

Régimen jurídico de los fondos de titulización de activos en materia concursal y su necesaria reforma en el Proyecto de Ley de fomento de la financiación empresarial

Patricia Gabeiras Vázquez

Doctora en Derecho

Master en Finanzas Corporativas y Banca de Inversión

Abogado en ejercicio www.ejabogados.com

El Proyecto de Ley de fomento de la financiación empresarial debe aprovechar para eliminar la innecesaria confusión que, en materia concursal, introdujo la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público en la ya de por sí, compleja Disposición adicional tercera de la Ley 1/1999 reguladora de las entidades de capital riesgo.

El Proyecto de Ley de fomento de la financiación empresarial se encuentra actualmente en tramitación en el Congreso de los Diputados. Sin perjuicio de la cantidad de cuestiones de interés que se podrían mencionar sobre el contenido de esta norma me quiero referir a una concreta: la reforma del régimen de titulizaciones contenida en el título III, que además de introducir modificaciones sustantivas al régimen vigente pretende refundir en una sola ley el gran número de disposiciones dispersas que configuran actualmente el confuso régimen jurídico de las titulizaciones.

Siendo pues esta refundición algo deseado y deseable –máxime si se pretende reactivar este instrumento de financiación empresarial- creemos que el Proyecto de Ley olvida hacer mención a una disposición esencial en materia de titulizaciones que se encuentra vigente de manera aislada en una norma ya derogada y que sin duda necesita ser mejorada en cuanto a su contenido, por ser el régimen especial en materia concursal y porque como veremos adolece de graves defectos.

La Disposición Adicional 2ª de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal enumera aquellas normas que han de considerarse régimen especial en materia concursal aplicable a entidades de crédito y empresas de servicios de inversión. Entre las normas que menciona y que

considera normativa especial se encuentra la disposición adicional tercera¹, todavía vigente, de la, ya derogada, Ley 1/1999², de 5 de enero, Reguladora de las Entidades de Capital-Riesgo³ y de sus Sociedades Gestoras, siendo esta disposición -vigente en una ley derogada- la que recoge el régimen básico de las cesiones efectuadas por empresas tanto a favor de las entidades de crédito, como de los fondos de titulización⁴, a raíz de la modificación efectuada en dicha disposición por la Ley 30/2007, de 30 de octubre de contratos del sector público.

¹Disposición adicional tercera. [Régimen de determinadas cesiones de créditos]. “Esta disposición se aplicará a las cesiones de créditos que se efectúen al amparo de un contrato de cesión que cumpla las siguientes condiciones y con independencia de que los créditos objeto de cesión al amparo del contrato tengan o no por deudor a una Administración Pública:

1ª Que el cedente sea un empresario y los créditos cedidos procedan de su actividad empresarial.

2ª Que el cesionario sea una entidad de crédito o un Fondo de titulización.

3ª Que los créditos objeto de cesión al amparo del contrato existan ya en la fecha del contrato de cesión, o nazcan de la actividad empresarial que el cedente lleve a cabo en el plazo máximo de un año a contar desde dicha fecha, o que conste en el contrato de cesión la identidad de los futuros deudores.

4ª Que el cesionario pague al cedente, al contado o a plazo, el importe de los créditos cedidos con la deducción del coste del servicio prestado.

5ª Que en el caso de que no se pacte que el cesionario responda frente al cedente de la solvencia del deudor cedido, se acredite que dicho cesionario ha abonado al cedente, en todo o en parte, el importe del crédito cedido antes de su vencimiento.

2. Las cesiones de créditos empresariales a que se refiere la presente disposición tendrán eficacia frente a terceros desde la fecha de celebración del contrato de cesión a que se refiere el número anterior siempre que se justifique la certeza de la fecha por alguno de los medios establecidos en los artículos 1.218 y 1.227 del Código Civil o por cualquier otro medio admitido en derecho.

