


LA CESIÓN DE CRÉDITOS FUTUROS COMO MÉTODO DE FINANCIACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS

 ANTONIO HERRERA
Abogado (*)

1. INTRODUCCIÓN

Los últimos años han sido testigos de un desarrollo significativo, en términos cuantitativos y de sofisticación, del mercado español de las infraestructuras públicas: se ha incrementado el volumen de contratación¹ y han surgido nuevas fórmulas de participación de los sujetos privados en la construcción, y, en ocasiones, también en la gestión, de estas infraestructuras.

Las causas que están detrás de esta evolución son de naturaleza diversa. Podemos apuntar aquí, entre otras: (i) el crecimiento económico experimentado desde la segunda mitad de los años ochenta; (ii) el ingreso de España en 1986 en la hoy Unión Europea y el consiguiente acceso a los fondos comunitarios;

(iii) la incorporación de las Comunidades Autónomas, como nuevos oferentes, al mercado de las infraestructuras al hilo de la creciente descentralización de los centros de decisión política y de gestión administrativa; y (iv) más recientemente, la incorporación al ordenamiento jurídico, primero comunitario y después estatal², de normas que tratan de preservar la estabilidad presupuestaria y, en este sentido, limitan el endeudamiento del sector público al considerar el control del déficit como uno de los elementos que contribuyen al crecimiento económico sostenido³.

Estos cambios en el entorno macroeconómico, político y presupuestario han tenido su reflejo en las modificaciones introducidas en el marco normativo de la contratación pública⁴ y han dado lugar a la

* Del Departamento de Derecho Mercantil de Uría & Menéndez.

¹ Con arreglo al Boletín Estadístico del Ministerio de Fomento núm. 40.1 de 25 de enero de 2005 (<http://www.mfom.es>) el volumen total de licitación oficial ha pasado de algo más de 12.000 millones de € en el año 1989 a cerca de 24.000 millones de € en el año 2003. Estas cifras incluyen todas las licitaciones publicadas por las distintas Administraciones Públicas: Estado, Seguridad Social y los Entes Territoriales (Comunidades Autónomas, Diputaciones, Cabildos, Consejos Insulares y Ayuntamientos), en relación con contratos de obra administrativos (no incluye, por tanto, el desarrollo de infraestructuras a través de otros esquemas y, en particular, a través de contratos privados o de otro tipo de contratos administrativos).

² Inicialmente, los criterios de convergencia establecidos en el Tratado de la Unión Europea y, con posterioridad, el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, acordado en el Consejo de Amsterdam en junio de 1997, y, en el plano nacional, la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria.

³ La Exposición de Motivos de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria, señala que: «el equilibrio presupuestario va a ser la gran contribución de la política presupuestaria a la estabilidad macroeconómica que posibilita seguir desarrollando el verdadero potencial de crecimiento y de generación de empleo de la economía española y con ello avanzar en el proceso de convergencia real con los países más desarrollados».

⁴ La Ley de Contratos del Estado, aprobada por Decreto 923/1965, de 8 de abril, fue derogada íntegramente y sustitui-

aparición progresiva de nuevos esquemas de colaboración público-privada (*public-private partnerships*) para facilitar el acceso de los sujetos privados a la construcción y gestión de equipamientos públicos, cuyo estudio (características generales, precedentes en otros ordenamientos jurídicos y viabilidad general) excede el ámbito de este análisis.

Al margen de estas nuevas estructuras de contratación, podemos señalar como pautas en la evolución de los proyectos de construcción de infraestructuras públicas: (i) la licitación de proyectos singulares por importes más elevados y con plazos de ejecución más largos, y (ii) el aplazamiento en el pago del precio de la infraestructura, al menos, hasta el momento de finalización de los trabajos de construcción.

Estas dos condiciones tienen un efecto inmediato sobre los operadores privados que acceden al mercado (constructoras, sociedades concesionarias u otras) al obligarles a contar con fuentes de financiación, propias o ajenas, que les permitan llevar a cabo las obras aun cuando su precio no se les satisfará hasta que se hayan completado.

Los fondos propios de estas empresas son limitados y, además, la optimización de la tasa interna de retorno de sus proyectos exige limitar el importe de los recursos propios empleados y, al mismo tiempo, alcanzar un grado de apalancamiento financiero eficiente. Por todo ello, las constructoras han de recurrir al mercado de crédito para obtener los fondos necesarios con que financiar sus trabajos de construcción. En definitiva, las constructoras ofertan un precio global por los proyectos a los que concurren que compensa sus gastos generales de construcción,

los gastos financieros que les genera la estructura de financiación contratada con las entidades de crédito y su beneficio empresarial.

En este contexto, el empleo de formas de financiación bancaria tradicionales, básicamente préstamos y créditos, tiene un impacto relevante en el balance y cuenta de pérdidas y ganancias de las empresas constructoras al incrementar la cifra de su pasivo exigible y el importe de sus gastos financieros, lo que limita su capacidad de endeudamiento adicional y, en último término, de crecimiento futuro. En respuesta a estas preocupaciones, la cesión de derechos de crédito⁵ y, en particular, de derechos de crédito futuros se ha empleado para la financiación de proyectos significativos durante los últimos años, permitiendo a las constructoras el acceso a los fondos necesarios para afrontar los costes de construcción al tiempo que se trata de evitar ese efecto negativo en sus estados contables.

