

1.7. Concursal

La jurisprudencia sobre el ejercicio de la compensación en el concurso: compensación de créditos no incluidos en la lista de acreedores

Case law on the exercise of set-off in insolvency proceedings: set-off of claims not included in the list of creditors

por

MARÍA LUISA SÁNCHEZ PAREDES
*Prof.^a Dr.^a de Derecho mercantil
Universidad Autónoma de Madrid*

RESUMEN: La compensación de créditos y deudas del concursado constituye un tema clásico del Derecho concursal en el que se enfrentan la función solutoria y de garantía que puede desempeñar este instituto con los fines concursales. La interpretación jurisprudencial ha contribuido a delimitar los requisitos que deben concurrir para su ejercicio en el concurso de acreedores. La comunicación íntegra del crédito del acreedor-deudor *in bonis* en el concurso no constituye un requisito necesario para solicitar la compensación, ni puede entenderse como una renuncia a compensar.

ABSTRAC: *The offsetting of credits and debts of the debtor is a classic topic in insolvency law, in which the claim-cancelling and guarantee function that this institute can perform is confronted with the purposes of the insolvency proceedings. Case-law interpretation has contributed to delimit the requirements that must be met for its exercise within the insolvency proceedings. The full communication of the claim of the creditor-debtor in bonis in the insolvency proceedings does not constitute a necessary requirement for the offsetting, nor can it be understood as a waiver to offset.*

PALABRAS CLAVE: Compensación. Concurso de acreedores. Función solutoria. Función de garantía. Comunicación de créditos. Requisitos para compensar.

KEY WORDS: *Set-off. Insolvency proceeding. Claim-cancelling function. Guarantee function. Credit communication. Requirement to request offsetting.*

SUMARIO: I. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE ENERO DE 2022.—II. EL PROBLEMA DE LA COMPENSACIÓN EN EL DERECHO CONCURSAL ESPAÑOL: LA LEGISLACIÓN APLICABLE A LOS HE-

CHOS CONTROVERTIDOS.—III. EL EJERCICIO DE LA COMPENSACIÓN EN EL CONCURSO DE ACREEDORES: LA COMUNICACIÓN DEL CRÉDITO NO ES REQUISITO PARA COMPENSAR.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE ENERO DE 2022

La Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2022 (Recurso 678/2019) se ocupa de un tema clásico en la confluencia entre el Derecho concursal y el Derecho de obligaciones y contratos, el de la posibilidad de que, tras la apertura del procedimiento concursal, el deudor compense con su acreedor los créditos y deudas recíprocos.

De los hechos se extrae que el deudor, posteriormente concursado, «Soluciones», reclama un crédito vía monitorio a «Comercial». Cuando «Comercial» presenta su oposición alegando la compensación, «Soluciones» se encuentra ya en concurso de acreedores. Ante la oposición de «Comercial», la concursada interpone demanda de juicio ordinario, a la que «Comercial» contesta con el argumento de la compensación, que rebate la concursada sobre la base de que no se podía estimar la existencia de ningún crédito compensable porque «Comercial» no había sido reconocido en el concurso y no había impugnado el informe de la administración concursal.

El Juzgado de Primera Instancia considera justificado el crédito que «Comercial» pretende compensar y declara la compensación. La Audiencia Provincial desestima el recurso y entiende acreditada la existencia de una deuda líquida, vencida y exigible, sin que la situación concursal de «Soluciones» suponga un obstáculo, ya que no operaría la prohibición de compensación del artículo 58 de la Ley Concursal (art. 153 TRLC), pues la deuda opuesta y los requisitos para la compensación existían con anterioridad a la declaración de concurso. A estos efectos considera que la normativa concursal no distingue ni condiciona el efecto de la compensación al reconocimiento y clasificación del crédito en sede concursal.

Se plantea entonces el recurso ante el Tribunal Supremo argumentando que la sentencia recurrida «infringe los artículos 1195 y 1196 del Código Civil, que regulan la compensación, y que recogen que para que opere la misma debe tratarse de una deuda vencida, líquida y exigible. Dado que, según el artículo 97.1 de la Ley Concursal, quienes no impugnaren en tiempo y forma el inventario o la lista de acreedores no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos, la apreciación de la compensación de una deuda que no ha sido recogida en el informe de la administración concursal, sin que la demandada impugnara el informe, no es procedente, porque difícilmente se puede considerar que la deuda esté vencida, sea líquida y exigible. Según la recurrente, de aceptarse la tesis de la sentencia recurrida, el artículo 97.1 de la Ley Concursal quedaría vacío de contenido, y quedaría también vacía de contenido la facultad que el artículo 86 de la Ley Concursal da a la administración concursal para proceder a la inclusión o exclusión de los créditos. La infracción legal se produce cuando se aprecia la compensación pese a que el crédito que se compensa no está recogido en el informe de la administración concursal y tampoco ha impugnado la demandada la exclusión de su crédito a través del incidente concursal».

El Tribunal concreta la cuestión en «si el hecho de que el crédito de «Comercial» no aparezca reconocido en la lista de acreedores del concurso de «So-

luciones» impide que pueda ser «compensado» o, dicho de otro modo, si el reconocimiento concursal del crédito compensable es requisito necesario para que produzca sus efectos la compensación cuyos presupuestos concurrieron antes de la declaración de concurso.

Desde la perspectiva del Derecho de obligaciones y contratos, el Supremo recuerda, conforme a su propia doctrina, que la compensación es una forma de extinción de obligaciones (art. 1156 CC) que actúa *ope legis* cuando se dan los presupuestos de los artículos 1195 y 1196 del Código Civil, momento a partir del cual se produce el efecto extintivo (art. 1202 CC), al margen de cuándo se haga valer. Así, desde el punto de vista concursal, si los requisitos de la compensación concurren antes de la declaración de concurso, aunque la compensación sea alegada en un momento posterior, producirá efectos «como si la extinción de las prestaciones contrapuestas se hubiera verificado al tiempo de nacer la segunda de ellas, esto es, antes de la declaración de concurso».

Por imperativo legal, los créditos frente al concursado anteriores a la declaración judicial de concurso formarán parte de la masa pasiva y para su cobro vía convenio o liquidación se precisa su reconocimiento y clasificación dentro del concurso. Ello responde al principio de paridad de trato —*par condicio creditorum*—, de modo que, si los acreedores no pueden ser satisfechos al margen del convenio o de la liquidación —salvo excepciones—, no podrá admitirse la compensación de créditos y deudas del concursado.

No obstante, la normativa concursal excepciona el régimen general y permite la compensación cuando los requisitos para compensar han concurrido antes de la declaración de concurso, aunque la resolución judicial o el acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a esa declaración. Alegada la compensación, su eficacia extintiva del crédito se retrotrae al momento en el que concurrieron los requisitos para compensar, antes de la declaración de concurso y de la formación de la masa pasiva.

En consecuencia, «el crédito compensado no precisa haber sido incluido en la lista de acreedores pues no se integra en la masa pasiva del concurso para someterse a la solución concursal que se adopte en el concurso, sea la del convenio, sea la de la liquidación». Ello se entiende sin perjuicio de que, «como prevé actualmente el último inciso del artículo 153 del Texto Refundido de la Ley Concursal, el hecho de que el acreedor haya comunicado al administrador concursal la existencia del crédito no impedirá la declaración de compensación cuando se cumpla lo previsto en la norma, esto es, que los requisitos de la compensación hubieran existido antes de la declaración de concurso».

A la luz de esta sentencia, en las páginas que siguen revisaremos la jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a las cuestiones que suscita el ejercicio de la compensación en el concurso de acreedores.

