

LA COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS EN EL CONCURSO DE ACREEDORES: MOMENTO PARA SU EJERCICIO Y SU POSIBLE ALEGACIÓN FRENTE A UNA DEMANDA INICIADA POR LA CONCURSADA ANTE UN JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA

Enrique Gadea Soler
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Deusto

Fecha de recepción: 8 de junio de 2021
Fecha de aceptación: 30 de junio de 2021

RESUMEN: Previo análisis del fundamento de la prohibición de compensación y de sus requisitos, el objetivo que se persigue con este trabajo es, por una parte, abordar desde una perspectiva práctica las excepciones a la prohibición de compensación de créditos concursales; y, en especial, la que se refiere a los créditos y deudas que nacen de una misma relación jurídica. Y, por otra, dar respuesta, sobre la base de los pronunciamientos realizados por el Tribunal Supremo, a cuestiones controvertidas como son: el momento para su ejercicio y su posible alegación frente a una demanda iniciada por la concursada ante un juez de primera instancia.

ABSTRACT: After analyzing the basis of the prohibition of set-off and its requirements, the aim of this paper is, on the one hand, to address from a practical perspective the exceptions to the prohibition of set-off of bankruptcy claims; and that which refers to claims and debts arising from the same legal relationship. And, on the other hand, to respond, based on the pronouncements made by the Supreme Court, to controversial questions such as: the moment for its exercise and its possible allegation against a claim initiated by the insolvent party before a judge of first instance.

PALABRAS CLAVE: La prohibición de compensación, sus excepciones, momento para su ejercicio y la forma de alegación en juicio.

KEYWORDS: The prohibition of set-off, its exceptions, the time for its exercised the form of pleading in court.

SUMARIO: 1. Objeto del presente trabajo 2. La prohibición de la compensación en el concurso de acreedores: Los requisitos para su admisión y sus excepciones 3. Momento para la alegación de la compensación en el concurso 4. La alegación de compensación frente a una demanda iniciada por la concursada ante un juez de primera instancia: juzgado competente para conocerla y forma de alegación en el proceso 5. Bibliografía.

1. OBJETO DEL PRESENTE TRABAJO

En este trabajo no nos proponemos realizar un estudio exhaustivo de la compensación de créditos, sino únicamente contextualizar el tema de la prohibición de la compensación en el ámbito concursal, considerando su alcance, contenido y sus excepciones, para, posteriormente, analizar dos cuestiones controvertidas, como son: el momento para su ejercicio en el concurso y su posible alegación frente a una demanda iniciada por la concursada ante un juez de primera instancia, y todo ello, con finalidad práctica, sobre la base de los pronunciamientos realizados sobre cada cuestión por el Tribunal Supremo.

2. LA PROHIBICIÓN DE COMPENSACIÓN EN EL CONCURSO DE ACREEDORES: LOS REQUISITOS PARA SU ADMISIÓN Y SUS EXCEPCIONES

La compensación, regulada de manera general en los artículos 1195 a 1202 del Código Civil (en adelante, CC)¹, aparece configurada en nuestro Derecho (concretamente, en el artículo 1156 del CC) como un modo de extinción (de pago) de dos deudas homogéneas de aquellas personas que sean recíprocamente deudoras y acreedores la una de la otra².

Esta circunstancia explica la regla de la prohibición de compensación en el ámbito concursal. En nuestro ordenamiento, el legislador se ha decantado por la concepción latina de compensación, que la considera como un medio de pago, lo que no permite admitir su operatividad a partir de la declaración de concurso, dado que, lo contrario, atentaría contra el principio de igualdad de trato (*par conditio creditorum*), en virtud del cual los acreedores del concursado solo pueden cobrar dentro del procedimiento sometidos a la “ley del dividendo”³. Con ello, se ignora la dimensión de garantía de la compensación, seguida por la concepción germánica y por recientes reformas concursales, que permite invocar también la compensación en el procedimiento cuando sus requisitos concurren con posterioridad a la declaración de concurso.

En la actualidad, la cuestión de la compensación de créditos en el concurso se encuentra regulada en el artículo 153 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (en adelante, TRLC), que se corresponde con el artículo 58 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC). Del precepto se desprende que la compensación producirá efectos en aquellos supuestos en que los requisitos necesarios para que opere (los requisitos legales o los fijados en un convenio de compensación⁴) hubieran existido antes de la declaración de concurso, aunque se haga uso de esa facultad después de la misma, descartando la posibilidad de compensación en los casos en que los requisitos referidos concurriesen una vez declarado el concurso. Por tanto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 153 del TRLC, para que la prohibición de compensación pueda ser superada en el concurso deben darse las dos condiciones siguientes: el cumplimiento de ciertos requisitos y que dichos requisitos concurren antes de la declaración de concurso.

¹ Para un comentario detallado de los artículos del Código Civil se remite a VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., “Comentario de los artículos 1195 a 1202” en PAZ-ARES/DÍEZ-PICAZO/ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO/ SALVADOR CODERCH (dirs.), *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 279-294.