2. ESQUEMA GENERAL Y MARCO NORMATIVO DEL NEGOCIO DE CESIÓN DE CRÉDITO FUTURO

2.1. Esquema general

La estructura habitual de financiación se configura en torno a la cesión sin recurso por la empresa constructora a una o varias entidades de crédito del derecho a cobrar el precio de la obra derivado del contrato suscrito con la Administración Pública⁶. El contrato subyacente puede responder a una tipología diversa pero, en todo caso, preverá que el precio de la obra, o los gastos vinculados a ésta que sean reembolsables al inversor privado, se satisfaga una vez se haya completado la construcción de la infraestructura y ésta haya sido recibida por la Adminis-

da por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, hoy derogada al ser reemplazada por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Éste último ha sido reformado por la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

⁵ La regulación de la cesión de créditos en el Código Civil como parte del contrato de compraventa no toma en consideración que, en realidad, ésta puede responder a funciones diversas como la pura venta, la donación o la permuta. En este artículo las referencias se realizan a «cesión de créditos» como una figura autónoma que engloba «*los actos traslativos de los créditos, que se realicen por negocios inter vivos y que respondan al interés de circulación de los créditos, cualquiera que sea la causa de que vayan precedidos*» (L. Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1993, pág. 805) sin perjuicio de que en nuestro caso se produzca un intercambio de crédito por dinero que permitiría hablar propiamente de una compraventa de créditos.

⁶ Los términos «Administración Pública» se emplean aquí en el sentido de poder público adjudicador, tal y como se define en el art. 2 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, tras las reformas introducidas en línea con la jurisprudencia comunitaria.

tración Pública⁷. En cualquier caso, el análisis de la cesión de créditos futuros como estructura de financiación no se circunscribe a una específica modalidad de contratación pública, sin perjuicio de la relevancia que tiene en el marco de la cesión la legalidad y validez del contrato subyacente y el cumplimiento de las normas de contratación pública.

En el momento de acordar con la entidad de crédito la cesión, el constructor no es titular de un derecho de crédito sino de una expectativa de cobro frente a la Administración Pública. La cesión tiene por objeto, en definitiva, el derecho de crédito futuro, que nacerá en un momento posterior generalmente al tiempo de la recepción de la infraestructura.

Las entidades de crédito, por su parte, satisfacen a la empresa constructora el precio del derecho de crédito futuro mediante pagos parciales anticipados que se hacen coincidir con la finalización de distintos hitos de la construcción o con la expedición de relaciones valoradas⁸. Estas relaciones valoradas son documentos de medición y valoración del trabajo realizado que sirven a la Administración Pública contratante, y, en un segundo plano, a las entidades de crédito, para conocer la marcha de los trabajos pero que no implican el nacimiento de derechos de crédito para el constructor ni, correlativamente, de obligaciones de pago para la Administración Pública.

Los pagos parciales se calculan generalmente sobre la base de las relaciones valoradas que los respaldan e incluyen un factor de descuento que responde al coste financiero asociado al pago anticipado del precio de la obra.

Una vez finalizadas las obras y recibida la infraestructura por la Administración Pública contratante,

se produce el devengo del derecho a cobrar el precio de la obra, que se entiende nacido directamente en el patrimonio de las entidades de crédito sin que sea necesaria ninguna actuación adicional por parte de la empresa constructora cedente.

2.2. Marco jurídico general del negocio de cesión

La regulación sustantiva general de las cesiones de créditos se contiene en los artículos 1.526 a 1.536 del Código Civil («CC»). La cesión de los créditos mercantiles se regula en los artículos 347 y 348 del Código de Comercio («CCom») pero, salvo por lo que se refiere a la responsabilidad del cedente en supuestos de insolvencia anterior y pública del deudor cedido, que opera por ley en las cesiones de créditos civiles y se excluye, salvo pacto en contrario, en la cesión de créditos mercantiles, la regulación mercantil reitera las reglas generales contenidas en el CC.

Sobre la base de esta regulación, algo insuficiente, el legislador ha tratado durante los últimos años de dotar a ciertas operaciones de cesión de una mayor protección y flexibilidad. En este contexto debe entenderse la disposición adicional 3.^a de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las Entidades de Capital Riesgo y de sus Sociedades Gestoras («Ley 1/1999»), que establece un régimen de protección de las cesiones que cumplen determinados requisitos⁹, entre los que se incluye que el crédito no surja frente a una Administración Pública, en relación con la aplicación del artículo 878.2.º CCom (hoy derogado en virtud de la disposición derogatoria única de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que ha sustituido el sistema de retroacción absoluta y relativa de la quiebra por el régimen de acciones rescisorias del concurso establecido en sus artículos 71 y siguientes). La misma disposición adi-

⁷ La Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, creó el llamado «contrato de obra bajo la modalidad de abono total del precio» que responde al llamado modelo alemán de financiación de infraestructuras y que excluye los pagos parciales a cuenta.

⁸ El artículo 148 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, define las relaciones valoradas como el documento expedido por la dirección de obra que, tomando como base las mediciones de las unidades de obra ejecutadas, valora los trabajos realizados a partir de los precios unitarios del proyecto.

⁹ Básicamente: (i) que el cedente sea un empresario y los créditos deriven de su actividad empresarial; (ii) que el deudor cedido no sea una Administración Pública; (iii) que el cesionario sea una entidad de crédito; (iv) que los créditos existan en el momento de celebración del contrato de cesión o nazcan de la actividad empresarial del cedente durante el plazo de un año desde esa fecha o que se identifique a los futuros deudores en el documento de cesión; y (v) que el cesionario pague al cedente, al contado o a plazo, el importe de los créditos cedidos descontando el coste del servicio prestado, en todo o en parte antes del vencimiento del crédito si el cedente no respondiera de la solvencia del deudor cedido.

cional establece con claridad la posibilidad de ceder créditos futuros de forma global y que esta cesión será oponible frente a terceros desde la fecha de la celebración del contrato de cesión siempre que ésta se acredite con arreglo a los artículos 1.218 y 1.227 CC o de algún otro modo admitido en derecho.