3. En caso de concurso del cedente, las cesiones reguladas en esta disposición serán rescindibles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

4. Los pagos realizados por el deudor cedido al cesionario no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, en el caso de declaración de concurso del deudor de los créditos cedidos. Sin embargo, podrá ejercitarse la acción rescisoria cuando se hayan efectuado pagos cuyo vencimiento fuera posterior al concurso o cuando quien la ejercite pruebe que el cedente o cesionario conocían el estado de insolvencia del deudor cedido en la fecha de pago por el cesionario al cedente. Dicha revocación no afectará al cesionario sino cuando se haya pactado así expresamente”.

Esta disposición adicional tercera fue objeto de modificación por la disposición final tercera de la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de contratos del sector público. En nuestra opinión habría sido deseable que el legislador hubiese optado por otra técnica legislativa para introducir un precepto tan importante como este, que no deja de ser al fin y al cabo una norma básica del régimen de cesión de créditos: la modificación mediante una disposición final de una norma como es la Ley de contratos del sector público por la que se modifica otra disposición adicional de otra del año 1999, no es la vía más deseable.

² BOE núm. 5, 6 de enero de 1999.

³ La Ley 1/1999, de 5 de enero, Reguladora de las entidades de capital riesgo fue derogada, salvo sus disposiciones adicionales tercera y cuarta, por la Ley 25/2005, de 24 de noviembre, de entidades de Capital –Riesgo.

⁴ La disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, fue modificada por disp. final 3 de Ley 30/2007, de 30 octubre y hasta entonces no se aplicaba de forma expresa a los fondos de titulización. Es de interés en cualquier caso señalar que el objetivo de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999 fue en su momento derogar el perturbados sistema de la retroacción de la quiebra en relación con aquellos actos

Efectivamente, la disposición final 3ª de la Ley 30/2007, modificó la DA 3ª de la Ley 1/1999 en dos sentidos: primero estableció que el régimen de cesión previsto en la DA 3ª sería, asimismo, aplicable a las cesiones realizadas a los Fondos de Titulización y además adaptó las menciones que se hacían al régimen de suspensión de pagos y quiebras anterior a la Ley Concursal.

No obstante, ninguna de estas dos modificaciones fue realizada como veremos con acierto, ya que no vino sino a complicar el régimen jurídico aplicable a las cesiones realizadas a los FTA.

En particular, en esta disposición adicional tercera se regulan en términos generales las cesiones de créditos que se realicen;

- (i) Por empresarios,
- (ii) a favor de entidades de crédito o FTA⁵,

de financiación empresarial a través de cesiones de créditos a entidades financieras. La redacción de este artículo vigente desde el 06 de abril de 1999 hasta el 29 de abril de 2008, fue como sigue:

“Tercera. Régimen de determinadas cesiones de crédito

1. Esta disposición se aplicará a las cesiones de créditos que se efectúen al amparo de un contrato de cesión que cumpla las siguientes condiciones:

1ª Que el cedente sea un empresario y los créditos cedidos procedan de su actividad empresarial.

2ª Que el cesionario sea una entidad de crédito.

3ª Que los créditos objeto de cesión al amparo del contrato no tengan por deudor a una Administración Pública.

4ª Que los créditos objeto de cesión al amparo del contrato existan ya en la fecha del contrato de cesión, o nazcan de la actividad empresarial que el cedente lleve a cabo en el plazo máximo de un año a contar desde dicha fecha, o que conste en el contrato de cesión la identidad de los futuros deudores.

5ª Que el cesionario pague al cedente, al contado o a plazo, el importe de los créditos cedidos con la deducción del coste del servicio prestado.

6ª Que en el caso de que no se pacte que el cesionario responda frente al cedente de la solvencia del deudor cedido, se acredite que dicho cesionario ha abonado al cedente, en todo o en parte, el importe del crédito cedido antes de su vencimiento”.

2. Las cesiones de créditos empresariales a que se refiere la presente disposición tendrán eficacia frente a terceros desde la fecha de celebración del contrato de cesión a que se refiere el número anterior siempre que se justifique la certeza de la fecha por alguno de los medios establecidos en los artículos 1218 y 1227 del Código Civil o por cualquier otro medio admitido en derecho.

3. En caso de quiebra del cedente, no se declarará la nulidad a que se refiere el artículo 878 , párrafo 2º, del Código de Comercio , respecto a las cesiones reguladas en esta disposición, si se cumplen los requisitos establecidos en la misma y consta la certeza de la fecha de la cesión por cualquiera de los medios de prueba a que se refiere el apartado anterior.