² El fundamento último de la compensación se encuentra en la deslealtad del comportamiento de quien reclama un crédito siendo al mismo tiempo deudor del demandado, pues es contrario a la buena fe pedir aquello mismo que luego ha de ser restituido: así, DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Vol. 2 (Las relaciones obligatorias), Ed. Thomson-Cívitas, Madrid, 2008, pp. 536 y ss.

³ GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., *Efectos del concurso sobre los créditos: compensación, suspensión del devengo de intereses e interrupción de la prescripción*, 1ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 15 y ss.

⁴ Como señalan ARROYO, I. y MORRAL, R., (*Teoría y Práctica del Derecho Concursal*, Tecnos, Madrid, 2012, p.86): La prohibición alcanza tanto a la compensación legal como a la convencional, pues la LC no hace distinciones.

Los requisitos para que pueda invocarse la compensación legal en el concurso no son otros que los previstos en los artículos 1195 y 1196 CC, de los que, en resumen, se desprende que es necesario que se trate de créditos recíprocos, homogéneos, vencidos, líquidos y exigibles:

1. El requisito de la reciprocidad (artículos 1195 y 1196.1º del CC) exige que cada uno de los obligados lo esté principalmente y que sea a la vez acreedor principal del otro. Por ello, como regla general, solo podrán beneficiarse de la compensación dichos sujetos y no los terceros⁵.

2. La homogeneidad (artículo 1196.2º) se refiere a que las obligaciones objeto de compensación consistan en una cantidad de dinero o, siendo fungibles las obligaciones debidas, sean de la misma especie y de la misma calidad, si ésta se hubiese designado. Como se indica en la STS 315/2021, de 13 de mayo, en el F.J. 2º, las prestaciones debidas de cada una de las obligaciones deben ser de la misma naturaleza, homogéneas y fungibles. En el ámbito concursal, no es obstáculo para la compensación que los créditos tengan distinta calificación: por ejemplo, que uno sea calificado como ordinario y otro como subordinado.

3. El vencimiento de las dos deudas, (artículo 1196.3º del CC), como se apunta en la STS 129/2019, de 5 de marzo, se produce: *“por haberse cumplido el término pactado en las deudas a plazo (artículo 1125 del CC) o por haberse purificado la obligación en las obligaciones sujetas a condición (artículos 1113 y 1114 del CC)”*.

4. Los requisitos de la liquidez y el de la exigibilidad (artículo 1196.4º del CC) se concretan en lo siguiente: el primero se refiere a que la cuantía de la deuda esté determinada o, si no lo estuviese, que pueda determinarse mediante operaciones aritméticas sencillas. Si se ignora el qué o el cuánto de lo debido, no cabe la compensación, ya que se desconoce el montante de la deuda. El segundo requisito, el de la exigibilidad, hace referencia a que los respectivos acreedores puedan reclamar el cumplimiento de la obligación con eficacia jurídica (en ese sentido, la STS 315/2021, de 13 de mayo).

5. Se exige, por último, que sobre ninguna de las deudas haya retención o contienda promovida por terceras personas y notificada oportunamente al deudor (artículo 1196. 5º), dado que la intervención judicial impide el pago liberatorio y, por tanto, la compensación.

Según la STS 1860/2021, de 13 de mayo: *“Los requisitos exigidos por el Código civil para que pudiera existir una compensación legal son los siguientes: i) (Que) las prestaciones debidas en virtud de cada una de las obligaciones sean de la misma naturaleza, homogéneas y fungibles, así se desprende del apartado 2.º del artículo 1196 CC, cuando exige que “ambas deudas consistan en una cantidad de dinero, o, siendo fungibles las cosas debidas, sean de la misma especie y también de la misma calidad, si ésta se hubiese designado”; ii) las deudas sean líquidas (artículo 1196.4º CC), en cuanto que exista una certeza sobre su cuantía o pueda conocerse mediante sencillas operaciones aritméticas; iii) estén vencidas (artículo 1196.3º CC) por haberse cumplido el término pactado en las deudas a plazo (artículo 1125CC) o por haberse purificado la obligación en las obligaciones sujetas a condición (arts. 1113 y 1114 CC); y iv) resulten exigibles (artículo 1196.4º CC), esto es, pueda ser reclamado su cumplimiento con eficacia jurídica, por sus respectivos acreedores”*.

⁵ Como señala BERMEJO GUTIÉRREZ, N., “Comentario al artículo 58”, en ROJO/ BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Vol. 1, Cívitas, Madrid, 2004, pp.1084-1102: “Los terceros únicamente podrán sólo podrán beneficiarse de ella cuando el derecho material así lo contemple. Los ejemplos más significativos en este punto son, por una parte, el caso del fiador (artículos. 1853 y 1197 CC) y, por otra, el del deudor cedido (artículo 1198 CC) En el caso del fiador, éste podrá invocar frente al concursado la situación objetiva de compensación producida antes de la declaración de concurso entre el acreedor y el deudor insolvente.... También el fiador podrá compensar su obligación frente al acreedor con su propio derecho de crédito, pues una vez perdido el beneficio de excusión, responde a título principal frente al acreedor. En los supuestos de *cesión*, el deudor cedido podrá invocar la compensación frente al cesionario cuando haya adquirido su expectativa de compensación antes de que tuviera conocimiento de la cesión, o habiéndole sido ésta notificada, si la cesión se produjo sin su consentimiento (artículo 1198-II y III CC). En esencia, esto significa que Cayo podrá invocar en el concurso de Ticio la situación objetiva compensación anteriormente producida, cuando Cayo concedió crédito a Ticio sobre la expectativa de poder compensar con una deuda anterior e ignorando que Ticio había cedido su crédito a Sempronio”.