Existen, por último, algunas normas específicas contenidas en el artículo 100 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas («LCAP»), en torno a la cesión de derechos de cobro derivados de contratos administrativos. La Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, modificó la redacción de este artículo para recoger expresamente la posibilidad de segundas y sucesivas cesiones de derechos y ampliar a la cesión de los derechos de cobro derivados de contratos administrativos la protección frente a los efectos del artículo 878.2.º CCom prevista inicialmente en la Ley 1/1999 siempre que se cumplan ciertos requisitos¹⁰.

3. LA ESTRUCTURA DEL NEGOCIO DE CESIÓN

Se analizan a continuación los elementos configuradores del negocio de cesión de crédito futuro empleado habitualmente en estos esquemas de financiación.

3.1. Los sujetos de la cesión

Como regla general, los sujetos del negocio jurídico de cesión, entendiéndose por tal el acto *inter vivos* celebrado entre un acreedor y otra persona con la finalidad de transmitir la titularidad de un crédito de uno a otra, son sólo el acreedor-cedente y el cesionario, sin que el deudor cedido sea parte de este negocio ni, en particular, tenga que manifestar su consentimiento (como se expresa claramente en el artículo 347 CCom).

3.1.1. La notificación de la cesión al deudor cedido

En la práctica es habitual, sin embargo, que la cesión del crédito se ponga en conocimiento del deudor cedi-

do para evitar que el pago por éste al cedente tenga efecto liberatorio, con arreglo al artículo 1.527 CC.

Si bien la notificación al deudor establecida en el artículo 1.527 CC se interpretó tradicionalmente en nuestra doctrina como un requisito de eficacia de la cesión frente al deudor cedido hoy parece aceptada la tesis favorable a la eficacia *erga omnes*, incluso frente al deudor cedido, de la cesión¹¹. En este sentido, el artículo 1.527 CC debe entenderse como una norma de protección del deudor cedido que resulta necesaria, precisamente, porque la cesión del crédito es eficaz frente a éste aun cuando no la consienta o ni siquiera la conozca. Así, el efecto liberatorio del pago por el deudor cedido al cedente con carácter previo a que tenga conocimiento de la cesión atiende a la protección de aquél y a su confianza en la apariencia jurídica, no a que su acreedor siga siendo el cedente mientras no se le comunique la cesión operada entre éste y el cesionario o, en general, ésta le sea desconocida.

Sin perjuicio de lo anterior, hay que tener en cuenta que este principio general de eficacia del negocio de cesión frente al deudor cedido tiene una excepción precisamente en relación con los derechos de crédito derivados de contratos administrativos. Con arreglo al artículo 100.2 LCAP para que la cesión «tenga plena efectividad frente a la Administración, será requisito imprescindible la notificación fehaciente a la misma del acuerdo de cesión».

En definitiva, en la práctica, la cesión del derecho de crédito futuro se pone siempre en conocimiento de la Administración Pública bien en atención a lo dispuesto en el artículo 100.2 LCAP o bien para evitar el pago liberatorio al cedente con arreglo al artículo 1.527 CC aun cuando el artículo 100.2 LCAP no resulte aplicable.

3.1.2. El efecto del carácter público del deudor cedido en el coste financiero de la operación

La Circular del Banco de España 5/1993, 26 de marzo, de determinación y control de los recursos propios mínimos (la «Circular 5/93»), desarrolla las

¹⁰ Estos requisitos son muy similares a los establecidos en la disposición adicional 3.ª de la Ley 1/1999 salvo por lo que se refiere a la necesidad de acreditar que la cesión de los derechos se ha notificado fehacientemente a la Administración con arreglo a lo exigido en el art. 100.2 LCAP.

¹¹ Por todos, F. Pantaleón Prieto, «Cesión de Créditos», *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre 1988, tomo XLI, fasc. IV, págs. 1033 y ss.

normas aplicables a los requisitos de solvencia exigibles a los grupos y subgrupos consolidables de entidades de crédito, así como a las entidades de crédito individuales, integradas o no en un grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito.

Con carácter general, la normativa aplicable a la solvencia exige que las entidades de crédito mantengan en todo momento un coeficiente de solvencia no inferior al 8 %, calculado sobre las cuentas patrimoniales, los compromisos y las demás cuentas de orden que presenten un riesgo de crédito. Para cubrir este riesgo se exige un nivel de recursos propios convencionalmente suficiente para atender las pérdidas que eventualmente pudieran producirse en unos activos que, por el momento, se encuentran en situación normal. La Circular 5/93 establece, a estos efectos, criterios de ponderación de las partidas que implican riesgo de crédito y los elementos que tienen la consideración de recursos propios para dotar ese porcentaje mínimo del 8 % de los riesgos ponderados.

Los activos se clasifican en distintos grupos de riesgo que determinan distintas ponderaciones: los activos frente a la Administración del Estado tienen una ponderación nula y los activos frente a las Comunidades Autónomas, salvo cuando se trate de deuda pública emitida por éstas cuya emisión haya sido autorizada por el Estado, y las Entidades Locales tienen una ponderación del 20 %. La ponderación aplicable a cada activo determina su «consumo» de recursos propios y la entidad de crédito asigna, generalmente, precios menores a aquellos activos con ponderación más reducida, porque se trata de activos más seguros y porque su consumo de recursos propios es menor.

En este sentido, y en el marco de la cesión sin recurso del derecho de crédito del constructor frente a la Administración Pública, podría argumentarse a favor de que la entidad de crédito asigne a ese activo el coeficiente de ponderación reducido aplicado a los sujetos públicos y, de este modo, pueda reducirse el coste financiero de la operación¹².