II. EL PROBLEMA DE LA COMPENSACIÓN EN EL DERECHO CONCURSAL ESPAÑOL: LA LEGISLACIÓN APLICABLE A LOS HECHOS CONTROVERTIDOS

En el Derecho de quiebras español no existía una norma relativa a la posibilidad de que el deudor quebrado y el acreedor *in bonis* pudieran compensar los créditos y deudas recíprocos. No obstante, conforme a la doctrina de la compensación automática, podía pensarse que la compensación operaba, aunque no tuvieran conocimiento de ella los acreedores y los deudores (art. 1202 CC),

como consecuencia del vencimiento anticipado de los créditos que se producía «en virtud de la declaración de quiebra» (art. 883 C. de C.). Sin embargo, para que se diera esa compensación automática debían concurrir los requisitos para compensar previstos en el Código Civil (art. 1196), y no era posible entender que las deudas y créditos compensables estuvieran libres de contienda cuando «por virtud de la declaración de quiebra» se producía la indisponibilidad patrimonial del quebrado (art. 878 C. de C.). De ahí que la doctrina tradicional y dominante considerara que solo era posible la compensación en la quiebra cuando los presupuestos para compensar existían antes de la declaración judicial de quiebra. Si en el momento de la apertura del procedimiento de quiebra concurrían todos los requisitos previstos por el Derecho civil para la compensación, los créditos y deudas recíprocos se extinguirían en la cantidad concurrente, resultando un crédito o una deuda a favor o en contra del quebrado¹.

Esta tesis tradicional, que declaraba inadmisibles la compensación después de la declaración de quiebra², será matizada en relación con el contrato de cuenta corriente, iniciándose una tendencia a la compensabilidad que encuentra acogida en la doctrina y la jurisprudencia en relación con los *créditos conexos* o créditos recíprocos *ex eadem causa*. Por esta vía, se llega a admitir la validez de los pactos de compensación en virtud de los cuales las partes acuerdan la compensación de créditos recíprocos nacidos de operaciones independientes cuando se hubiera establecido entre ellos una conexión generadora de un derecho de retención. De ahí que se dijera que la generalización de la compensación en la quiebra se debía a la necesidad de favorecer las relaciones de negocios recíprocas entre empresarios, y especialmente con los bancos³.

El mecanismo jurídico de la compensación se ha fundado en una razón de utilidad, ya que se dirige a simplificar operaciones y evitar pagos repetidos, funcionando como un subrogado del pago. No obstante, también se ha atribuido a la compensación un fundamento de equidad, pues no parece muy leal y justo reclamar un crédito, cuando quien reclama es, a su vez, deudor del demandado. Y, finalmente, se ha reconocido a la compensación una eficacia de garantía y un alcance privilegiado, en la medida en que el que compensa deja de estar expuesto a la insolvencia del otro y a las consecuencias que acompañan la reclamación judicial del crédito⁴.

En el ámbito mercantil, se justifica en «fortísimas razones de equidad» la compensación de las deudas recíprocas conexas, nacidas del mismo convenio o relación jurídica, y se llega a admitir, en línea con la evolución experimentada por otros ordenamientos, que no existen obstáculos en el Derecho español que impidan la compensación posterior al momento en que la quiebra se declara. De hecho, se entiende que para que la eficacia automática de la compensación no entre en juego por virtud del vencimiento anticipado de los créditos previsto en caso de quiebra sería necesario que una norma lo estableciese así expresamente. Y si, frente al automatismo con el que tradicionalmente se la concibe, se considerara que estamos ante una facultad que el ordenamiento atribuye a quien ostenta las condiciones de acreedor y deudor de otro, no parece que pueda privarse a los acreedores-deudores del quebrado de esa potestad en base únicamente a las exigencias del principio concursal de la paridad de trato. Sobre todo, si tenemos presente que la paridad de trato juega dentro de una regla de proporcionalidad⁵, de manera que no puede impedirse la compensación, pues, al compensar, el deudor está eligiendo un instrumento de pago que el derecho pone a su disposición y no distrae en provecho de un acreedor el activo concursal. Por tanto, en ausencia de un precepto legal que prohíba el uso de esta facultad no se

podría privar de ella a quien la posea. Además, también parece poco equitativo que el acreedor y deudor recíproco deba satisfacer por entero su deuda en la quiebra, recibiendo solo a cambio un dividendo concursal. Así, del mismo modo que frente a las deudas recíprocas conexas *ex eadem causa* puede invocarse la excepción de incumplimiento contractual o de cumplimiento defectuoso, frente a las deudas *ex dispari causa* no parece imposible invocar la compensación⁶. Desde esta perspectiva, el acreedor-deudor obtiene mediante la facultad de compensar una tutela de su crédito semejante a la del retentor y, en definitiva, a la del acreedor en un contrato bilateral o con obligaciones recíprocas que, ante la falta de cumplimiento de la otra parte, puede suspender su propio cumplimiento mediante la excepción de contrato no cumplido o, incluso, liberarse de su propia obligación mediante la facultad resolutoria.

Ahora bien, una cosa es que todos estos mecanismos de tutela del crédito puedan desempeñar una función de garantía del cobro, y otra que el ordenamiento les reconozca un derecho de preferencia que los haga oponibles a los demás acreedores en el seno del procedimiento concursal. Sin ese reconocimiento, esas formas de tutela individual del crédito están llamadas a entrar en conflicto con la tutela concursal del crédito. Así, la tutela que proporciona el Derecho concursal opera un principio de preferencia, al margen del principio de proporcionalidad —que se aplica dentro de cada clase o categoría de acreedores concursales—, por el que solo determinadas formas de garantía son eficaces frente a los demás acreedores del deudor. Con la apertura del procedimiento concursal los créditos quedan reducidos al valor que se les atribuya en el concurso y al pago en base al dividendo resultante de la liquidación. Frente a ello, únicamente los créditos que entren dentro del sistema de preferencias reconocido por la norma serán compatibles con la tutela concursal. De admitir la compensación, no solo se está pagando a un acreedor, sino que se está afectando la esfera jurídico-patrimonial de otros acreedores, pues, si bien se reduce la masa pasiva, también lo hace paralelamente la garantía que todos los acreedores tienen para cobrar, el patrimonio sujeto al procedimiento, la masa activa⁷. Por razones de diversa índole —políticas, sociales o económicas— el legislador puede reconocer y hacer eficaz en el procedimiento concursal esa preferencia sobre el crédito, pero sin ese reconocimiento, la tutela, eficaz frente al deudor, no puede afectar a los demás acreedores de este inmersos en el procedimiento⁸.

La Ley Concursal 22/2003 estableció por primera vez un precepto destinado a regular los efectos de la compensación en el concurso. La norma disponía que, declarado el concurso, no procedía la compensación de créditos y deudas del concursado, si bien produciría sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración. Junto a esta regla sustantiva, otra regla procesal establecía que cualquier controversia al respecto debía resolverse por los cauces del incidente concursal⁹.

Como señala la jurisprudencia, la Ley Concursal asume la postura de la doctrina mayoritaria sobre la compensación en la quiebra¹⁰, de modo que la compensación se prohíbe con carácter general y solo sería posible compensar los créditos y deudas recíprocos entre el concursado y el acreedor-deudor *in bonis* cuando los presupuestos de la compensación ya concurrían al momento de la declaración de concurso. Pero la solución legal no resuelve todos los problemas que la compensación es susceptible de plantear en el ámbito concursal¹¹. A estos efectos, la norma no distingue entre compensación legal y convencional, aunque de la literalidad del precepto podía deducirse que el legislador solo tenía presente la compensación legal¹². Los requisitos previstos por el Derecho civil para la compensación debían concurrir antes de la declaración de concurso, sin que

fuera suficiente que se dieran *por virtud* del concurso. En consecuencia, la compensación exigía que, antes de la declaración judicial de concurso de acreedores, los créditos a compensar fueran homogéneos —del mismo género y calidad—, recíprocos, líquidos, vencidos y exigibles, sin que existiera contienda o retención sobre ninguno de ellos promovida por terceros. No obstante, se mantiene como excepción a la regla prohibitiva, la compensación de las obligaciones conexas o de los créditos *ex eadem causa*, así como de los créditos procedentes de un contrato de cuenta corriente mercantil¹³, y se aclara que la prohibición de compensación afecta a los créditos concursales, pero no a los créditos contra la masa¹⁴.