Dejando al margen supuestos de concurrencia menos frecuente en la práctica, como son los del artículo 727 del TRLC, como excepción a la prohibición de compensación de créditos concursales, cabe destacar los previstos en el artículo 153.2 del TRLC, que se refieren a los créditos y deudas que nacen de una misma relación jurídica. Además, la prohibición tampoco se aplica a los créditos contra la masa, que no se integran en la masa pasiva del concurso y no se sujetan a las reglas de la *par conditio creditorum*, por lo que pueden ser pagados al margen de la solución concursal, ya sea el convenio o la liquidación, ni después de la aprobación del convenio, mientras no haya declaración de cumplimiento ni incumplimiento, respecto de las cantidades novadas (por la quita) y vencidas. A continuación, nos referiremos de forma específica a cada una de esas situaciones:

1. Compensación de créditos y deudas que nacen de una misma relación jurídica. En este caso, la prohibición no afecta a la compensación que 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 del concurso de una de las partes. Como ejemplos más significativos de esta situación, cabe destacar los contenidos en las siguientes sentencias del Tribunal Supremo:

a) En la STS 188/2014, de 15 de abril, la cuestión que se plantea es la de determinar si procede la aplicación de la fianza arrendaticia contra el crédito que la parte in bonis ostentaba contra la concursada. La demandada, que es la concursada, estima que no procede la compensación porque los requisitos para que opere ésta no son anteriores a la declaración del concurso. Por ello, entiende que el importe de la fianza debe figurar en el activo de la concursada e incrementarse el crédito del arrendador en esa cantidad en la lista de acreedores. Sin embargo, el Tribunal Supremo considera que la no concurrencia de los requisitos antes de la declaración del concurso no hubiese impedido que operara la compensación, dado que, en este caso, no se aplica la compensación como forma de extinción de obligaciones sino como mecanismo de liquidación del contrato, resuelto por una sentencia firme.

b) En la STS 428/2014, de 24 de julio, se aborda el caso de un contrato de obra concertado por la concursada (contratista), en el que se pactó que la propiedad realizaría una serie de retenciones en garantía de las penalizaciones en que pudiese incurrir la contratista por el incumplimiento del plazo convenido para la terminación y entrega de las obras. En el incidente concursal, y en el posterior recurso de apelación, planteado por la propiedad, se declara que la contratista concursada ha incumplido las obligaciones dimanantes del contrato en lo que respecta a plazo de ejecución, calidad y terminación de las obras, si bien ni el juzgado mercantil ni la audiencia acceden a la compensación de las cantidades adeudadas por una y otra parte (en concreto: de retenciones y adeudo por penalización), por entender que contrariaba la prohibición del artículo 58 LC.

No obstante, presentado recurso de casación por la propiedad, el Tribunal Supremo estima el recurso, al considerar que señala: *“... este régimen no se aplica a la compensación que se produce como consecuencia de la liquidación de una misma relación contractual, de la cual 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. En este sentido nos pronunciamos en la sentencia 188/2014, de 15 de abril, al afirmar que más que una compensación es un mecanismo de liquidación de un contrato ya resuelto”*.

Y a continuación añade: *“Es lógico que si la parte del crédito que el comitente adeuda al contratista por la ejecución de la obra ha sido retenida, de acuerdo con lo pactado, en garantía del cumplimiento puntual de la obligación asumida por el contratista de ejecución y entrega de la obra, y, por ende, de la satisfacción de la pena pactada en caso de retraso, aunque su importe se determine después de la declaración de concurso del contratista, el dueño de la obra puede aplicar aquellas cantidades retenidas al pago de la indemnización por retraso”*.

c) En la STS 473/2017, de 20 de julio, en el marco de un contrato de concesión de venta de vehículos y de servicios de preventa y postventa, se plantea, tras la quiebra de la concesionaria, si la compensación de las deudas y obligaciones operadas en su relación negocial responde a una propia compensación legal (artículo 1196 del Código Civil), o más bien a una compensación contable del sistema de cuenta corriente establecido entre las partes.

La operativa práctica observada durante la ejecución del contrato muestra que las ventas de vehículos y piezas no eran pagadas en el momento de la entrega, ni tampoco las facturas que emitía concesionaria concursada a la marca, sino que se giraban para el pago a 90 días. Es más, en la gran mayoría de las facturas aportadas con la demanda de la Sindicatura consta «modo de pago: compensación».