4. Los pagos realizados por el deudor cedido al cesionario no estarán sujetos a la revocación prevista en el artículo 878, párrafo 2º, del Código de Comercio en el caso de quiebra del deudor de los créditos cedidos.

Sin embargo, la sindicatura de la quiebra podrá ejercitar la acción de revocación frente al cedente y/o cesionario cuando pruebe que aquél, o en su caso este último, conocían el estado de insolvencia del deudor cedido en la fecha de pago por el cesionario al cedente. Dicha revocación no afectará al cesionario sino cuando se hubiere pactado así expresamente.

⁵ Hasta la Ley 30/2007 sólo se hacía mención a las entidades de crédito.

- (iii) que los créditos objeto de cesión al amparo del contrato existan ya en la fecha del contrato de cesión, o nazcan de la actividad empresarial que el cedente lleve a cabo en el plazo máximo de un año a contar desde dicha fecha, o que conste en el contrato de cesión la identidad de los futuros deudores y
- (iv) si se ha pactado con recurso, que se acredite que el cesionario ha pagado al cedente el importe del crédito cedido antes de su vencimiento (este requisito obviamente no es aplicable a los FTA, en tanto que éstos nunca tienen posibilidad de recurrir al cesionario).

Respecto de este concreto tipo de cesión la D.A. introduce las siguientes especialidades:

- (i) Que dichas cesiones empresariales tendrán eficacia frente a terceros desde la fecha de celebración del contrato de cesión a que se refiere el número anterior siempre que se justifique la certeza de la fecha por alguno de los medios establecidos en los artículos 1.218⁶ y 1.227⁷ del Código Civil o por cualquier otro medio admitido en derecho.
- (ii) En caso de concurso del cedente, las cesiones reguladas en esta disposición serán rescindibles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley Concursal. Es decir el régimen de rescisión concursal es el aplicable. Recordemos que éste preveía un régimen de presunción del daño iuris tantum y iuris et de iure, y que para el resto de los motivos de rescisión establecía la carga de la prueba a quien alegaba el daño para los intereses del concurso.
- (iii) Los pagos realizados por el deudor cedido al cesionario no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de la Ley Concursal, en el caso de declaración de concurso del deudor de los créditos cedidos. Sin embargo, podrá ejercitarse la acción rescisoria cuando se hayan efectuado pagos cuyo vencimiento fuera posterior al concurso o cuando quien la ejercite pruebe que el cedente o cesionario conocían el estado de insolvencia del deudor cedido en la fecha de pago por el cesionario al cedente. Dicha revocación no afectará al cesionario sino cuando se haya pactado así expresamente”.

Esta disposición introduce por tanto ciertas novedades al régimen general de las cesiones de crédito, como es que, en primer lugar, instituye una modificación importante al Art.1526⁸ del

⁶ Artículo 1218. “Los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste. También harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros”.

⁷ Artículo 1227. La fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio.

⁸ Artículo 1526. “La cesión de un crédito, derecho o acción no surtirá efecto contra tercero sino desde que su fecha deba tenerse por cierta en conformidad a los artículos 1.218 y 1.227.”

Código Civil, en tanto que en virtud de la disposición adicional el efecto contra terceros se dará no ya desde la cesión, sino desde la celebración del contrato.

Como consecuencia de esta norma, los créditos cuando nazcan lo harán ya en el patrimonio del cesionario, y no en el del cedente. Se establece la oponibilidad por el cesionario frente a terceros de derechos de crédito que todavía no han nacido a favor del cedente; existe vínculo obligacional pero no titularidad porque el derecho no tiene por qué haber nacido. Sin embargo esta posibilidad de oponibilidad de créditos futuros se limita a aquellos que vayan a nacer en el año siguiente a la fecha fehaciente del contrato o de su renovación o prórroga. De esta forma se evita que tenga repercusión los efectos del concurso sobre este tipo concreto de relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución.

