observe en el momento en que éstas se producen, pues de lo contrario se echaría sobre sí la carga de una difícil prueba). Así lo ha dictaminado nuestro Consejo de Estado en un supuesto que se le consultó, con estas características: las obras objeto del expediente fueron adjudicadas en el año 1933, acordando la Administración la suspensión de las mismas en el año 1934, por considerar que dichas obras estaban subordinadas parcialmente a la ejecución previa de otras obras que debían realizarse en terrenos próximos. La última certificación mensual de obra ejecutada y abonada al contratista tiene fecha de diciembre de 1934. El contratista solicitó, en el año 1941, la rescisión de la contrata sin penalidad, al amparo del artículo 54 del pliego de condiciones generales de 13 de marzo de 1903, a cuya petición se accedió, acordándose la práctica de la liquidación final con fecha 1942. El acta de recepción de las obras ejecutadas está

fecha en diciembre de 1954. En ella se hacía constar por el contratista que en 1 de junio de 1936 existía acopiada en la obra una cantidad de piedra mucho mayor que la que había en el momento de extensión de dicha acta, imputando la pérdida a la Administración por haber ordenado la paralización de las obras durante la guerra de Liberación. Practicada la liquidación, ésta arroja un saldo deudor de la contrata de 163.841 pesetas, equivalentes a la diferencia entre las 171.174 pesetas representativas del exceso de piedra acopiada al pie de obra y abonada al contratista en diciembre de 1934, en relación con la existente en el momento de la recepción de las obras. La contrata se negó a dar la conformidad a esta liquidación.

Pues bien, el Alto Cuerpo Consultivo consultó que, a su juicio, «la liquidación de las obras debe ajustarse, en principio, a los resultados de la medición general de obra y materiales acopiados al pie de la misma, según figuran en el acta de recepción parcial y única de las obras aprobada en diciembre de 1954, toda vez que la certificación de obra de diciembre de 1934, en que funda su pretensión el contratista, no tiene otro carácter que el de un anticipo "a buena cuenta", condicionado, por tanto, al estado en que se encontrasen obra y materiales al tiempo de la recepción definitiva.

La Jurisprudencia ha confirmado repetidamente este alcance limitado de los pagos a cuenta, que en ningún caso suponen un derecho adquirido por el particular, sino que entiendo son repetibles por la Administración en el momento de la liquidación. El problema ha sido abordado en la sentencia de 4 de junio de 1964 (asunto finca San Julián). Se trataba de la construcción de un núcleo rural por el INC en la finca San Julián, del término municipal de Marmolejo (Jaén). Rescindido el contrato, éste había sido parcialmente ejecutado y abonado; la Administración procedió a la liquidación definitiva, declarando *no de recibo* una serie de obras en las que se comprobó en ese momento «falta del espesor exigible en las cimentaciones, y en las capas de la pintura previstas, estar en seco los mampuestos, excesivas curvaturas y agrietamiento, hundimientos, ruinas y desprendimientos, y en fin la falta de elementos sustanciales en las obras parcialmente construidas», de lo cual resultaba un crédito a favor del Estado de 1.143.552,34 pesetas, por las cantidades que éste había entregado al contratista en pago anticipado de dichas obras. Frente a ello, el contratista reclama al INC una suma de 3.996.094,99 pesetas en pago de obras que aún no le habían sido abonadas.

Pues bien, el Tribunal Supremo (Sala 4.ª; ponente: Excmo. Sr. don José María Cordero Torres) sienta la doctrina de que la expedición de certificaciones sucesivas de la obra realizada a los efectos de su abono,

dentro del cuadro de pagos «a buena cuenta» en la contrata, en modo alguno constituye un acto propio que vincule a la Administración a admitir por anticipado y de modo definitivo los valores representados por las entregas y las obras a que corresponden, ya que, de modo que no puede dejar lugar a dudas, establece el artículo 37 del pliego general de 1903, el carácter provisional y ulteriormente rectificable de aquellos abonos; precepto completado por los artículos 59 a 61 y 66, al disponer que se practique una medición general acompañada de una valoración paralela, que sirvan para la recepción de las obras en condiciones y las rectificaciones de las cifras presupuestarias, ocasionadas por la realidad de la desigual y parcial capacidad de utilización de las construcciones. Y declara válida y subsistente la liquidación hecha por la Administración (20).