La reforma de la Ley Concursal por la Ley 38/2011, introdujo en el artículo 58 la precisión de que los efectos de la compensación cuyos requisitos concurrieron antes de la declaración de concurso debían producirse «aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella»¹⁵.

Esta ha sido la regulación aplicable a los hechos controvertidos en la STS de 10 de enero de 2022, si bien, como revela la propia resolución, la normativa concursal vigente se encuentra contenida en el Texto Refundido de 5 de mayo de 2020¹⁶.

Frente a la regulación anterior, el Texto Refundido clarifica la norma, pero también introduce una doctrina jurisprudencial acuñada al amparo de la práctica, que no parece exenta de problemas. Desde el punto de vista sistemático, el Texto Refundido de la Ley Concursal permite diferenciar entre: una compensación cuyos requisitos concurrieron antes de la declaración de concurso, que producirá plenos efectos, aunque la resolución o el acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad. Y una compensación posterior a la apertura del procedimiento. En este caso, la regla general es una regla prohibitiva: una vez declarado el concurso no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado. Ambas disposiciones son conformes con la doctrina tradicional y con la concepción civil de la compensación como medio de extinción de obligaciones que funciona como un subrogado del pago: allí donde el pago ya no es válido para satisfacer al acreedor, porque el concurso impone sus propios mecanismos de satisfacción del crédito, no puede admitirse con carácter general la compensación. Ahora bien, en el Texto Refundido se introduce un importante cambio sustantivo, la regla prohibitiva contiene una excepción originada en la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo por la que, declarado el concurso, procederá la compensación de créditos y deudas que deriven de la misma relación jurídica¹⁷. La diversidad de supuestos que podrían acogerse a esta excepción puede ser tan amplia como impreciso es el concepto de «relación jurídica»¹⁸.

En cualquier caso, parece que la excepción legal nos mantiene dentro de aquella tendencia a la compensabilidad criticada por la doctrina clásica, pero que se justifica por la utilidad práctica de la compensación en el ámbito del crédito¹⁹; si bien, para acoger otras «funcionalidades» de la compensación más allá de la puramente solutoria y, en concreto, la de instrumento para garantizar y asegurar el cumplimiento de las obligaciones, sería conveniente una construcción actualizada de la institución en el ámbito del Derecho civil²⁰.

III. EL EJERCICIO DE LA COMPENSACIÓN EN EL CONCURSO DE ACREEDORES: LA COMUNICACIÓN DEL CRÉDITO NO ES REQUISITO PARA COMPENSAR

En cuanto mecanismo de extinción de obligaciones (art. 1156 CC), la compensación puede ejercerse por el propio concurso, ya que no existe inconveniente

para que el pago de los créditos concursales durante la liquidación o en cumplimiento del convenio se haga mediante compensación de los créditos que el concursado tenga frente al acreedor concursal. De ahí que la compensación se haga con respecto a la parte del crédito concursal que resulte exigible en base a la cuota de liquidación o de acuerdo con el porcentaje que corresponda al acreedor según convenio. El acreedor consigue la satisfacción del crédito, pero solo en la medida en que sería satisfecho aplicando las reglas de pago en el concurso. Desde esta perspectiva, son compensables también los créditos contra la masa, en cuanto se contraponen legislativamente a los créditos concursales y su pago se realiza, salvo excepciones, a sus respectivos vencimientos (arts. 242 a 248 TRLC). Son créditos que no integran la masa pasiva (art. 251 TRLC), y por su propia naturaleza y finalidad se han considerado créditos *extraconcursales*, de modo que no sufren los efectos previstos para los créditos concursales como consecuencia de la declaración de concurso y pueden compensarse con créditos del concursado por toda su cuantía²¹.

Por otro lado, el acreedor puede alegar la compensación frente al concurso, cuando los requisitos para compensar concurren antes de la declaración de concurso y no por virtud de los efectos del propio concurso, cualquiera que sea la naturaleza de la relación contractual existente entre las partes, y siempre y cuando estemos ante créditos compensables por homogéneos, sin que sea necesario que el acreedor conozca la situación y la alegue con anterioridad al concurso.

Ahora bien, declarado el concurso pueden plantearse distintas situaciones según que el acreedor *in bonis* comunique el saldo resultante de la compensación o su crédito frente al concursado, o bien permanezca inactivo.

Dado el automatismo de la compensación, puede ocurrir que el acreedor comunique en el concurso el saldo resultante de la compensación a su favor. La administración concursal podrá o no admitir la compensación: aceptará la compensación si no incluye en el inventario de bienes y derechos de la masa activa el derecho de crédito de la concursada contra el acreedor *in bonis* y, al mismo tiempo, incluye en la lista de acreedores de la masa pasiva el saldo resultante de la compensación. Pero, es posible que la administración concursal no acepte la compensación e incluya el crédito y la deuda recíprocos en la masa activa y en la masa pasiva. Ante el acreedor *in bonis*, parecen abrirse, entonces, dos posibilidades: de un lado, impugnar el inventario solicitando la exclusión del derecho de crédito en su contra y, paralelamente, la lista de acreedores reclamando la reducción de la cuantía del crédito a su favor frente al concurso²²; de otro, promover un incidente concursal al objeto de que sea el juez del concurso quien decida sobre la compensación. En este sentido, frente al laconismo de la regla contenida en el artículo 58 de la Ley Concursal que, en caso de controversia, establecía que «esta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal», el apartado 3 del artículo 153 del Texto Refundido recoge con mayor claridad que «la controversia sobre el importe de los créditos y deudas a compensar y la concurrencia de los presupuestos de la compensación se resolverá por el juez del concurso por los cauces del incidente concursal». No obstante, algunas cuestiones subsisten, ya que, si bien se establece plazo para impugnar el inventario y la lista de acreedores (art. 297. 2 TRLC), no se establece plazo para interponer la demanda incidental. Vigente la Ley Concursal, se entendió que, si los efectos de la compensación deben trasladarse al inventario y la lista de acreedores, debía aplicarse a la demanda incidental el plazo previsto para la impugnación de esos documentos que acompañan el informe de la administración concursal²³. En consecuencia, si dentro del plazo legalmente previsto para la impugnación del

inventario y de la lista de acreedores el acreedor ni impugna esos documentos ni plantea demanda de incidente concursal sobre la compensación pierde la posibilidad de hacerlo posteriormente²⁴.

Aún es posible que el acreedor comunique su crédito por la totalidad sin alegar la compensación ni por la vía de la impugnación de la lista de acreedores y del inventario, ni por la vía del incidente concursal; o bien que no haga nada, esto es, que ni siquiera haya comunicado su crédito en el concurso. Frente a la tesis expuesta que exige que el acreedor actúe en todo caso dentro del plazo previsto para la impugnación del inventario y de la lista de acreedores, se abre paso una posición minoritaria conforme a la cual la falta de alegación de la compensación no puede considerarse como una renuncia a la misma, ya que la renuncia a la facultad de compensar exigiría una declaración expresa en tal sentido²⁵. Además, se admite que la compensación es viable también una vez finalizada la fase común, pues con la estimación de la compensación no se perjudica al resto de acreedores concursales más de lo que se les hubiera perjudicado de haberse producido la compensación en un momento anterior²⁶.