Por último, hay que tener en cuenta que estos coeficientes de ponderación reducidos de naturaleza

subjetiva (que atienden, por tanto, a la condición del deudor) no se aplican, en principio, a las sociedades mercantiles aun cuando su capital social sea mayoritariamente propiedad de sujetos públicos que se beneficien de alguna de esas ponderaciones reducidas, a no ser que sus obligaciones estén respaldadas por ese accionista bien en virtud de una garantía expresa o bien con arreglo a los compromisos que éste asuma frente a la sociedad de algún otro modo que los haga válidamente vinculantes en derecho.

3.1.3. La adquisición de créditos futuros y las actividades reservadas a las entidades de crédito

La única actividad propia de las entidades de crédito que les está legalmente reservada con carácter exclusivo y excluyente es la captación de fondos reembolsables del público¹³.

El artículo 28 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, no es claro al referirse a las actividades que deben entenderse legalmente reservadas a las entidades de crédito pues, si bien recoge actividades que son propias de éstas, no puede desprenderse de este artículo que por eso les estén reservadas sólo a ellas. Del mismo modo, las normas de creación de los establecimientos financieros de crédito, entre los que se encuadran los que tienen por actividad principal la de *factoring* con o sin recurso, insisten en que se limite estatutariamente su objeto social a las actividades propias de una entidad de crédito, pero esta reserva no debe entenderse de forma que estas actividades sólo puedan desarrollarse por éstos.

En definitiva, parece posible concluir que no se exige la condición de entidad de crédito para adquirir como cesionario el derecho de crédito futuro en este tipo de estructuras de modo que otros sujetos, como, por ejemplo, fondos o vehículos de titulización, podrían también emplearse como cesionarios (sin perjuicio de que tanto la disposición adicional 3.ª de la Ley 1/1999 como el artículo 100 LCAP limitan su ámbito de aplicación a las cesiones en las que el cesionario es una entidad de crédito).

¹² Norma 13.ª11 de la Circular 5/93: «Las operaciones de factoraje se ponderarán según el grupo de riesgo en que se incluya el deudor, es decir, el cliente del cedente, salvo que exista recurso contra el cedente, en cuyo caso se podrá atender al de éste, si tuviera una ponderación menor.»

¹³ J. Latorre Díez, *Regulación de las entidades de crédito en España*, Madrid, 1997, pág. 88.

3.2. El objeto de la cesión: el crédito futuro

El objeto de la cesión es naturalmente el derecho de crédito futuro al cobro del precio de la infraestructura. En relación con el objeto del negocio cabe plantearse, con carácter general, la posibilidad de ceder créditos futuros y, en segundo lugar, las limitaciones que puedan afectar, en su caso, a la transmisibilidad de éstos.

3.2.1. La cesión de créditos futuros

El principio general en nuestro derecho es, con arreglo al artículo 1.271 CC, que «*pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras*». Los créditos son un elemento del tráfico jurídico con un claro componente patrimonial y no parece que exista ninguna razón que impida que los créditos futuros puedan ser objeto de negocios válidos¹⁴.

Los argumentos contrarios a la cesión de créditos futuros se han venido apoyando en el artículo 1.529 CC que señala que «*el vendedor de buena fe responderá de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la venta*». En contra de esta línea se ha razonado que el artículo 1.529 CC no determina una limitación al principio general de negociabilidad de las cosas futuras que se recoge, en términos muy amplios y como veíamos, en nuestro ordenamiento. Por el contrario, el artículo 1.529 CC contendría una norma específica de protección del cesionario que extiende la responsabilidad del cedente de forma más estricta y con mayor alcance del que se derivaría de la aplicación del régimen de nulidad del contrato de conformidad con el artículo 1.261 CC y todo ello en atención a que la falta de corporalidad de los derechos genera un mayor riesgo de que el cesionario sufra engaños en cuanto a su efectiva existencia.

En definitiva, parece posible defender la validez con arreglo a las normas contenidas en el CC de la cesión de créditos futuros. En todo caso, el cedente de un crédito futuro se obliga a llevar a cabo todo lo necesario para que el crédito nazca efectivamente y a evitar todas aquellas actividades que puedan frustrar su existencia futura. Por otro lado, sin perjuicio de que el crédito no exista en el momento en que se

celebra el contrato de cesión, el principio general de determinación del objeto de los contratos establecido en el artículo 1.273 CC exige que éste haya de identificarse suficientemente, lo que en estas estructuras se cumple generalmente mediante la descripción de la relación jurídica subyacente de la que surgirá el crédito y la identificación del deudor.

Por último, hay que tener en cuenta que tanto la disposición adicional 3.ª de la Ley 1/1999 como el artículo 100 LCAP recogen expresamente la cesión de créditos futuros (siempre que los créditos nazcan de la actividad empresarial del cedente en el plazo de un año o se identifique a los futuros deudores en el documento de cesión). Sin perjuicio de que estos preceptos apoyan la tesis general favorable a la legalidad de la cesión de créditos futuros en nuestro ordenamiento, parece claro que las cesiones de créditos futuros a las que resulten de aplicación estas normas no plantearán los problemas antes referidos en torno a su viabilidad.

3.2.2. La transmisibilidad del crédito futuro

Para que la cesión sea eficaz, el crédito cedido debe ser transmisible. Con carácter general, el artículo 1.112 CC reconoce la cedibilidad de los derechos adquiridos en virtud de una obligación a no ser que se hubiese pactado lo contrario. En el mismo sentido, la posibilidad de cesión de los derechos de cobro derivados de contratos celebrados con la Administración Pública aparece reconocida en el artículo 100 LCAP sin perjuicio de exigir, como veíamos, para que la cesión tenga plena efectividad frente a la Administración, «*la notificación fehaciente a la misma del acuerdo de cesión*».