Por eso, se declara en la sentencia que: *“En el presente caso, en realidad, no nos encontramos ante una compensación propiamente dicha, esto es, un subrogado del pago en el que una deuda se extingue hasta donde concurre con otra distinta, cuando cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez acreedor principal del otro, cumpliéndose los demás requisitos previstos en el artículo 1196 del Código Civil.*

Por el contrario, ... se está ante un supuesto de liquidación de una única relación contractual de la que han surgido obligaciones para una y otra parte. En las sentencias 188/2014, de 15 de abril, y 428/2014, de 24 de julio, hemos declarado que en estos supuestos, incluso en el caso de que se tratara de una relación contractual de la que surjan créditos de carácter concursal, nos encontramos ante un mecanismo de liquidación del contrato y no ante compensaciones, propiamente dichas, a las que le sea aplicable el artículo 58 LC.

A mayor abundamiento, además esta liquidación se realiza a través del sistema de compensación de una cuenta corriente establecida por las partes En este sentido, la compensación propia del sistema de cuenta corriente de crédito queda excluida de la prohibición legal porque el efecto inherente al sinalagma contractual determina que los ingresos efectuados en la cuenta compensan automáticamente el saldo deudor generado por el crédito dispuesto.

Compensación contable, derivada de la cuenta corriente, que queda excluida de la quiebra ..., por lo que no se infringe el principio de par condicio creditorum”.

d) En la STS 175/2019, de 21 de marzo, se trata otro caso de contrato de ejecución de obra, en el que encontrándose en curso una demanda planteada por el contratista por impago de la ejecución de la obra y una reconvencción interpuesta por el comitente por penalizaciones por retraso e indemnizaciones por vicios y defectos de construcción, el contratista es declarado en concurso. Lo que se discute es si cabe la compensación del crédito que respecto a la ejecución de las obras se reconoce al contratista con los créditos que respecto de la misma obra se reconoce a la propietaria por penalización por retraso y por partidas no ejecutas, facturas duplicadas o erróneas. La Audiencia niega la procedencia de esta compensación por la prohibición del artículo 58 LC. Pero, como se señala nuevamente en la sentencia del Tribunal Supremo *“... esta prohibición de compensación no opera en supuestos, como el presente, de liquidación de una relación contractual. Así, esta sala expresamente ha excluido del régimen de prohibición de compensación del artículo 58 LC los casos en que la compensación se produce como consecuencia de la liquidación de una misma relación contractual, de la cual 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 (sentencia 428/2014, de 24 de julio). En realidad, más que una compensación es un mecanismo de liquidación de un contrato ya resuelto (sentencia 188/2014, de 15 de abril)”.*

2. Compensación de créditos contra la masa. La prohibición de compensación solo alcanza a los créditos concursales (artículo 49 LC/ artículo 251.1 TRLC), pero no a los créditos contra la masa, que, por su

propia naturaleza, no forman parte de la masa pasiva y por ello no les alcanzan los efectos que respecto a los créditos concursales genera la declaración de concurso⁶. En esa línea, se pronuncia la STS 181/2017, de 13 de marzo, cuando dice: *“Debemos recordar lo que afirmamos en la sentencia 428/2014, de 24 julio, con cita de la 46/2013, de 18 de febrero .En principio, la declaración de concurso produce, entre otros efectos, que los créditos anteriores frente al deudor común formen parte de la masa pasiva (artículo 49 de la Ley Concursal) y para su cobro, una vez reconocidos como créditos y clasificados, estén afectados por la solución concursal alcanzada (convenio o liquidación). Estos créditos concursales están sujetos a las reglas de la par condicio creditorum, que impiden, en principio y salvo excepciones, su pago al margen del convenio o la liquidación. Esa es la razón por la que el artículo 58 de la Ley Concursal prohíbe la compensación de los créditos y deudas del concursado, salvo que los requisitos de la compensación hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso.*

Pero si el crédito no es concursal, sino contra la masa, no se integra en la masa pasiva del concurso, no está sujeto a las reglas de la par condicio creditorum, y puede ser pagado al margen de la solución concursal alcanzada, sea la de convenio o la de liquidación”.

Por ello, en el caso específico de la resolución de un contrato en interés del concurso, la STS 431/2019, de 17 de julio, declara que: *“Si en un incidente concursal de resolución de un contrato en interés del concurso, la sentencia de apelación reconoce un crédito contra la masa a la parte in bonis frente a la concursada y otro de la concursada frente a la parte in bonis, la Audiencia puede, en la propia sentencia, aplicar la compensación de uno y otro crédito hasta la cantidad concurrente”.*

3. La Prohibición de compensación tampoco se aplica después de la aprobación del convenio, mientras no haya declaración de cumplimiento ni incumplimiento, respecto de las cantidades novadas (por la quita) y vencidas. Se refiere a este supuesto la STS 229/2016, de 8 de abril, en el que, en síntesis, se plantea lo siguiente: La concursada interpone frente a un acreedor una acción de reclamación de las rentas debidas. La demandada no niega la deuda, pero alega su extinción por compensación de créditos, dado que tiene un crédito a su favor, por cuantía superior, que le fue reconocido en el concurso de la actora, en el que se había aprobado el convenio. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación y admite la compensación del crédito que la demandada tenía frente a la actora y que estaba ya vencido e impagado conforme al propio calendario de pago contenido en el convenio, por lo que declara extinguidos ambos créditos en la cantidad concurrente. La concursada recurre en casación ante el Tribunal Supremo, que desestima el recurso sobre la base de la siguiente argumentación: *“Conforme al artículo 133.2 LC, el principal efecto derivado de la aprobación del convenio previamente aceptado por los acreedores consiste en el cese de los efectos del concurso; salvo los deberes de colaboración e información del artículo 42 LC, y excepto los efectos que se puedan establecer en el propio convenio en cada caso específico. Conforme al artículo 134.1 LC, el deudor queda obligado al cumplimiento del convenio; y en cuanto a los acreedores concursales, se ven vinculados por el convenio los ordinarios y subordinados...*