Frente a estas tesis, la solución legislativa no es del todo concluyente. El Texto Refundido de la Ley Concursal afirma que «[L]a compensación cuyos requisitos hubieran existido antes de la declaración de concurso producirá plenos efectos, aunque sea alegada después de esa declaración o aunque la resolución judicial o el acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella. *El hecho de que el acreedor haya comunicado al administrador concursal la existencia del crédito no impedirá la declaración de compensación*»²⁷. La norma solo permite entender que la comunicación del crédito no impide que la compensación sea declarada posteriormente, siempre que los requisitos legales para compensar hubieran existido antes de la declaración de concurso. Y que el hecho de que el acreedor *in bonis* comunique en el concurso su crédito por la totalidad no puede considerarse como una renuncia a la facultad de compensar. Pero no está claro si la declaración de compensación podría producirse tanto a instancia del propio acreedor como a instancia de la administración concursal, ni si la compensación puede alegarse en cualquier momento, incluso una vez concluida la fase común. Y, sobre todo, la norma no aclara si la comunicación del crédito es necesaria para poder plantear la reclamación de compensación; cuestión objeto de controversia en la STS de 10 de enero de 2022.

Esta resolución, que tomamos como referencia, concluye que el crédito compensable no precisa haber sido incluido en la lista de acreedores, ya que no integra la masa pasiva del concurso ni se somete a la solución concursal. La concurrencia de los requisitos para compensar con anterioridad a la declaración de concurso y el automatismo de la compensación, que retrotrae sus efectos al momento en el que concurrieron aquellos presupuestos, antes de la apertura del procedimiento concursal, colocan al crédito compensable extramuros del concurso. Si el crédito al resultar compensable antes del concurso ha de extinguirse en la cantidad concurrente, no deberá comunicarse en el procedimiento. Lo que habrá que comunicar será el saldo resultante de la compensación a favor del acreedor *in bonis* cuya deuda frente al concurso se extinguió en la cantidad concurrente. Al mismo tiempo, la sentencia se refiere a la regulación vigente del Texto Refundido de la Ley Concursal y de todo ello puede extraerse que ni la comunicación ni la falta de comunicación del crédito compensable (no del saldo resultante de la compensación), pueden suponer un obstáculo para plantear la compensación cuando los requisitos para compensar concurren antes de la declaración de concurso.

Finalmente, debemos aludir a una cuestión que, aunque no se plantea en la resolución de referencia, llama la atención desde el primer momento: la controversia no se ha suscitado en el juzgado mercantil que está conociendo del concurso, sino ante los juzgados de primera instancia. En el supuesto planteado en la STS de 10 de enero de 2022, no se debate una cuestión sustantiva, sino de alcance procesal. Según se afirma, no se cuestiona que se trata de distintos créditos compensables y tampoco que los requisitos de la compensación de créditos concurrían antes de la declaración de concurso. Se plantea únicamente una cuestión procesal, la de determinar si la falta de reconocimiento del crédito del acreedor *in bonis* supone un obstáculo para compensar. No obstante, de la lectura de los hechos se deducen otros posibles óbices procesales.

El concursado o la administración concursal habían formulado demanda de juicio ordinario reclamando al deudor el pago de su crédito frente al concurso. Al tratarse de una acción civil con trascendencia patrimonial que no se dirige contra el patrimonio del concursado, sino contra el patrimonio del acreedor *in bonis*, tanto bajo la Ley Concursal (art. 8-1.º) cuanto según el vigente Texto Refundido de la Ley Concursal (art. 52-1.ª), la competencia la conserva el juez de primera instancia, y no se ve atraída por el carácter exclusivo y excluyente de la jurisdicción del juez que conoce del concurso de acreedores. Ahora bien, una vez que el acreedor alega la compensación y el juez debe pronunciarse sobre la misma, la decisión del juez estaría afectando a la composición de las masas activa y pasiva del concurso. A estos efectos, planteada la excepción de compensación, y puesto que técnicamente se estaría reconviniendo (art. 408.1 LEC)²⁸, podría cuestionarse si la competencia para conocer de la compensación no correspondería al juez del concurso, ya que el propio artículo 58 de la Ley Concursal remite al trámite del incidente concursal toda controversia sobre la compensación de créditos una vez abierto el concurso de acreedores. Frente a esta cuestión, al objeto de mantener la competencia del juez de primera instancia para resolver sobre la compensación alegada, se ha entendido que la norma concursal no tiene otro alcance que el de establecer el cauce procesal para dirimir la cuestión que ante el propio juez del concurso se suscite. Por tanto, no se trataría de una norma de delimitación de la competencia del juez del concurso que excluya la de otros tribunales del mismo grado ante los que se oponga, por quien tenga derecho a hacerlo, la compensación como hecho extintivo del derecho que la concursada o la administración concursal invocan como fundamento de su pretensión²⁹.

No obstante, debe reseñarse, al respecto, la STS de 21 de junio de 2013³⁰, en la que se recurre ante la decisión de la Audiencia Provincial de estimar la falta de competencia objetiva del juzgado de primera instancia para resolver sobre la reconvención interesada, que había conducido a la declaración de la nulidad de actuaciones tras la admisión a trámite de la reconvención y de los pronunciamientos realizados respecto de esta, así como de la compensación de créditos. En este caso, como en el de la Sentencia de 10 de enero de 2022, antes de la declaración de concurso se entabla demanda frente al acreedor-deudor en reclamación de la cantidad adeudada, y la contestación, en la que se plantea demanda reconvencional reclamando la compensación, ya es posterior a la declaración de concurso. Pues bien, el Tribunal Supremo considera que no existe inconveniente para que la compensación se haga valer por vía reconvencional aún después de la declaración de concurso, de modo que el juzgado de primera instancia era competente para conocer de la reconvención planteada y la Audiencia Provincial debió resolver sobre la compensación objeto de reconvención; y, sin perjuicio de que, cuando resulte un saldo a favor del acreedor *in bonis*, la

sentencia declarativa no altere la necesidad de comunicar el crédito en el concurso y este se satisfaga bajo alguna de las soluciones concursales, convenio o liquidación, dentro del concurso.

En esta línea, la cuestión parece haberse resuelto definitivamente por la STS de 15 de mayo de 2021³¹, donde se afirma que, si bien la normativa concursal establece un cauce procesal expreso para las controversias sobre la compensación, el incidente concursal, del que solo puede conocer el juez del concurso, esta previsión legal no impide al acreedor *in bonis* oponer la excepción de compensación frente a la demanda de reclamación del crédito interpuesta contra él por la concursada ante el juzgado de instancia. En un supuesto en el que, como en la Sentencia de 10 de enero de 2022, no se discute que las deudas y créditos que la concursada tenía frente al acreedor-deudor *in bonis* provengan de relaciones contractuales distintas, el tribunal de instancia puede entrar a analizar si se cumplían los requisitos de la compensación antes de la declaración de concurso.

En consecuencia, del iter jurisprudencial que conduce a la STS de 10 de enero de 2022 puede deducirse, en primer lugar, que la norma concursal solo exige que los requisitos previstos para la compensación por el Derecho de obligaciones y contratos concurren con anterioridad a la declaración judicial de concurso de acreedores y no por mor del propio concurso, sin que el concurso conlleve requisitos adicionales para la eficacia de la compensación. En segundo lugar, que no solo no se precisa que el crédito compensable haya sido reconocido por la administración concursal, sino que, en principio, la compensación puede alegarse en cualquier momento con posterioridad a la declaración de concurso, ya que no se establece ni trámite para su alegación ni plazo procesal para solicitarla. En tercer lugar, que la declaración de compensación puede proceder tanto de la resolución del juez del concurso por la vía del incidente concursal, cuanto del juzgado de primera instancia competente para conocer de la reclamación del concursado frente al acreedor *in bonis*. Y, en cuarto lugar, que, declarada la compensación, su eficacia extintiva del crédito se retrotrae al momento en que concurrían los requisitos para compensar, antes de la declaración de concurso.