Pues bien, aun pudiendo ser oportunas estas modificaciones al régimen general de cesión de créditos a favor de las entidades financieras lo que ha supuesto un auténtico dislate es que, en el año 2007 y a través de la DA 3ª de la Ley de Contratos del Sector Público, se ampliase el ámbito objetivo de aplicación de la DA 2ª de la Ley 1/1999 a las cesiones realizadas a los FTA, ya que lo único que se ha conseguido ha sido inducir a confusión en el régimen y de algún modo limitar el anterior. Veamos por qué.

En primer lugar porque la DA 2ª de la Ley 1/1999 sólo se aplica a las cesiones realizadas por empresarios, lo que ya parece generar una dualidad de regímenes jurídicos entre las cesiones realizadas a los FTA por personas físicas y jurídicas.

En segundo lugar porque el régimen jurídico de cesión a los FTA que garantizaba la oposición de las cesiones frente a terceros, ya contemplaba la posibilidad de que dichas cesiones se refiriesen a derechos de crédito futuros y además se hacía sin ningún tipo de limitación temporal en relación con el nacimiento del derecho. Parece pues que la exigencia de que el derecho futuro cedido haya de nacer en el plazo de un año no es sino una limitación carente totalmente de justificación en lo que se refiere a los FTA.

Recordemos que el Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo, por el que se regulan los Fondos de Titulización de Activos y las Sociedades Gestoras de titulización, recogía en términos generales y absolutos la posibilidad de ceder de forma masiva a fondos de titulización tanto los derechos de crédito en el momento de la cesión, figuren ya en el activo del cedente (préstamos a PYMES, cédulas hipotecarias, etc.) como derechos de crédito futuros que, constituyendo ingresos o cobros de magnitud conocida o estimada, su transmisión se formalice contractualmente, con el único requisito de que quede probada, de forma inequívoca, la cesión de la titularidad⁹.

Puede, pues, que respecto de otro tipo de cesiones de derechos futuros a las entidades financieras tuviese sentido pero, insistimos, no tienen sentido alguno respecto de los FTA que en su normativa propia ya consideraban que las cesiones de derechos futuro realizadas en su favor eran plenamente oponibles a terceros, sin limitación temporal alguna.

⁹ En el mismo sentido ROMERO MATUTE, Blanca, "Duplicidad de sistemas de reintegración de la masa activa en las operaciones de cesión de créditos", en "Estudios sobre la Ley concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia", op. cit., pág. 4363

Tampoco puede ser objeto de aplauso la modificación introducida por la Ley 30/2007 en la DA 2ª de la Ley 1/1999, para su adaptación a la Ley Concursal.

En primer lugar porque si bien era razonable que, por razones de seguridad jurídica, la redacción anterior la DA 2ª de la Ley 1/1999 recogiese una excepción al régimen de retroacción y posible nulidad que establecía la normativa de suspensión de pagos y quiebra anterior, una vez modificado el sistema hacia la rescisión únicamente por actos perjudiciales contra la masa, ya no tenía ningún sentido establecer un sistema específico de rescisión para este tipo de cesiones de crédito a entidades financieras fuera de la propia Ley Concursal.

Pero es más, teniendo en cuenta que el propio Art. 71 de la LC, en sus apartados 5 y 6, instituye los denominados “escudos protectores” respecto de determinadas operaciones financieras y bancarias¹⁰, no se entiende –salvo por razón de una pésima técnica legislativa– por qué no se utilizó el propio Art. 71 LC para recoger las posibles especialidades que se considerase conveniente introducir, como puede ser la previsión de que *“los pagos realizados por el deudor cedido al cesionario no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, en el caso de declaración de concurso del deudor de los créditos cedidos. Sin embargo, podrá ejercitarse la acción rescisoria cuando se hayan efectuado pagos cuyo vencimiento fuera posterior al concurso o cuando quien la ejercite pruebe que el cedente o cesionario conocían el estado de insolvencia del deudor cedido en la fecha de pago por el cesionario al cedente. Dicha revocación no afectará al cesionario sino cuando se haya pactado así expresamente”*.