La quita concursal no produce la extinción de la obligación, y no puede considerarse la remisión que se acuerde en un convenio como una condonación, ni como una novación extintiva. Es una novación modificativa, basada en la renuncia de los acreedores a exigir el pago al deudor (pacto de non petendo). Como consecuencia de ello, si el convenio se incumple y se abre la fase de liquidación, desaparecen estos efectos sobre los créditos (artículo 140.4LC). Si el convenio se cumple parcialmente, en la liquidación se tendrán por legítimos los pagos parciales efectuados, salvo que se probara la existencia de fraude, contravención del convenio o alteración de la igualdad de trato a los acreedores (artículo 162.1 LC). Mientras que si el convenio se cumple íntegramente, y así se declara conforme al artículo 139 LC, los créditos quedarán definitivamente extinguidos.

⁶ Así, BELTRÁN, E., “Los efectos del concurso sobre los acreedores, los créditos y los contratos”, en URÍAMENÉNDEZ, *Curso de Derecho mercantil*, Tomo II, 2ª ed., Thomson-Cívitas, Cizur Menor, 2007, p. 994.

Aun cuando desde la eficacia del convenio cesan los efectos derivados de la declaración de concurso, éste no ha concluido como procedimiento, sino que subsiste en un estado que la doctrina denomina concurso yacente ; entendido como la situación en que se encuentra provisionalmente el procedimiento entre la fecha de la aprobación judicial del convenio y el auto firme que lo declara cumplido o caducadas las acciones de incumplimiento (provisionalidad que puede extenderse en el tiempo en conexión con los plazos de espera acordados).

Es en dicha situación de concurso yacente en la que, según lo declarado probado por la sentencia recurrida, se encontraba el concurso de Gymcol, S.A. cuando se dictó la sentencia de primera instancia. Y la competencia objetiva para declarar el cumplimiento o incumplimiento del convenio, correspondía en exclusiva al juez del concurso, conforme a los artículos 8,139.2,140 y 141LC.

Por ello, es cierto, como se sostiene en el recurso, que en el procedimiento judicial de reclamación de rentas, el tribunal que conocía del mismo -distinto del juez del concurso- carecía de competencia objetiva para declarar cumplido o incumplido el convenio. La sentencia recurrida no se pronunció en los términos previstos en los citados artículos 139.2,140 y141LC, y por tanto nada resolvió sobre el cumplimiento del convenio, sino que se limitó a constatar que las cantidades debidas estaban ya vencidas respecto de los propios plazos de pago estipulados en el convenio, por lo que, atendidos los mismos términos de éste, los créditos estaban compensados.

Mientras no haya declaración de cumplimiento o incumplimiento del convenio, lo único que puede declararse es la compensación de las cantidades novadas (por aplicación de la quita) y vencidas. Y eso es lo que correctamente ha resuelto la Audiencia Provincial, al aplicar no solo las normas concursales citadas, sino también los artículos 1.156, 1.195 ,1.196 y 1.202CC. Sin que ello afecte a la par conditio creditorum , porque cesados los efectos del concurso (artículo 133.2 LC) y, por tanto no aplicable ya la prohibición general del artículo 58 LC, los créditos compensables estaban comprendidos dentro de las sumas novadas y de los plazos vencidos, conforme a lo previsto en el convenio, y reunían los requisitos para ser extinguidos en la parte concurrente”.

3. MOMENTO PARA LA ALEGACIÓN DE LA COMPENSACIÓN EN EL CONCURSO

El artículo 1202 del CC establece que: *“El efecto de la compensación es extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente, aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y deudores”.* Del tenor literal de precepto podría deducirse que la compensación se produce de forma automática o *ipso iure*, sin necesidad siquiera de la voluntad de las partes. Sin embargo, tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia considera que la compensación constituye una facultad jurídica y no un efecto extintivo, desencadenado de forma automática por ministerio de la Ley. Por eso, para que la compensación sea eficaz es necesario una voluntad de actuarla por una de las partes, como lo demuestra que cabe su renuncia, que no es apreciable de oficio por los tribunales y que el pago de la deuda susceptible de compensación no es pago indebido. Lo que es cierto es que, a partir del momento en que concurren todos los requisitos de la compensación (artículos 1196 y 1196 del CC), su alegación, por vía de acción o de excepción, por el acreedor que es a su vez deudor de su deudor, que lo es por derecho propio y a título principal, genera el resultado extintivo previstos en el artículo 1156 del CC, con efectos retroactivos a la fecha en que aquellos requisitos concurren.