IV. CONCLUSIONES

I. Con arreglo a la función solutoria que el Código Civil atribuye a la compensación, el Derecho concursal español ha establecido como regla general la prohibición de compensar los créditos y deudas recíprocos entre el acreedor *in bonis* y el concursado una vez declarado el concurso.

II. La práctica empresarial mantiene una constante tendencia a la compensación dado que facilita la liquidación de las relaciones comerciales y, al mismo tiempo, permite asegurar el cumplimiento de la obligación. En la doctrina y la jurisprudencia se ha abierto paso esta función de garantía de la compensación, si bien su reconocimiento en sede concursal requeriría una construcción actualizada de la figura en el Derecho civil.

III. Cuando los requisitos para compensar concurren antes de la declaración de concurso, la compensación podrá ser alegada por el acreedor *in bonis* sin necesidad de que su crédito haya sido reconocido y clasificado en el procedimiento concursal y podrá ser declarada tanto por el juez del concurso como por el tribunal de instancia.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 10 de diciembre de 1941
- STS de 11 de octubre de 1988
- STS de 20 de mayo de 1993
- STS de 19 de abril de 1997
- STS de 24 de septiembre de 1997
- STS de 18 de febrero de 2013
- STS de 21 de junio de 2013
- STS de 15 de abril de 2014
- STS de 30 de mayo de 2014
- STS de 24 de julio de 2014
- STS de 11 de enero de 2018.
- STS de 17 de octubre de 2018
- STS de 5 de marzo de 2019
- STS de 21 de marzo de 2019
- STS de 15 de mayo de 2021
- STS de 10 de enero de 2022

TRIBUNAL DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN

- STCJ de 28 de junio de 2004
- STCJ de 19 de octubre de 2005
- STCJ de 24 de abril de 2006
- STCJ de 22 de junio de 2009

TRIBUNAL ECONÓMICO ADMINISTRATIVO CENTRAL

- Resolución de 26 de febrero de 2019
- Resolución de 24 de septiembre de 2019

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Barcelona de 23 de septiembre de 2008
- AAP de Córdoba de 11 de mayo de 2009
- SAP de Oviedo de 19 de octubre de 2009
- SAP de León de 10 de junio de 2010
- SAP de Pontevedra de 25 de noviembre de 2010
- SAP de Zaragoza de 11 de febrero de 2011
- SAP de Madrid de 9 de mayo de 2011
- SAP de Valencia de 20 de junio de 2011
- SAP de Barcelona de 23 de junio de 2011
- SAP de Salamanca de 27 de marzo de 2012

JUZGADOS DE LO MERCANTIL

- SJM núm. 1 de Santander de 28 de febrero de 2007
- AJM núm. 1 de Oviedo de 13 de marzo de 2007
- SJM núm. 1 de San Sebastián de 29 de octubre de 2008
- SJM núm. 1 de Pontevedra de 15 de febrero de 2010
- SJM núm. 1 de Alicante de 10 de junio de 2010
- SJM núm. 6 de Madrid de 18 de febrero de 2013

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BELTRÁN, E. (2004). Créditos concursales y créditos contra la masa (art. 84). En: Rojo/Beltrán, *Comentario de la Ley Concursal*, T.I. Madrid: Civitas, 1493 a 1524.
- (2012). Créditos contra la masa. En Beltrán/García-Cruces, *Enciclopedia de Derecho concursal*, T.I, Pamplona: Aranzadi, 877 a 899.
- BELTRÁN, E y SÁNCHEZ PAREDES, M.L. (2009). *Cinco años de aplicación de la Ley Concursal*, Cizur Menor: Civitas, 532 a 547.
- BERMEJO, N. (2004). Prohibición de compensación (art. 58). En: Rojo/Beltrán, *Comentario de la Ley Concursal*, T.I, Madrid: Civitas, 1084 a 1102.
- CARRASCO, A. (2020). La «tela de Penélope» del texto refundido concursal: ahora, la compensación postconcursal, en <https://www.ga-p.com/publicaciones/la-tela-de-penelope-del-texto-refundido-concursal-ahora-la-compensacion-postconcursal/>, (última consulta 12 de abril de 2022).
- CORDÓN MORENO, F. (1995). *Suspensión de pagos y quiebra. Una visión jurisprudencial*, Pamplona: Aranzadi.
- DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, N. (2005). La compensación en la Ley Concursal. Régimen general y excepciones. Libro Homenaje a Manuel Olivencia: *Estudios sobre la Ley Concursal*, T. III, Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2621 a 2653.
- DÍEZ-PICAZO (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Cizur Menor: Civitas, 611 a 631.
- GALÁN LÓPEZ, C. (2005). Algunas cuestiones en torno al régimen de compensación de créditos en la Ley Concursal de 2003. Libro Homenaje a Manuel Olivencia: *Estudios sobre la Ley Concursal*, T. III, Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 22737 a 2763.
- GARRIDO, J.M. (2000). *Tratado de las preferencias del crédito*. Madrid: Civitas.
- (1998). *Preferenza e proporzionalità nella tutela del crédito*, Milano: Giuffrè.
- GÓNZALEZ-CARRERÓ FOJÓN, P. (2018). Los efectos de la declaración de concurso sobre los créditos. En Campuzano/Sanjuán y Muñoz (dirs.), *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*, Valencia: Tirant lo Blanch, 477 a 494.
- LACRUZ (2011). *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, vol. 1.º, Madrid: Dykinson, 289 a 299.
- LÓPEZ ORTEGA, R. (2005). La compensación en el concurso. Libro Homenaje a Manuel Olivencia: *Estudios sobre la Ley Concursal*, T. III, Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2841 a 2869.
- ROJO/BELTRÁN (2013). *Legislación y jurisprudencia concursales*. Pamplona: Aranzadi, 177 a 183.
- RUBIO, J. (1955). La declaración de quiebra y los créditos pendientes, en http://www.cnotarial-madrid.org/nv1024/paginas/TOMOS_ACADEMIA/010-09-RUBIO_GARCIA-MINA_JESUS_10_1959.pdf, 215 a 246.

- SANCHO GARGALLO, I. (2012). Compensación de créditos. En Beltrán/García-Cruces, *Enciclopedia de Derecho concursal*, T.I, Pamplona: Aranzadi, 467 a 475.
- SITJAR BURGUERA, B. (2001). La compensación en los procedimientos concursales, Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares, en http://ibdigital.uib.es/greenstone/sites/localsite/collect/boletinJurisprudencia/index/assoc/Bajlib_2.dir/Bajlib_2001_t005_005.pdf, 5 a 15.
- URÍA, R. (1950). Reaseguro, quiebra y compensación: (Consideraciones acerca de la posición del reasegurador-vida en la quiebra de la entidad cedente). *RDM*, núm. 30, 371 a 410.
- URÍA/MENÉNDEZ/BELTRÁN (2001). Efectos de la declaración de quiebra. En *el Curso de Derecho mercantil*, T. II, Madrid: Civitas, 939 a 942.

NOTAS

¹ RUBIO, J. (1955), La declaración de quiebra y los créditos pendientes, en http://www.cnotalarial-madrid.org/nv1024/paginas/TOMOS_ACADEMIA/010-09-RUBIO_GARCIA-MINA_JESUS_10_1959.pdf, 233 y 234.