Además, por aplicación de esta disposición –en tanto que parece querer aislar de forma absoluta el riesgo de retroacción a los pagos ya realizados por el deudor cedido– se viene a establecer un régimen especial por encima de la propia Ley Concursal que en nuestra opinión no está justificada, ya que parece anular los efectos de la rescisión según está previsto en el Art. 73 LC, esto es la restitución de las prestaciones recíprocas.

No obstante, y aunque consideremos que dicha disposición carece de lógica jurídica, ya que sería perfectamente razonable que, en caso de rescisión concursal del contrato por concurrir fraude, el cesionario del derecho restituya en beneficio de la masa activa los pagos realizados por el deudor cedido, no deja de ser interesante el hecho de que dicha limitación absoluta supone un plus de garantía para los FTA, ya que aún en el hipotético caso de que se rescindiesen los contratos subyacentes de cesión de crédito no se verían comprometidos las cantidades ya pagadas por los terceros deudores cedidos y el FTA no sufriría la correspondiente pérdida patrimonial.

Y continuando con los efectos que puede tener la DA 2ª de la Ley 1/1999 en el régimen jurídico de la titulización, mencionar que, respecto de esta cuestión de la rescisión en caso de concurso, la previsión de su apartado 3 tampoco es acertada y si bien podría parecer inocuo el que diga que *“En caso de concurso del cedente, las cesiones reguladas en esta disposición*

¹⁰ El Art. 71.5 LC se refiere a los actos comprendidos en el ámbito de las leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados y el Art. 71.6 LC a determinados acuerdos de refinanciación.

serán rescindibles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”, en tanto que es una simple remisión al régimen general, no podemos olvidar que el régimen de rescisión de las cesiones realizadas a los FTA era el recogido en el Art.10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, del Mercado Hipotecario, mucho más restrictivo, en virtud del cual las cesiones a los fondos de titulización “solo podrán ser rescindidas o impugnadas al amparo de lo previsto en el Art. 71 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, por la administración concursal, que tendrá que demostrar la existencia de fraude en la constitución de gravamen. En todo caso quedarán a salvo los derechos del tercero de buena fe”.

No tienen, pues, ningún sentido, si no es, como dijimos anteriormente por razón de una técnica legislativa muy cuestionable, que las cesiones que reúnan los requisitos recogidos en la DA 2ª de la Ley 1/1999 sean rescindibles si son perjudiciales para la masa –pues ese es el régimen general recogido en el Art. 71 de la Ley Concursal, mientras que las demás cesiones a los FTA sólo se puedan rescindir en caso de concurrir fraude, el cual en cualquier caso deberá ser probado por la Administración concursal.

Sería, pues, deseable que la futura Ley de fomento de la financiación empresarial derogara la DA 3ª de la Ley 1/1999, o al menos la referencia que hace a los fondos de titulización, no sólo porque es el único precepto vigente, junto con la DA 4ª de una norma derogada, sino porque el régimen jurídico no viene sino a introducir cierta confusión al régimen recogido en el párrafo cuarto de la disposición adicional quinta de la Ley 3/1994, de 14 de abril, de adaptación de la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación que con claridad establece que a los Fondos de Titulización de Activos les serán de aplicación, en relación con los préstamos y demás derechos de crédito que adquieran, el régimen que en favor de los titulares de las participaciones hipotecarias se contempla en el párrafo final del artículo 15¹¹ de la LMH; esto es el derecho de separación absoluto sobre los derechos de crédito cedidos y la imposibilidad de rescisión, salvo por la administración concursal, que deberá acreditar el fraude.

¹¹ Art.15 Ley 2/1981, de 25 de marzo, del Mercado Hipotecario; “En caso de concurso de la entidad emisora de la participación, el negocio de emisión de la participación sólo será impugnable en los términos del artículo 10, y, en consecuencia, el titular de aquellas participación gozará de derecho absoluto de separación”. Art. 10: “Las hipotecas inscritas a favor de las entidades a que se refiere el artículo 2 sólo podrán ser rescindidas o impugnadas al amparo de lo previsto en el Art. 71 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, por la administración concursal, que tendrá que demostrar la existencia de fraude en la constitución de gravamen. En todo caso quedarán a salvo los derechos de terceros de buena fe”.