Como señala, entre otras, la STS 46/2013, de 18 de febrero, para interpretar el efecto automático de la compensación: *“Es cierto que, como hemos recordado en la Sentencia 953/2011, de 30 de diciembre, aunque los efectos de la compensación se producen de forma automática o ipso iure, con la extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente y una eficacia extunc, este automatismo va referido a su eficacia más que al modo de producirse la misma. De tal forma que este efecto de la compensación no se produce hasta que se haga valer por uno*

de los acreedores recíprocos, si bien en ese momento actuará como si la extinción de las prestaciones contrapuestas se hubiera verificado al tiempo de nacer la segunda de ellas. Así se entiende que la Ley prohíba, después de la declaración de concurso, la compensación de créditos y deudas del concursado que no se hubieran podido compensar antes de la declaración de concurso, por no reunir los requisitos legales o no haber sido pactado; y, al mismo tiempo, admita la compensación de créditos y deudas cuya compensación se hubiera podido hacer valer por las partes antes de la declaración de concurso, cuando se hace uso de esta facultad después”.

De lo expuesto se deduce que la alegación de la compensación por alguna de las partes es necesaria para que ésta pueda producirse, aunque ni en la LC ni en el TRLC se determina un momento concreto para interponerla. En este punto, existe discrepancia de criterio entre las Audiencias Provinciales. En algunos pronunciamientos se dice que es el trámite de comunicación de créditos cuando el acreedor deberá comunicarla y que si no lo hace en ese momento ese derecho precluye. En esa línea cabe destacar la Sentencia 89/2015, de 4 de marzo de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1ª), que declara: *“De esta forma, cabría preguntarse, en qué momento del procedimiento concursal resulta oportuno realizar esa invocación. Pues bien, parece que la respuesta más acertada a esta cuestión se encuentra en la propia Ley Concursal, la cual regula en el Capítulo III, del Título IV, a partir del artículo 84, en qué forma debe procederse a la determinación de la masa pasiva del concurso y en este particular, no cabe duda de que, habiendo concurrido o no los requisitos de la compensación con carácter previo a la declaración de concurso, en tanto en cuanto el acreedor-deudor no haga valer los efectos de esa compensación, de lo que es titular es de un crédito que en principio, siendo anterior a la declaración de concurso, es susceptible de ser integrado en la masa pasiva del concurso. Por tanto, será en el trámite de la comunicación de créditos regulado en el artículo 85, donde el acreedor deberá procurar el reconocimiento de los efectos de la compensación ante la Administración concursal. En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal (artículo 58 in fine LC).*

Aplicando esta doctrina a nuestro caso, tenemos que, en efecto, los presupuestos de la compensación legal se dan (artículo 1.196 CC) pero el efecto extintivo no (artículo 1.202 CC). Y ello es así por cuanto si bien el demandando acreedor, ..., notificó a la actora-deudora-ape-lante su interés en la compensación (doc. 28 contestación, f. 107), sin embargo, no hizo valer su derecho en el concurso, más bien lo contrario. Comunicó el crédito íntegro que ahora quiere compensar a la Administración concursal, que lo incluyó en el listado de acreedores y paso como firme a la lista de acreedores comunes (artículo 97 LC).

En consecuencia, el recurso y la demanda se estiman y no ha lugar a la pretendida compensación de créditos”.

Por el contrario, en otros pronunciamientos se indica que la excepción de compensación puede ser opuesta por el deudor en cualquier momento en que le sea reclamado el pago por el concursado, con el único condicionante de que sus requisitos existan con anterioridad a la declaración de concurso. En ese sentido, la Sentencia 527/2012, de 10 de julio de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª), que dispone lo siguiente: *“Téngase en cuenta que la excepción de compensación puede ser opuesta por el acreedor del concursado en cualquier momento que le sea reclamado el pago por el concursado, con el único condicionante de que sus requisitos existan con anterioridad a la declaración de concurso. Y es que la Ley Concursal no establece límite temporal alguno a la oposición de la excepción de compensación, ni exige que la compensación sea opuesta por el acreedor al comunicar su crédito. La compensación es un modo de extinción de la obligación que precisa de una reclamación previa del titular del crédito compensable para su eficacia como medio de extinción de la deuda. Además, la excepción de compensación no modifica la lista de acreedores ni el inventario, y, por último, figurando en el informe de la administración concursal la demandada como acreedor y deudor de la concursada, es la administración concursal la que debe dar virtualidad a la misma y aplicar en su informe lo dispuesto en el artículo 58 de la LC.*

El artículo 58 de la LC no establece límite temporal alguno para que el acreedor del concursado oponga la excepción de compensación, ni regula la forma procesal en que debe hacerlo.

... Por otro lado, la utilización de la compensación como medio de extinción de la obligación es una facultad del deudor. Por ello no tiene obligación alguna de aplicar la compensación cuando él, por su parte, reclame el crédito que tiene contra quien es, a su vez, acreedor suyo. Por esta razón el artículo 58 de la LC obliga a los acreedores a comunicar sus créditos a la administración concursal, pero en absoluto se refiere a que comuniquen también las deudas a efectos de su compensación. Es la reclamación del crédito por el acreedor la que activa los mecanismos de defensa del deudor frente a tal reclamación, siendo ese el momento en el que, si le interesa, puede oponer la excepción de compensación, justificando la concurrencia de los requisitos legales con anterioridad a la declaración del concurso. De ahí que no tenga que articularla ni en el momento de la comunicación de créditos, ni al tiempo de la impugnación del inventario y de la lista de acreedores. Otra cosa sería si cuestionase la cuantía, vencimiento, liquidez o exigibilidad del crédito, en cuyo caso sí que tendría que impugnar el inventario de la masa activa”.