6.2 PAGOS A CUENTA Y «PERICULUM REI»

Que no hay transferencia sucesiva de propiedad, del contratista a la Administración, con la importante consecuencia de que los riesgos por daños o destrucciones en la obra hecha no se van desplazando, después de las sucesivas recepciones y abonos parciales, del contratista a la Administración, sino que recaen exclusivamente sobre el contratista, ya que la obra no ha sido llevada al patrimonio del comitente (la Administración), y es sabido que en los contratos traslativos de propiedad—como son los de suministros y los de obras públicas— (21); los riesgos son a costa de la parte que es propietaria en el momento en que la cosa sufre el daño (*res perit domino*). Todo ello, salvo las excepciones establecidas en el artículo 46 LCE (22).

(20) En el mismo sentido, nuestro Consejo de Estado ha consultado que «por este mismo carácter de anticipos "a buena cuenta" que tienen las certificaciones de obra abonadas al contratista, la liquidación de una contrata puede ofrecer un saldo negativo en contra suya, como ocurre en el presente caso, siendo indudable el derecho que le asiste, en el primer supuesto, a obtener el cobro de la Administración, o el de ésta, en el segundo, a reclamar de aquél las cantidades abonadas en exceso al hacerse efectivas las certificaciones parciales de obra». Dictamen de 9 de julio de 1959; Col. 1958-59, núm. 171.

(21) Sobre la naturaleza jurídica de este tipo de contratos, *vid.* ENNECERUS: *Kipp y Wolff*, 2.ª ed., 1950, trad. de la 35 ed. alemana por Pérez y Alguer; *Traatado de Derecho civil*, t. II; *Derecho de obligaciones*, vol. II, pp. 281 a 287; NART: «Contrato de obra y empresa», *Revista de Derecho Privado*, t. XXV, página 814; LAUBADERE, A.: *Traité élémentaire de Droit Administratif*, 3.ª ed., 1963, t. II, pp. 63 y 64.

(22) Me remito en este punto a mi libro *Teoría del equivalente económico...*, cit., pp. 149 a 171, donde estudio este tema ampliamente.

6.3 PAGOS A CUENTA E INTERÉS DE DEMORA

Inicialmente, un argumento para el impago de intereses de demora por la Administración fue el de que se trataba de pagos a cuenta y, por tanto, no creadores de un incumplimiento. La Administración—se dice—no está obligada, salvo cláusula en contrario, al pago de intereses de demora por los retrasos que se produzcan en el abono de las certificaciones parciales y pagos a cuenta, ya que, en rigor, el contratista no tiene derecho al abono de la contraprestación hasta el momento de la entrega del *opus perfectum*, y, por tanto, la Administración no puede considerarse incurso en mora, ya que, jurídicamente, la obligación de pago no ha nacido todavía para ella. Llevando esta argumentación a sus últimas consecuencias, el *dies a quo* en el cálculo de los intereses de demora quedaba desplazado al momento de la recepción y liquidación definitiva, lo cual equivalía de hecho a denegarlos en una gran medida. Es ésta una consideración que explica en parte—hay también otras razones—el origen de la aparente incoherencia de nuestra jurisprudencia que ha denegado sistemáticamente el abono por la Administración de intereses de demora (23).

La determinación del *dies a quo* en el cálculo de éstos aparece claramente formulada en el artículo 32 de nuestro primer pliego de condiciones, aprobado por real orden de 14 de abril de 1836, en los siguientes términos: «los pagos se harán sucesivamente según las órdenes y fondos disponibles, sin que se haga indemnización bajo ningún concepto por causa de retardo *durante la construcción de las obras*. Sin embargo, 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*» (24). El pliego de 1846 no se refiere a este punto, por lo

(23) Una prueba de esta afirmación la constituye el R. D. S. de 23 de febrero de 1865 (asunto Casa Consistorial de Badajoz) que, como rara excepción en la jurisprudencia de la época, condena a la Administración al pago de intereses. La razón es clara: en el contrato al que la decisión se refiere, el sistema de abono no era el de pagos a cuenta, sino el de recepción y abono de la obra por partes. Es significativo el caso, porque a lo largo del contrato se ponen en práctica ambos sistemas—el de abonos a cuenta de la liquidación final y el de abono por partes—; pues bien, el Consejo de Estado reconocerá los intereses de demora en el segundo y los denegará en el tiempo en que el sistema adoptado fue el de los pagos a cuenta.