Las excepciones a la regla de la transmisibilidad de los créditos mediante cesión pueden responder a: (i) la específica naturaleza del crédito en cuestión bien porque la persona del acreedor determina las características de la prestación o porque, por ejemplo, se trata de un derecho accesorio a otro principal del que no puede desgajarse; (ii) la existencia de una prohibición convencional (*pactum de non cedendo*); o (iii) una prohibición de carácter legal.

En el marco de estas estructuras de financiación son susceptibles de plantear problemas, básicamen-

¹⁴ Entre otros, J.L. Navarro Pérez, *La cesión de créditos en el derecho civil español*, Granada, 1988, pág. 107, y J. García de Enterría, *Contrato de factoring y cesión de créditos*, Madrid, 1995, pág. 90.

te, las limitaciones establecidas por pacto entre las partes del contrato subyacente del que deriva el crédito futuro. No resulta sencillo imaginar una situación en la que el derecho al cobro del precio de la infraestructura se configure como un derecho de naturaleza tal que haga imposible su cesión. Por otro lado, ya hemos señalado que la cedibilidad de los derechos derivados de contratos administrativos está generalmente aceptada en el artículo 100 LCAP.

Centrada, por tanto, la discusión en torno a la transmisibilidad del crédito futuro en la existencia o no de limitaciones contractuales, cabe preguntarse, en primer lugar, acerca de la validez general en nuestro ordenamiento de este tipo de cláusulas y, en segundo lugar, sobre sus efectos entre cedente y cesionario y, en particular, frente al deudor cedido. La legalidad de este tipo de pactos resulta evidente en nuestro derecho; no existe ninguna limitación en este sentido al principio general de libre contratación establecido en el artículo 1.255 CC. En relación con sus efectos, la aplicación del artículo 1.257 CC los limita, con carácter general, a las partes del contrato del que se derivará el crédito futuro, constructor y Administración Pública, salvo que el cesionario haya actuado de mala fe y consienta la cesión a sabiendas de que existe un pacto limitativo de la cesión entre el cedente y el deudor cedido, en cuyo caso el deudor cedido podrá alegarlo frente al cesionario. Por otro lado, parece claro que el deudor cedido puede consentir la cesión, con carácter previo o posterior a ésta, y renunciar, de este modo, a los efectos del *pactum non cedendo*. Incluso puede considerarse que esa aceptación se produce de forma tácita cuando el deudor cedido no responde a la cesión aun después de conocerla durante un plazo de tiempo razonable de acuerdo con la práctica del mercado. La aceptación de la cesión despliega efectos sobre las excepciones que el deudor puede oponer al cesionario que se analizan en el apartado 4.2.

3.3. La forma del negocio de cesión

La transmisión voluntaria por actos *inter vivos* de un crédito futuro no exige ninguna forma específica distinta de la requerida, con carácter general, por el negocio jurídico empleado. Rige, por tanto, el principio general de libertad de forma establecido en el artículo 1.278 CC. Sin perjuicio de lo anterior, la cesión de derechos derivados de actos consignados

en escritura pública requiere con arreglo a lo establecido en el artículo 1.280.6.º CC que la cesión se documente también en escritura pública. La jurisprudencia ha limitado los efectos de este artículo a lo recogido en el artículo 1.279 CC, de forma que, con independencia de la forma empleada, el convenio de cesión entre el cedente y el cesionario será válido y eficaz si bien cualquiera de ellos tendrá derecho a compeler a la otra parte a que se otorgue el documento público de cesión.

El artículo 1.526 CC y el apartado 2.º de la disposición adicional 3.ª de la Ley 1/1999 establecen que los efectos frente a terceros de la cesión comenzarán en la fecha del contrato de cesión siempre que ésta conste como cierta de conformidad con los artículos 1.218 y 1.227 CC. La interpretación consolidada del artículo 1.526 CC concluye que éste no exige una forma documental solemne como requisito de eficacia de la cesión, sino que se trata de una norma de carácter procesal que determina los medios de prueba disponibles para acreditar la existencia de la cesión y, en particular, no se trata de una norma de carácter sustantivo que determine un orden distinto del estrictamente temporal a la hora de graduar los derechos incompatibles de dos o más acreedores sobre el mismo crédito.

En la práctica, desde luego, el contrato que regula la cesión del crédito futuro se instrumenta en un documento público. En este documento se establecen los términos generales aplicables al negocio de cesión y las condiciones en las que las entidades de crédito realizarán pagos parciales del precio del crédito futuro al cedente. Lo habitual es, también, que se firme un único contrato de cesión por contrato subyacente de forma que, finalizados los trabajos de construcción y devengado el derecho de crédito, el crédito se entienda nacido en el patrimonio del cesionario sin necesidad de un ulterior acuerdo entre el cedente y el cesionario. En ocasiones, incluso, el contrato de cesión recoge un apoderamiento especial e irrevocable del cedente a favor de cesionario para que, en su caso y si resultara necesario, éste pueda ratificar en su nombre la cesión del crédito una vez éste haya nacido.

4. LOS EFECTOS DE LA CESIÓN

El negocio de cesión despliega sus efectos en el marco de tres relaciones distintas: la relación entre el

cedente y el deudor cedido, la propia de la cesión entre el cedente y el cesionario y la que surge entre el cesionario y el deudor cedido. En cuanto a la relación entre el cedente y el deudor cedido nos interesan especialmente los efectos que se derivan de la notificación y a ellos no hemos referido ya en el apartado 3.1.1 por lo que no vamos a reiterarlos ahora. Sí que se analizan a continuación los efectos de la cesión del crédito en las relaciones cedente-cesionario y cesionario-deudor cedido.