Esta postura ha sido confirmada por el Tribunal Supremo en la STS 129/2019, de 5 de marzo, cuando aclara que: *“Propiamente no existe ningún momento en el que necesariamente haya de optarse por la compensación, pero resulta lógico que si ya se cumplían los requisitos para la compensación al tiempo de la declaración de concurso, se solicite pronto, dentro de un periodo razonable. Esto no excluye que mientras no se verifique la compensación, por las razones que sean, el acreedor concursal pueda comunicar su crédito y este llegue a ser reconocido, sin que con ello pueda entenderse precluido el derecho a compensar”.*

4. LA ALEGACIÓN DE COMPENSACIÓN FRENTE A UNA DEMANDA INICIADA POR LA CONCURSADA ANTE UN JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA: JUZGADO COMPETENTE PARA CONOCERLA Y FORMA DE ALEGACIÓN EN EL PROCESO

En este apartado vamos a abordar dos cuestiones muy relacionadas y polémicas en torno a la compensación en el concurso de acreedores: por una parte, el juzgado competente para conocerla y, por otra, si puede alegarse, bien mediante reconvencción o bien vía excepción, frente a una demanda del concursado interpuesta ante un juez de primera instancia.

El artículo 153. 3 del TRLC establece 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”.*

Dado el tenor del precepto se ha llegado a señalar que el juez de primera instancia que ha conocido la reclamación de un crédito formulada por la concursada frente a su deudora no es competente para conocer de la compensación de créditos opuesta por la demandada, por tratarse de una competencia del juez del concurso (artículos 52 y 153.3 del TRLC y 86 ter LOPJ).

La STS 315/2021, de 13 de mayo, ha declarado que. *“No hay duda de que, al prescribir la norma un cauce procesal expreso para conocer de esa controversia, el incidente concursal, del que sólo puede conocer el juez del concurso, la pretensión de compensación que se haga valer a través de una acción debía solicitarse ante el juez del concurso y por el incidente concursal”.*

Sobre esa base debemos tratar de forma separada la alegación de compensación por medio de reconvencción o por vía de excepción:

1. Para analizar el caso de la alegación de compensación mediante reconvencción, debemos tener en cuenta que la reconvencción constituye una acción nueva que ejercita el demandado frente al actor dentro del proceso instado por éste, interesando que se dicte sentencia en la que no sólo se desestime la solicitud del demandante, sino que, además, se acojan

sus propias pretensiones solicitadas en la demanda reconvenzional⁷. Como ha señalado la STS de 2 de julio de 1946 (citada, entre otras, por la SAP de Tarragona 123/2005, de 28 de febrero, Sección 1ª), sólo puede hablarse de reconvección “cuando en contraposición a las peticiones de la súplica de la demanda se oponga no la mera aspiración del demandado de ser absuelto de la misma ni la declaración contradictoria del mismo derecho que aquella invoca y por cuyo reconocimiento propende, sino una cuestión nueva derivada de un derecho privativo susceptible de ser reconocido con independencia del originario del litigio y con fuerza bastante para influir en él anulando o modificando los efectos posibles de la acción ejercitada”.

Ante lo expuesto cabe concluir que, como lo que se estaría ejercitando, ante el juzgado de primera instancia que hubiese conocido la demanda principal, no sería más que una acción civil con trascendencia patrimonial contra la concursada, el órgano competente para conocerla sería el juzgado de lo mercantil, con lo que el juzgado de instancia debería inadmitirla por carecer de competencia objetiva por razón de la materia, conforme a lo previsto en el artículo 406.2 de la LEC.

2. Respecto a la alegación de compensación por vía de excepción, cabe comenzar precisando que la excepción es un simple medio de defensa que no amplía el objeto del proceso fijado por el actor, sino que tiene por finalidad obtener una sentencia desestimatoria, por lo que no incide, a diferencia de lo que ocurre en la reconvección (artículo 406.2 LEC), en la competencia objetiva del tribunal, que queda determinada desde la admisión de la demanda en virtud del principio de la *perpetuatio iurisdictionis*, ni tampoco en el procedimiento⁸.

En este punto, existen criterios judiciales discrepantes sobre la posibilidad de oponer o no la compensación por vía de excepción, sin que sea necesaria la formulación de reconvección, en función de las diferentes clases de compensación que existen (legal, judicial o convencional). En efecto, la posibilidad puede diferir, según la resolución judicial, en función de si se trata de una u otra:

Para que pueda operar la compensación legal se exige, de acuerdo con lo previsto en los artículos 1195 y 1196 del Código Civil, la reciprocidad de los créditos, la homogeneidad de las prestaciones, la exigibilidad de las deudas, la liquidez de estas y la ausencia de retención o contienda judicial respecto de las deudas compensables. Por su parte, la compensación judicial se produce en aquellos supuestos en que los créditos no reúnen todos los requisitos necesarios para que opere la compensación legal. En este caso, corresponderá al juez, por medio del proceso, subsanar la falta de alguno de ellos, que normalmente será el de la liquidez.