(24) El precepto fue tomado del *Cahier des Clauses et conditions générales imposées aux entrepreneurs des ponts et chaussées*, de 1811, modificado en 1833, cuyo artículo 34 decía textualmente: «Les paiements ne pouvant être faits qu'au fut et à mesure des ordonnances et des fonds disponibles, il ne sera jamais

que dicho régimen de abono de intereses perduró formalmente hasta el pliego de 1861, cuyo artículo 39 modificó el cómputo del *dies a quo* en los siguientes términos: «si el Gobierno no hiciese los pagos de las obras ejecutadas dentro de los dos meses siguientes a aquel a que correspondía la certificación dada por el ingeniero, se abonarán al contratista, desde el día en que termina dicho plazo de dos meses», texto que pasará al artículo 38 del pliego de 1886 y desde éste, a través del artículo 40 del pliego de 1903, al artículo 47 de la ley y 144 del reglamento general de Contratación: «si la Administración no hiciese pago al contratista de las certificaciones dentro de los tres meses siguientes a la fecha de aquéllas, deberá abonar al mismo el interés legal de las cantidades debidas, si aquél intimase por escrito el cumplimiento de la obligación».

El Tribunal Supremo ha reconocido la procedencia de su abono en sentencia de 28 de septiembre de 1954 (asunto «Constructora Colonial, Sociedad Anónima») (25), que recayó sobre el siguiente caso: «las obras públicas proyectadas en las posesiones españolas del golfo de Guinea, adjudicadas a la empresa «La Constructora Colonial, Sociedad Anónima», fueron objeto de dos escrituras públicas distintas: por la de 28.VI.1928 se contrataba la construcción de determinadas carreteras, y por la de 4.V.1929 se formalizó la contrata de pasos de cauces y puentes.

En cuanto a esta última, en el artículo 38 del pliego de condiciones particulares se convino que durante la ejecución de las obras mensualmente se librasen certificaciones a buena cuenta, procediéndose a su recepción provisional, empezándose a contar el plazo de garantía de un año, transcurrido el cual se procedería a la recepción definitiva de las obras y a su liquidación.

Practicadas éstas, un mes después se produjo el hundimiento del puente construido sobre el río Musola, a causa de haber sido proyectado defectuosamente. Y en consecuencia se dictó una orden de la Presidencia del Consejo de Ministros de 8 de marzo de 1945 por la que se dispuso que la Compañía constructora venía obligada a resarcir al

alloué d'indemnité, sous aucune dénomination, pour retard de payement pendant l'exécution des travaux.

Toutefois, si, les travaux étant définitivement reçus, l'entrepreneur ne pouvait pas être entièrement soldé à l'expiration du délai de garantie, il pourra prétendre à les intérêts pour cause de retard de payement de la somme qui lui restera due à dater de cette époque.» Este precepto, recogido después a través del artículo 49 del *Cahier* de 1866, dio lugar también en Francia a una nutrida jurisprudencia del Conseil d'Etat en el mismo sentido: cfr. PERRIQUET, ob. cit., pp. 344, 345, 354 y 355.

(25) Az. 2380. Ponente: Excelentísimo señor don Rodrigo Vivar Téllez.

Estado por los gastos ocasionados por la reconstrucción de dicho puente.

Por otra parte, con el fin de cobrarse dichos gastos y aduciendo la sospecha de que se habían producido también algunas irregularidades en las obras de las carreteras de la isla (cosa que no se demostró), la Administración acordó, con fecha 6 de abril de 1935, suspender los pagos de las certificaciones de las mismas, que hasta entonces se habían abonado normalmente; y, con fecha de 8 de marzo de 1945, denegar el pago de los intereses de demora de las cantidades líquidas que devengan dichas certificaciones por el periodo de tiempo comprendido entre el 18 de julio de 1936 y el 1 de abril de 1939 que duró la guerra de Liberación.