4.1. Los efectos de la cesión en la relación cedente-cesionario

La relación entre cedente y cesionario surge del negocio de cesión y, por virtud de ella, se transmite el crédito futuro del constructor a la entidad de crédito¹⁵. En concreto, la transmisión del crédito, y de todos sus accesorios, se produce por efecto del contrato de cesión sin que parezca de aplicación el artículo 609 CC que exige la concurrencia de un título y de un modo o acto con efecto traslativo para la transmisión de la propiedad y demás derechos sobre los bienes (no derechos) con arreglo a ciertos contratos.

Como veíamos en el apartado 2.1. la cesión del crédito futuro en estas estructuras se lleva a cabo sin recurso. Esto es, el cedente responde de la existencia y legitimidad del crédito, *veritas nominis*, pero no de la solvencia del deudor (la Administración Pública), *bonitas nominis*. En cualquier caso, la solvencia de la Administración Pública no debiera plantear problemas a la vista del principio de legalidad presupuestaria que se plasma en la necesaria existencia, en general, de un crédito adecuado y suficiente (artículo 11.2.e) LCAP).

Dejando al margen las situaciones en las que el cedente no resulta ser el titular legítimo del crédito futuro, que, lógicamente, deben considerarse muy excepcionales en la práctica, lo habitual es que el contrato de cesión regule de forma detallada aquellas situaciones en las que se entiende que el crédito resulta inexigible identificándolas, básicamente, a

supuestos en los que el crédito no nace en la fecha prevista o nace por una cuantía inferior a la inicialmente contemplada. Estos casos se corresponden en la práctica con situaciones patológicas de la relación jurídica subyacente entre el constructor y la Administración Pública: la inexigibilidad del crédito se deriva de la falta de recepción en plazo de la infraestructura por retrasos en su construcción, de la minoración del precio de la infraestructura con motivo de defectos detectados en la construcción o, incluso, de la no recepción. Si el crédito deviene inexigible se activa el recurso contra el cedente que se verá entonces obligado a devolver a las entidades de crédito los importes recibidos como pagos parciales del precio de compra del crédito futuro junto con una compensación adecuada que cubra los gastos financieros y, en general, los daños y perjuicios sufridos por la entidad de crédito¹⁶.

Al margen de las situaciones de potencial recurso frente al cedente, el contrato de cesión suele recoger también supuestos de resolución anticipada que permiten a la entidad de crédito interrumpir el flujo de pagos parciales del precio del crédito futuro ante situaciones de crisis de la relación jurídica constructor-Administración Pública, el deterioro de la solvencia, y, en última instancia, capacidad del cedente-constructor para cumplir con las obligaciones derivadas de su contrato de obra o similar o el incumplimiento de alguna de las obligaciones establecidas en el contrato de cesión (entre las más relevantes la de no modificar el contrato suscrito con la Administración Pública ni realizar actos que, en general, puedan afectar al devengo del derecho de crédito en el plazo y por el importe previstos). La resolución anticipada del contrato de cesión no determina de forma automática la existencia de recurso frente al cedente a no ser que la causa de resolución evolucione a un supuesto que determine la inexigibilidad del crédito: por ejemplo, el retraso en la ejecución de la infraestructura dará derecho, en primera instancia, a resolver el contrato e interrumpir los pagos al constructor pero puede determinar también la aparición ulterior de una situación de

¹⁵ La transmisión del crédito no se produce en las cesiones con recurso o para pago (*pro solvendo*); en este sentido, sentencia del TS de 27 de junio de 2003.

¹⁶ Al margen de la regulación contractual habitual entre cedente y cesionario en este tipo de estructuras, la doctrina ha discutido extensamente acerca de las consecuencias de la falta de veracidad del crédito y del contenido de la garantía de la *veritas nominis*, que se aleja del tratamiento general de la nulidad en nuestro ordenamiento.

existencia de recurso frente al cedente si la infraestructura no es finalmente recibida en plazo por la Administración Pública. En aquellos supuestos en los que el contrato de cesión se resuelva pero no se produzca recurso frente al cedente se generará una situación de cotitularidad sobre el crédito una vez nazca éste.

En definitiva, la valoración del riesgo asociado a la estructura de financiación que lleva a cabo la entidad de crédito toma en consideración no sólo la evaluación técnica del proyecto, la regularidad de la relación jurídica subyacente que existe entre el constructor y la Administración Pública y la solvencia general de ésta, sino también y muy especialmente la solvencia de aquél, de la que dependerá su capacidad para atender al reembolso de los pagos parciales en el supuesto de que se genere una situación de recurso en su contra. En aquellos proyectos en los que las empresas constructoras se agrupan en una unión temporal de empresas, la solidaridad de sus miembros favorecerá a los socios de menor tamaño que se beneficiarán de la solvencia y capacidad financiera de los mayores. En los supuestos en los que la solvencia personal no resulte suficiente a los ojos de las entidades de crédito éstas pueden exigir garantías adicionales al cedente.

En relación con la existencia y legitimidad del crédito futuro resulta especialmente relevante en este tipo de estructuras, como ya hemos destacado antes, el estudio de la regularidad de la relación jurídica subyacente entre el constructor y la Administración Pública y, en particular, la comprobación de que se han cumplido las normas de la LCAP en cuanto al procedimiento de licitación y adjudicación y las normas sustantivas de carácter imperativo que regulan algunos contratos administrativos.

Así, habrá que plantear en el análisis del riesgo asociado a la estructura de financiación la posible impugnación del pliego de condiciones administrativas particulares asociado al proyecto o del acto de adjudicación al amparo de los artículos 62 y 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común («LRJPAC»). En la práctica, puesto que la LRJPAC establece un plazo de dos meses para la impugnación, el riesgo se acota

o incluso se elimina íntegramente porque lo habitual es que el contrato de cesión se firme cuando el recurso contra los pliegos o la adjudicación ya sería extemporáneo.