² Procede de la influencia directa del Derecho francés, que concibe la compensación como un instrumento de pago abreviado; a diferencia del Derecho alemán, que había construido la teoría civil de la compensación como una variante del derecho de retención y, en definitiva, como un mecanismo de garantía, de modo que el legislador alemán dejaba fuera de la quiebra los créditos que gozaban de garantía especial y la compensación se admitía con carácter general (parágrafos 53 y 54 *Konkursordnung* de 1877). Por su parte, el Derecho italiano evoluciona desde posiciones que rechazan la compensación una vez declarada la quiebra, por la imposibilidad de disponer del patrimonio del quebrado para satisfacer a unos acreedores con perjuicio de otros, hasta admitir la compensación sin limitación en el artículo 56 de la *legge fallimentare* de 1942, v. URÍA, R. (1950), Reaseguro, quiebra y compensación: (Consideraciones acerca de la posición del reasegurador-vida en la quiebra de la entidad cedente), *RDM*, núm. 30, 393 a 399.

³ Así lo deduce RUBIO de una jurisprudencia que dejaba abierta la posibilidad de extender la excepción prevista para la compensación propia de la cuenta corriente a determinadas «situaciones contractuales análogas que crean las prácticas bancarias», v. La declaración de quiebra y los créditos pendientes, *cit.*, 240. De hecho, tanto RUBIO como URÍA, Reaseguro, quiebra y compensación: (Consideraciones acerca de la posición del reasegurador-vida en la quiebra de la entidad cedente), *cit.*, 399, núm. 29] citan una STS de 10 de diciembre de 1941, en la que el Tribunal admitía la compensación a la fecha de la suspensión de pagos entre los saldos arrojados por *dos diferentes cuentas corrientes* abiertas en un mismo banco, fundándose en la existencia de un *pacto de comunicabilidad de cuentas y compensación de los respectivos saldos*.

Desde la práctica, Bartolomé SITJAR BURGUERA (2001) afirma que la compensación es más mercantil que civil, marcada por el uso de la cuenta corriente, tanto mercantil como bancaria, y ofrece una visión generalizada de las dos posiciones doctrinales, a favor y en contra de la compensación, y de la jurisprudencia, que a partir de dos Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de abril y 24 de septiembre de 1997 parece abrir el camino a la posibilidad de compensar créditos y deudas recíprocos en los procedimientos concursales, v. La compensación en los procedimientos concursales, *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares*, en http://ibdigital.uib.es/greenstone/sites/localsite/collect/boletinJurisprudencia/index/assoc/Bajlib_2.dir/Bajlib_2001_t005_005.pdf, (última consulta 13 de abril de 2022).

En relación con la suspensión de pagos, CORDÓN (1995) señala dos Resoluciones del Tribunal Supremo, la de 20 de mayo de 1993, que rechaza la compensación en base a que frustraría el fin principal de la suspensión de pagos, que es conseguir la igualdad de condición de los acreedores no privilegiados; y la de 11 de octubre de 1988, que la declara

admisible con fundamento en la equidad, v. *Suspensión de pagos y quiebra. Una visión jurisprudencial*, Pamplona: Aranzadi, 87.

⁴ V. LACRUZ (2011), *Elementos de Derecho Civil. II Derecho de Obligaciones*, vol. 1.º, Madrid: Dykinson, 289 y 290. Y, especialmente, DíEZ-PICAZO (2008), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Cizur Menor: Civitas, 612 y 613, quien señala su eficacia en la «práctica bancaria» del Derecho romano clásico, en la *bonorum venditio* romana y en los contratos de buena fe. También URÍA acude al origen y evolución histórica de la figura para admitir la compensación en la quiebra. Así, el *agere cum deductione* del *bonorum emptor* permitía al deudor, al que se le reclamaba la deuda, oponer el crédito contra el insolvente, como una aplicación específica del derecho de retención. Y en el mismo sentido Las Partidas, al tratar del depósito, equiparaban la compensación a la prenda, v. Reaseguro, quiebra y compensación: (Consideraciones acerca de la posición del reasegurador-vida en la quiebra de la entidad cedente), *ob. cit.*, 407 y 408.

⁵ Aunque, como afirma GARRIDO (2000), [P]or razones que solo la evolución histórica y económica pueden explicar, el principio de preferencia ha desplazado de tal manera al principio de proporcionalidad que ha de dudarse, incluso, de su existencia real en la mayoría de los ordenamientos actuales, entre ellos el español, v. *Tratado de las preferencias del crédito*, Madrid: (Civitas), 33. Y, especialmente, del mismo autor, *Preferenza e proporzionalità nella tutela del crédito*, Milano: Giuffrè, sobre todo, 279 y sigs. La satisfacción de los acreedores a prorrata solo existe dentro de cada clase o categoría de créditos, fuera lo que existen son privilegios o causas de preferencia.

⁶ V. URÍA, R. (1950), Reaseguro, quiebra y compensación: (Consideraciones acerca de la posición del reasegurador-vida en la quiebra de la entidad cedente), *ob. cit.*, 401 a 408, quien esgrime importantes argumentos para «encajar en el marco legal español» la compensación de créditos y deudas del quebrado después de la declaración de quiebra. De un lado, en orden a la exigencia de que no concurra sobre ninguna de las deudas retención o contienda promovida por terceros y notificada oportunamente al deudor (art. 1196-5.º CC), considera que el requisito está pensado para los créditos litigiosos, pero no para la quiebra. De otro, con respecto al argumento de la indisponibilidad del quebrado, que se funda en la necesidad de destinar los bienes que integran la masa activa de la quiebra a la satisfacción de los acreedores conforme al principio de *par condicio creditorum*, se pone de manifiesto que el mismo principio rige en los sistemas de tipo germánico y ello no obsta para que se reconozca el juego de la compensación en la quiebra; como tampoco fue obstáculo para admitir la compensación en el Derecho de quiebras italiano.

V., también, URÍA/MENÉNDEZ/BELTRÁN (2001). Efectos de la declaración de quiebra. En el *Curso de Derecho mercantil*, T. II, Madrid: Civitas, 941 y 942.

⁷ RUBIO, J. (1955), La declaración de quiebra y los créditos pendientes, en http://www.cnotarial-madrid.org/nv1024/paginas/TOMOS_ACADEMIA/010-09-RUBIO_GARCIA-MINA-JESUS_10_1959.pdf, 237 a 241.

⁸ La compensación funcionaría, por tanto, como una «causa de preferencia atípica», que carecería de publicidad y que, además, favorecería a los acreedores profesionales. En consecuencia, no se podría admitir la compensación como regla general, no tanto porque atente contra el principio de igualdad de los acreedores, cuanto porque atenta contra el principio de tipicidad de las causas de preferencia, v. GARRIDO (2000), *Tratado de las preferencias del crédito*, *cit.*, 521 a 524.

En este sentido, también, DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, N. (2005). La compensación en la Ley Concursal. Régimen general y excepciones. Libro Homenaje a Manuel Olivencia: *Estudios sobre la Ley Concursal*, T. III, Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2637 y 2638.

⁹ Artículo 58. Prohibición de compensación.

Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración.

En caso de controversia en cuanto a este extremo, esta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal.

¹⁰ El hecho de que el procedimiento de concurso de acreedores presente diferencias sustanciales con la quiebra no impide adoptar igualmente una solución contraria al juego de

la compensación una vez abierto el procedimiento. A mayor abundamiento, la drástica poda de privilegios que caracteriza la Ley Concursal y la preeminencia que se da al principio de igualdad de tratamiento de los acreedores que, con arreglo a la propia exposición de motivos (epígrafe V), ha de constituir la regla general del concurso», de modo que «sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas, ponen de manifiesto la imposibilidad de admitir privilegios o preferencias no reconocidos por la norma, v. LÓPEZ ORTEGA, R. (2005). La compensación en el concurso. Libro Homenaje a Manuel Olivencia: *Estudios sobre la Ley Concursal*, T. III, Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2841 a 2869.