Recurrida la orden de 8 de marzo de 1945, el Tribunal Supremo decidió:

1. Que la entidad contratista no está obligada a resarcir al Estado por la reconstrucción del puente, pues la Administración no opuso reparo al proyecto ni a la ejecución de las obras y aprobó su recepción definitiva, con lo que quedó el contratista relevado de toda responsabilidad respecto a ellas.
2. Que la Administración está obligada al pago de los intereses de demora por las certificaciones de obras no pagadas a partir de la fecha de la orden de 6 de junio de 1935, pues se había establecido en la escritura que la Administración pagaría intereses por las liquidaciones no satisfechas dentro de los dos meses siguientes a su formalización; máxime cuando después de la recepción definitiva de las obras y de la expiración del plazo de garantía quedaba el contratista relevado de toda responsabilidad. Y si la Administración creyó que existían irregularidades, sólo a título de indemnización de daños y perjuicios podía haber determinado lo procedente.
3. Que la Administración no está obligada al pago de intereses de demora por las certificaciones de obras de carreteras no pagadas durante la guerra de Liberación por haber estado imposibilitado para hacerlo al encontrarse el expediente original y antecedentes necesarios en zona no liberada, y por tanto no se la puede estimar culpable o negligente en el cumplimiento de lo pactado, no siendo admisible, además, como fuerza mayor la guerra de Liberación.

6.4 INEMBARGABILIDAD DE LOS FONDOS ENTREGADOS

Las cantidades abonadas al contratista en los pagos a buena cuenta no pasan con carácter definitivo a su patrimonio, sino que constituyen *fondos públicos afectos de alguna manera a la obra o servicio*,

por lo que no se pueden embargar, detener ni intervenir. Así se reconoce expresamente en el artículo 36 del pliego de 1903, al decir: «los libramientos y su importe se entregarán precisamente al contratista a cuyo favor se hayan rematado las obras o a persona legalmente autorizada por él, y nunca a ningún otro, aunque se libren despachos o exhortos por cualquier Tribunal o autoridad para su detención, pues que se trata de fondos públicos destinados al pago de operarios y no de intereses particulares del contratista. Únicamente del saldo que la liquidación arroje a favor del contratista y de la fianza, si no hubiera sido necesario retenerla para el cumplimiento de la contrata, podrá verificarse el embargo dispuesto por las referidas autoridades o Tribunales». Y en el artículo 47 de la LCE y 146 del reglamento, se confirma este régimen jurídico al decir: «las certificaciones solamente podrán ser embargadas con destino al pago de jornales devengados en la propia obra o al de las cargas sociales derivadas de los mismos». El reglamento general de Contratos prevé que las certificaciones serán transmisibles y pignoraibles conforme a Derecho, pero quedando obligado el contratista a ponerlo en conocimiento de la Administración (artículo 145).

Idéntica, por lo demás, ha sido la postura de nuestra jurisprudencia: la sentencia 28.XII.1933 (Az. 3.304) establece que «los abonos que se van haciendo al contratista durante el período de ejecución de las obras representan liquidaciones parciales y provisionales de la contrata, realizadas por la Administración *en vista de la debida continuación de las obras*, por lo que es evidente que afectan al interés público y no exclusivamente al particular del contratista, y no pueden por tanto ser objeto de retención ni embargo, administrativo o judicial, sólo factibles sobre el saldo que arroje la liquidación final» (26).

Hasta tal punto esto es así que, en ocasiones, cuando la Administración prevea el peligro de su embargabilidad por proveedores o acreedores del contratista, o de que éste va a hacer un uso de los fondos de las certificaciones distinto al que exige esta prioridad en su dedicación, puede acudir a la técnica de la certificación depositada

(26) El supuesto era el siguiente: Celebrado un contrato de obras públicas entre el recurrente y la Administración, fueron expedidos dos libramientos a nombre del actor, como consecuencia de sendas certificaciones de la obra ejecutada por el mismo. El Tribunal Económico-administrativo declaró procedente su embargo por débitos de contribución industrial.

Recurrido el acuerdo de dicho Tribunal, el Tribunal Supremo lo revoca, fundado en la excepción de embargo que, en favor de los citados bienes, establece el artículo 36 del pliego de condiciones generales para la contratación de obras públicas, como puede verse en el considerando transcrito en el texto.

(en un Banco o similar que se hace cargo del pago de obreros) o al abono directo, por ella misma, al personal afecto a las obras.

Los pagos a buena cuenta por la parte de obra ejecutada se convertirán en definitivos en los casos de rescisión no culpable de la contrata (muerte del contratista, demora en el pago, modificación sustancial del contrato por la Administración o suspensión definitiva) previa tasación y recibo de la obra hecha, los materiales acoplados y los medios auxiliares que la Administración juzgue necesarios (art. 56 del pliego de 1903).

Es éste un característico efecto que encierra una gran riqueza de problemas. Sin embargo, la extensión que ha tomado ya este artículo aconseja dejar su estudio detenido para otra ocasión.