Desde un punto de vista teórico cabría plantearse también la posibilidad de una revisión de oficio por la propia Administración Pública o una declaración de lesividad con ulterior impugnación contencioso-administrativa cuando el contrato firmado con el constructor pueda estar viciado de nulidad o anulabilidad respectivamente (artículos 62.1, 63, 102 y 103 LRJPAC). La declaración de lesividad debería producirse en el plazo de cuatro años desde que fuera dictado el acto de que se trate, no existiendo plazo para la revisión de un acto nulo.

En cualquier caso, en el supuesto de que se produjera la revisión de oficio de un acto nulo o, en su caso, la anulación por los tribunales del acto anulable declarado lesivo durante la vida del contrato, una consolidada jurisprudencia¹⁷ ha entendido, sobre la base de la doctrina del enriquecimiento sin causa, que la existencia de un contrato inválido por vulneración de las normas que rigen la contratación pública no exime a la Administración Pública de indemnizar: (i) todos los gastos desembolsados por el adjudicatario; (ii) la retribución de las obras ejecutadas, suministros realizados o servicios prestados; y (iii) los intereses legales devengados por la demora en el pago, que tienen una finalidad compensatoria.

Finalmente y en cuanto al tratamiento de la cesión en la contabilidad del cedente, estas operaciones de cesión de créditos futuros sin recurso vienen contabilizándose en los cedentes de forma que éstos reconocen un derecho de crédito frente a la Administración Pública que eliminan con la entrada de caja que se produce con el pago parcial del precio por la entidad de crédito. De este modo, en el balance del cedente se elimina el crédito y no se refleja ninguna deuda. Este tratamiento contable, a pesar de que la cesión del crédito futuro y la concesión de un crédito o préstamo son económicamente equivalentes, genera importantes ventajas, como ya adelantábamos en el apartado 1, frente a las formas de financiación tradicionales puesto que no incrementa el importe del pasivo exigible de la constructora con deuda adicional.

¹⁷ Por todas, sentencia del TS de 8 de julio de 2004.

4.2. Los efectos de la cesión en la relación cesionario-deudor cedido

Acordada la cesión y hecha la notificación fehaciente a la Administración Pública deudora se plantea la cuestión de las excepciones que ésta pueda oponer a la entidad de crédito cesionaria.

En primer lugar, parece claro que el cedente no puede transmitir al cesionario un mejor derecho que aquel que ostenta frente a la Administración Pública. Así, puesto que el cedente transmite un crédito derivado de una relación jurídica sinalagmática en la que la contraprestación (la ejecución de las obras de la infraestructura) no se ha cumplido todavía, la Administración Pública podrá oponer a la entidad de crédito todas las excepciones vinculadas con la relación jurídica subyacente y, en particular, todas las que se deriven de la incorrecta ejecución de las obras o de la ejecución fuera de plazo. Esta línea se aprecia en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1990 que, en relación con la transmisión de certificaciones de obra (que representan créditos ya nacidos y no meramente créditos futuros), afirma: *«el endoso y la pignoración de unas certificaciones de obra no constituyen un título abstracto a favor del cesionario, pudiendo el deudor, en este caso, la Administración, oponer las causas impeditivas de naturaleza causal que deriven del contrato del que las certificaciones de obra constituyen un pago fraccionado y a cuenta de la obra realmente ejecutada por el contratista... la Administración puede oponer al cesionario una excepción que derive de la propia ejecución de la obra de la que dimana una reducción o extinción de la obligación a que se contrae el importe de las certificaciones»*. Las excepciones basadas en incumplimientos del contrato subyacente se corresponderán en la práctica con situaciones que determinarán la inexigibilidad, total o parcial, del crédito y, por tanto, la existencia de recurso frente al cedente.

Por otro lado, la Administración Pública podrá oponer frente al cesionario las excepciones que se deriven de sus relaciones jurídicas recíprocas y así, por ejemplo, compensar el crédito con otro crédito que aquélla ostente frente a la entidad de crédito.

El CC aborda la cuestión relativa a las excepciones, de una manera parcial e incompleta, al reglamentar la compensación en el artículo 1.198, del cual se extrae básicamente la conclusión de que el deudor que hubiere consentido en la cesión de dere-

chos hecha por un acreedor a favor de un tercero no podrá oponer al cesionario la compensación que le correspondería contra el cedente. El artículo 100 LCAP tampoco contiene ninguna norma al respecto. Ante esta situación, el Tribunal Supremo, tratando de trasladar lo regulado en el ámbito privado a la contratación administrativa, ha estimado en ocasiones que en los casos de cesión de créditos derivados de una relación con una Administración Pública, sólo podrá prosperar la oposición al pago *«cuando se trate de excepciones nacidas de hechos anteriores a la cesión, pero no cuando tales excepciones se deriven de determinadas conductas acaecidas con posterioridad a la cesión»* (sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2001, en el mismo sentido se han pronunciado las sentencias de 31 de octubre de 1992, de 12 de marzo de 1992 y de 1 de octubre de 1999).

En definitiva, parece poder concluirse de la jurisprudencia existente que cabe la compensación anterior a la cesión. En cuanto a la compensación que se deduzca de créditos posteriores a la cesión, no es posible inclinarse por una interpretación asentada en una firme doctrina jurisprudencial dado su carácter oscilante.

No obstante, puede sostenerse razonablemente que la posibilidad con que contaría la Administración Pública para oponer una compensación al cesionario concluye en el momento en que se produce la liquidación definitiva. Y ello, aun cuando existan cláusulas de pago aplazado que difieran el abono del pago a un momento posterior a la recepción de la infraestructura y esa liquidación.