¹¹ V. GALÁN LÓPEZ, C. (2005). Algunas cuestiones en torno al régimen de compensación de créditos en la Ley Concursal de 2003. Libro Homenaje a Manuel Olivencia: *Estudios sobre la Ley Concursal*, T. III, Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2737 a 2763.

¹² En los tribunales, se mantiene por algunos que «la prohibición legal no podría quedar sin efecto por el hecho de que el contrato de descuento de efectos sea suscrito y autorizado por los administradores concursales, pues su intervención no puede suponer la derogación de una norma legal. Permitir la eficacia de los acuerdos de compensación al margen del concurso cuando este ya se ha iniciado supondría una infracción de la *par condicio creditorum*, al habilitar una vía de pago ajena al procedimiento concursal», v. SAP de Valencia de 20 de junio de 2011. En cambio, otros consideran que son válidas las operaciones de compensación de créditos realizadas con posterioridad a la declaración de concurso cuando existe un mandato otorgado por la concursada que ampara la compensación diaria de las deudas y créditos que esta ostentase contra determinado acreedor (compensación convencional), v. SAP de Zaragoza de 11 de febrero de 2011, si bien en el caso enjuiciado se cumplían los requisitos legales para la compensación antes de la declaración de concurso.

¹³ V., por todas, la SJM núm. 6 de Madrid de 18 de febrero de 2013, [Autos 810/12; F.J. Vaquer Martín].

¹⁴ V. BERMEJO, N. (2004). Prohibición de compensación (art. 58). En: Rojo/Beltrán, *Comentario de la Ley Concursal*, T.I. Madrid: Civitas, 1084 a 1097.

Con el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, que traspuso la Directiva 2002/47/CE, se introduce otra regla especial que excepciona la prohibición de compensación para los acuerdos marco de operaciones financieras y para las garantías financieras ligadas a esos acuerdos. Ante el contrato marco, se produce la sustitución de la pluralidad de deudas y créditos recíprocos procedentes de determinadas operaciones financieras por una única deuda o crédito cuyo importe será la suma neta de los importes de cada una de las deudas y créditos recíprocos derivados de esas operaciones financieras; operativa que tendrá plena vigencia aun en caso de concurso de cualquiera de las partes del acuerdo. De este modo, declarado el concurso de cualquiera de los partícipes del acuerdo, se incluirá como crédito o deuda, según corresponda, el importe neto de las operaciones financieras que integran el contenido del acuerdo, calculado conforme a las reglas establecidas en el mismo (arts. 5 y 16 RDL 5/2005). Junto a ello, al amparo de la regla especial, es posible pactar la compensación como mecanismo de garantía financiera constituida sobre efectivo, valores u otros instrumentos financieros y con el fin de garantizar operaciones financieras (arts. 6 y 15 RDL 5/2005), v. SANCHO GARGALLO, I. (2012) *Compensación de créditos*. En Beltrán/García-Cruces, *Enciclopedia de Derecho concursal*, T.I. Pamplona: Aranzadi, 470.

Para una visión jurisprudencial de la compensación en los primeros años de aplicación de la Ley Concursal, v. BELTRÁN/SÁNCHEZ PAREDES (2009). *Cinco años de aplicación de la Ley Concursal*. Cizur Menor: Civitas, 532 a 547. También, ROJO/BELTRÁN (2013). *Legislación y jurisprudencia concursales*. Pamplona: Aranzadi, 177 a 183.

¹⁵ La reforma obedece a la pretensión de dejar sin efecto la doctrina del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (Resoluciones de 28 de junio de 2004, 19 de octubre de 2005, 24 de abril de 2006 y 22 de junio de 2009) que negaba efectos a la compensación de los créditos públicos concursales acordada por la Administración después de la declaración de concurso (en aplicación de esta doctrina puede citarse la SJM núm. 1 de San Sebastián de 29 de octubre de 2008 y la SAP de León de 10 de junio de 2010). En consecuencia, tras la reforma, no podrá ser obstáculo para la compensación que el acto administrativo que la declare sea posterior a la declaración de concurso, siempre que los requisitos para com-

pensar se hubieran cumplido con anterioridad a la declaración de concurso, v. SANCHO GARGALLO, I. (2012) *Compensación de créditos*, cit., 470.

V. STS de 18 de febrero de 2013, en relación con las facturas rectificadas de IVA, en las que se deduce del IVA soportado, el IVA repercutido por los acreedores por las facturas no pagadas, en el *ADCo.*, núm. 30, 433 y 434. Asimismo, la STS de 22 de julio de 2013, en el *ADCo.*, núm. 31, 577 a 582. Para que proceda la compensación los créditos y deudas han de corresponder a liquidaciones del mismo periodo de tiempo, v. STS de 11 de enero de 2018.

¹⁶ Un texto que está sujeto a inminente reforma para la necesaria adaptación del Derecho concursal español a la Directiva 2019/1023, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva 2017/1132, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades. La labor de incorporación del Derecho europeo ha desembocado en el Proyecto de Ley de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal de 14 de enero de 2022, en el que, en principio, no se contemplan cambios en el régimen de los efectos del concurso sobre los créditos y, específicamente, en materia de compensación.

¹⁷ V. STS de 21 de junio de 2013 [Recurso 449/11; ponente: F.J. ORDUÑA MORENO] en el *ADCo.*, núm. 33, 602 a 606, en la que el Tribunal entiende, en base a una «interpretación razonable» del artículo 58 de la Ley Concursal, que «la prohibición de compensación no alcanza a la que se produce como consecuencia misma de la liquidación de una misma relación contractual». También, en la sentencia de 15 de abril de 2014 [Recurso 877/12; ponente: S. SASTRE PAPIOL] —*ADCo.*, núm. 33, 615 a 617—, se admite la compensación entre la fianza arrendaticia y el crédito que el arrendador ostenta frente a la concursada arrendataria, en base a que no estaríamos ante una forma de extinción de obligaciones, sino ante un mecanismo de liquidación del contrato de arrendamiento resuelto por sentencia firme con anterioridad a la declaración de concurso. En la sentencia de 30 de mayo de 2014 [Recurso 724/2012; ponente: J.R. FERRÁNDIZ GABRIEL], no se aplica la prohibición de compensación al supuesto de compensación judicial cuando el proceso es necesario para resolver la relación contractual —contrato de obra— en la que una de las partes ha sido declarada en concurso, aunque el proceso en el que se liquidó el contrato concluyó con posterioridad a la apertura del procedimiento concursal, v. *ADCo.*, núm. 34, 658 y 659. Y, en el mismo sentido, STS de 24 de julio de 2014 [Recurso 2912/2012; ponente: I. SANCHO GARGALLO], en *ADCo.*, núm. 35, 337 a 340; STS de 17 de octubre de 2018 [Recurso 3099/2015; P. J. VELA TORRES], *ADCo.*, núm. 46, 297 a 303; y STS de 5 de marzo de 2019 [Recurso 2334/2016; ponente: I. SANCHO GARGALLO], en *ADCo.*, núm. 48, 456 a 560. Finalmente, en la STS de 21 de marzo de 2019 [Recurso 1594/2016; ponente: I. SANCHO GARGALLO], *ADCo.*, núm. 48, 460 a 468, se recoge como *doctrina jurisprudencial* la de que queda excluida la prohibición de compensación cuando la compensación se produce como consecuencia de la liquidación de una misma relación contractual de la que han podido surgir obligaciones para una y otra parte, aunque la determinación del importe de una de estas obligaciones se declare en un procedimiento judicial posterior a la declaración de concurso de una de las partes.