En efecto, con la recepción y liquidación definitiva de la obra, la Administración Pública presta su conformidad a lo realizado por el contratista y se establece el precio que ha de ser efectivamente pagado. Con esos actos, se extingue el vínculo contractual existente una vez que ha transcurrido el periodo de garantía. Únicamente subsiste la responsabilidad por vicios ocultos que pueda aparecer, según dispone el artículo 148 LCAP. Según el artículo 1.198 II CC aun cuando el deudor del cedente no consienta la cesión, no podrá oponer al cesionario la compensación de deudas posteriores a ella. En definitiva, a partir de la liquidación definitiva, la Administración Pública no podría, siempre que hubiese tenido conocimiento de la cesión, oponer la compensación derivada de deudas nacidas con posterioridad a ésta.

Esa conclusión se podría extender a la responsabilidad por vicios ocultos, que, aunque se deriva de incumplimientos contractuales, tiene un carácter excepcional, en tanto que a partir de la liquidación definitiva el contrato se extingue (sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 1988). Una eventual deuda por vicios ocultos no podría así oponerse al cesionario, puesto que es posterior a la liquidación. Esta interpretación sería acorde a la finalidad perseguida por el artículo 100 LCAP en cuanto permite la cesión de los créditos del contratista¹⁸.

En cualquier caso, el deudor cedido puede renunciar, desde luego, a todas o algunas de sus excepciones frente al cesionario y así facilitar la cesión del crédito futuro y hacer posible que el cedente acceda a los fondos necesarios para ejecutar las obras. La Administración Pública y el constructor pueden así acordar que el precio de las obras se pague en todo caso una vez se hayan terminado las obras y la infraestructura haya sido recibida de forma definitiva. La inclusión de cláusulas de este tipo en el contrato entre el constructor y la Administración Pública, orientadas a preservar la integridad del precio de la obra una vez éste se haya devengado, contribuyen, en definitiva, a eliminar los posibles riesgos de compensación.

Los problemas asociados a la intangibilidad del precio de las obras una vez éste se ha devengado se hacen más relevantes en aquellas situaciones en las que la estructura contractual establecida entre la Administración Pública y el sujeto privado no prevé el pago de las obras mediante un flujo claramente deslindado del resto de la remuneración prevista. Así, por ejemplo, si al sujeto privado se le retribuye de forma global por la construcción, mantenimiento y gestión de la infraestructura puede resultar difícil determinar de forma clara qué parte del precio del contrato responde al coste de las obras y, por tanto, será también complicado aislar ese importe del riesgo asociado al mantenimiento y gestión de la infraestructura lo que lo expondrá a una posible compensación y minoración en supuestos de gestión o mantenimiento deficientes.

Por último, hay que tener en cuenta los criterios establecidos por Eurostat en relación con el tratamiento en la contabilidad nacional de los esquemas de participación privada en la construcción y explotación de infraestructuras. Con arreglo a los criterios publicados el 11 de febrero de 2004¹⁹, la Administración Pública podrá excluir de su contabilidad la deuda asociada a estos contratos cuando el sujeto privado soporte el riesgo de construcción y el riesgo de demanda o de disponibilidad. Este énfasis en que el riesgo asociado al contrato recaiga en el sujeto privado puede generar una tendencia favorable a remunerar de forma global el contrato, contaminando la parte relativa al precio de las obras con otros conceptos y afectando, de este modo, a la intangibilidad del precio de las obras una vez la infraestructura se ha completado y ha sido recibida.

5. CONCLUSIONES

A la vista de todo lo anterior, la cesión del crédito futuro puede emplearse como un método de financiación en la construcción de ciertas infraestructuras públicas. En cualquier caso, la valoración del empleo este tipo de estructuras tendrá que realizarse en atención a las circunstancias concretas de cada proyecto y tomar en consideración aspectos diversos y, en especial, el marco contractual general establecido entre la Administración Pública y el constructor, que deberá ser conforme a las normas imperativas de contratación pública y determinará las características del crédito futuro, el objeto de la cesión.

La evaluación de estas estructuras deberá llevarse a cabo, además, tomando en consideración las perspectivas e intereses de los distintos sujetos implicados: constructor-cedente y entidad de crédito-cesionaria.

Así, el cedente deberá verificar en cada caso el tratamiento contable que podrá dar a la operación para asegurarse de que ésta no conllevará una mayor deuda en sus estados contables.

Las entidades de crédito cesionarias analizarán la viabilidad técnica general del proyecto. También comprobarán la solvencia del constructor cedente,

¹⁸ Según se deriva de los trabajos parlamentarios, con este precepto se quería facilitar la financiación de los contratistas por medio de la cesión de sus créditos. Mantener la interpretación contraria, esto es, permitir la compensación de créditos posteriores, frustraría la finalidad perseguida por este artículo, pues los riesgos asociados al crédito cedido podrían impedir materialmente obtener financiación.

¹⁹ Se puede acceder a la comunicación 18/2004 de Eurostat a través de <http://europa.eu.int/comm/eurostat/>.

con la que éste responderá cuando se produzca una situación de recurso, para exigir, en su caso, garantías adicionales que cubran eventualidades vinculadas con el riesgo de construcción (ejecución fuera de plazo o deficiente de las obras). Finalmente, estudiarán las condiciones establecidas en la relación jurídica subyacente entre la Administración Pública y el

constructor para, en especial, determinar el régimen aplicable a las posibles excepciones que la Administración Pública podrá alegar frente a ellas una vez se haya realizado la cesión y valorar así el riesgo asociado a la posible minoración del crédito una vez se haya completado la infraestructura y haya desaparecido el riesgo de construcción.