¹⁸ Así se ha puesto de manifiesto por CARRASCO, A. (2020). La «tela de Penélope» del texto refundido concursal: ahora, la compensación postconcursal, en <https://www.ga-p.com/publicaciones/la-tela-de-penelope-del-texto-refundido-concursal-ahora-la-compensacion-postconcursal/>, (última consulta 12 de abril de 2022).

¹⁹ En BERMEJO (2004), encontramos ya una interpretación «superadora de la ley», derivada de aquellas excepciones a la prohibición de compensación que tradicionalmente se habían aceptado por la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia relativas a las obligaciones conexas o *ex eadem causa*. Se trataría de obligaciones que procederían del mismo núcleo obligacional, y en las que resulta evidente la funcionalidad de la compensación como mecanismo de garantía, ya que, antes de la declaración de concurso, se genera entre las partes de la relación jurídica una expectativa de compensación que sería digna de protección, v. Prohibición de compensación, (art. 58), cit., 1099 a 1102.

Posteriormente, SANCHO GARGALLO (2012) mantiene que «también es posible que, a pesar de faltar alguno de los requisitos legales, pueda acordarse la compensación por haberse pactado así entre las partes, ordinariamente como mecanismo de garantía: se con-

cede crédito teniendo en cuenta la existencia de deudas anteriores con las que se podría compensar», v. Compensación de créditos, *cit.*, 470.

²⁰ V., entre otros, DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, N. (2005). La compensación en la Ley Concursal. Régimen general y excepciones, *cit.*, 2639 y 2640.

²¹ V., por todos, BELTRÁN, E (2004). Créditos concursales y créditos contra la masa (art. 84). En: Rojo/Beltrán, *Comentario de la Ley Concursal*, T. I. Madrid: Civitas, 1505; y de (2012). Créditos contra la masa. En Beltrán/García-Cruces, *Enciclopedia de Derecho concursal*, T.I, Pamplona: Aranzadi, 890. También, entre otras, la SAP de Barcelona de 23 de septiembre de 2008. Para que proceda la compensación habrán de cumplirse los requisitos civiles para compensar y las reglas concursales para el pago de créditos contra la masa, esto es, el criterio del pago al vencimiento, v., a estos efectos, la SAP de Oviedo de 19 de octubre de 2009.

Ahora bien, hay que tener presente que es doctrina consolidada del Tribunal Supremo la que establece que, una vez abierta la fase de liquidación del concurso, no cabe iniciar ejecuciones separadas de créditos contra la masa y no procede ni el embargo ni la compensación con este fin, v., las Resoluciones de 26 de febrero y 24 de septiembre de 2019 del Tribunal Económico Administrativo Central que recoge esa doctrina al objeto de delimitar la autotutela ejecutiva de la administración, en *ADCo.*, núm. 50, 493 a 521.

²² No obstante, no han faltado juzgados que han considerado que «en relación a una eventual compensación de créditos y deudas del concursado, corresponderá a la parte que invoca la compensación acreditar la concurrencia de los requisitos del artículo 1195 del Código Civil antes de la declaración de concurso, no siendo, además, el cauce del incidente de impugnación de la lista de acreedores, el medio procesal oportuno, al igual que tampoco lo es para el reconocimiento de los créditos contra la masa», v. SJM núm. 1 de Alicante de 10 de junio de 2010.

²³ V. GÓNZALEZ-CARRERÓ FOJÓN, P. (2018). Los efectos de la declaración de concurso sobre los créditos. En Campuzano/Sanjuán y Muñoz (dirs.), *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*, Valencia: Tirant lo Blanch, 481. Entre los juzgados y tribunales se impone esta tesis, así, entre otras, SJM núm. 1 de Pontevedra de 15 de febrero de 2010, SJM núm. 1 de Santander de 28 de febrero de 2007, AJM núm. 1 de Oviedo de 13 de marzo de 2007 y AAP de Córdoba de 11 de mayo de 2009.

²⁴ La consecuencia de esa preclusión sería que, si la concursada ejerce la acción ante el juzgado de primera instancia para reclamar el pago al acreedor, este ya no tendría la posibilidad de oponer la compensación, así lo recoge la SAP Oviedo de 28 de noviembre de 2008. Y, con carácter general, la SAP de Barcelona de 23 de junio de 2011 entiende que, aún en el supuesto de que los requisitos de la compensación concurrieran con anterioridad a la declaración de concurso, debe rechazarse dicha pretensión ya que ni la lista de acreedores ni el inventario elaborado por la administración concursal fueron impugnados por no haber operado la compensación.

²⁵ En la doctrina, BERMEJO (2004) consideraba que «si, por cualquier circunstancia —por ejemplo, por error— el acreedor comunicara la totalidad de su crédito al concurso, solamente podría compensar por la cuota que le corresponde en la liquidación. Esa comunicación habría de ser entendida como una renuncia a la facultad de compensar ya ganada», v. Prohibición de compensación (art. 58), *cit.*, 1098.

²⁶ V. SAP de Pontevedra de 25 de noviembre de 2010 y, sobre el supuesto de falta de comunicación del crédito, la SAP de Palencia de 11 de octubre de 2010, donde se dice que la falta de reclamación de un crédito no puede suponer que el acreedor pierda su derecho.

²⁷ En este sentido, se habían manifestado los tribunales, por ejemplo, la SAP de Vizcaya de 31 de marzo de 2011, en la que se afirma que la compensación podrá producirse aunque el acreedor haya insinuado su crédito, y que la renuncia a la compensación habrá de ser terminante, clara y precisa, sin que pueda deducirse del mero hecho de la comunicación del crédito. Dicha comunicación no altera, modifica o extingue otras relaciones jurídicas que pudieran existir entre las partes, por lo que al acudir a la compensación no se conculca la doctrina de los actos propios. Posteriormente, en la STS de 5 de marzo de 2019 [Recurso 2334/2016; ponente: I. SANCHO GARGALLO], se dice que la comunicación del crédito sin invocar la compensación no permite considerar precluido el derecho a compensar, v. *ADCo.*, núm. 48, 456 a 460.

²⁸ Procesalmente, la compensación podría alegarse de dos formas: mediante demanda reconvenzional, en virtud de la cual se declare la existencia de una deuda del demandado reconvenzional a favor del actor reconvenzional y se produzca, en su caso, la compensación entre ambas deudas; y mediante una excepción perentoria, por la que se alega la existencia de una deuda del actor a favor del demandado, como hecho que impide la reclamación total del actor.

²⁹ V. GÓZALEZ-CARRERÓ FOJÓN, P. (2018). Los efectos de la declaración de concurso sobre los créditos, *cit.*, 482.

No obstante, no faltan opiniones en contra, así, la SAP de Madrid de 9 de mayo de 2011, en la que se considera que el juez de primera instancia carece de competencia objetiva para decidir si un determinado crédito a favor o en contra de la concursada resulta compensable. La competencia pertenece al juez del concurso, que deberá resolver la cuestión por el cauce del incidente concursal. En el mismo sentido, la SAP de Barcelona de 23 de junio de 2011 y la SAP de Salamanca de 27 de marzo de 2012, que especifica: sin que de ello se derive la incompetencia del juzgado de primera instancia para conocer de la acción de reclamación de cantidad ejercitada por la entidad concursada.

³⁰ V., *supra*, núm. 17.

³¹ [Recurso 4637/2018; ponente: I. SANCHO GARGALLO], en *ADCo.*, núm. 55, 329 a 333.