La jurisprudencia ha entendido de manera reiterada que la compensación legal puede alegarse tanto por vía de excepción, cuando lo único que se pretenda es la desestimación total o parcial de la demanda con base en la estimación de un crédito compensable (absolución o reducción de la cuantía reclamada en la demanda), como por vía de reconvección, si siendo su crédito superior al del actor, además de solicitar *la desestimación de la demanda, pretende que se condene a la otra parte al pago del exceso de su crédito*. Por el contrario, respecto a la posibilidad de alegar la compensación judicial por vía de excepción, existen resoluciones contradictorias en los tribunales, pues mientras algunas la admiten (con el límite de que la cantidad que se *compensa no puede originar un crédito en favor del demandado*), citando las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1983, 31 de mayo de 1985, 7 de marzo de 1988 y 16 de noviembre de 1993), otras entienden que debe formularse siempre por vía reconvenzional, ya que requiere una actuación y pronunciamiento expreso del juez, independientemente de la cuantía inferior o superior de su crédito en relación con el del actor.

⁷ Así, GUASP, J., en GUASP/ ARAGONESES, Derecho Procesal Civil, Introducción y parte general, Tomo I, 7ª Edición, Civitas, Madrid, 2004, p. 264.

⁸ Sobre el concepto de excepción procesal puede verse TAPIA FERNÁNDEZ, I., “Comentario al artículo 405”, en ARMENTA DEU/ CORDÓN MORENO/TAPIA FERNÁNDEZ/ MUERZA ESPARZA (Coords.), *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo I, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 630 y ss.

No obstante, sin perjuicio de lo señalado, entendemos que esta polémica carece de sentido en la actualidad, por haber sido resuelta esta cuestión por el artículo 408.1 LEC, que establece: *“Si, frente a la pretensión actora de condena al pago de cantidad de dinero, el demandado alegare la existencia de crédito compensable, dicha alegación podrá ser controvertida por el actor en la forma prevenida para la contestación a la reconvencción, aunque el demandado sólo pretendiese su absolución y no la condena al saldo que a su favor pudiera resultar”*.

De ese modo, el precepto establece un nuevo trámite de alegaciones para el demandante cuando el demandado alegare un crédito compensable por vía de excepción. Es decir, la invocación o alegación por el demandado de un crédito compensable siempre puede ser controvertida por el actor con el consiguiente tratamiento de reconvencción, y ello aunque el importe del mismo sea de cuantía igual o inferior al del actor y, en consecuencia, el demandado se haya limitado a excepcionar la compensación, solicitando solo la absolución, o aun cuando siendo el importe superior, solicite la absolución de la demanda sin pedir la condena al saldo que a su favor pudiera resultar⁹.

Como ha declarado la STS 427/2013, de 13 de junio: *“El legislador con la LEC 2000 ha introducido una novedosa redacción en el tratamiento procesal de las excepciones de compensación y nulidad absoluta, para impedir que su alegación vía excepción pudiera provocar indefensión en el actor, que, hasta ahora, carecía de trámite y fija plazo para contestar por escrito a dicha defensa argüida al contestar a la demanda*.

Por ello, la doctrina suele hablar de excepciones reconvenccionales y la propia exposición de Motivos de la LEC establece que son criterios que la inspiran "por un lado, la necesidad de seguridad jurídica, y, por otro, la escasa justificación de someter a los mismos justiciables a diferentes procesos y de provocar la correspondiente actividad de los órganos jurisdiccionales, cuando la cuestión o asunto litigioso razonablemente pueden zanjarse en uno solo". Añade, además, que "la Ley evita la indebida dualidad de controversias sobre nulidad de los negocios jurídicos -una, por vía de excepción; otra, por vía de demanda o acción-" y "trata diferencialmente la alegación de compensación " (Antecedente VIII).

La excepción de compensación introduce un hecho nuevo que debe ser objeto de pronunciamiento autónomo con fuerza de cosa juzgada (artículo 408.3 de la LEC).

Con anterioridad a la Nueva LEC, la jurisprudencia era rigurosa en materia de compensación, impidiendo su planteamiento como excepción, cuando de compensación judicial se trataba, pues en ésta todo quedaba por determinar, por lo que exigía su formulación como reconvencción para preservar la defensa del demandante.

Pese a ello hubo sentencias de esta Sala de 12 de abril, 31 de mayo de 1985 y 16 de noviembre de 1993, que permitían el planteamiento como excepción, cuando las bases quedaran determinadas de forma clara.

Sin embargo, en la Nueva LEC se puede plantear la existencia de "crédito compensable", sin discriminar entre compensación legal o judicial, postura razonable, pues el actor podrá oponerse por los trámites de la contestación a la reconvencción, gozando la resolución recaída de los efectos de la cosa juzgada (art. 222.2 LEC).

En suma, la excepción de compensación goza de un tratamiento procesal autónomo, pues pese a su "nomen" de excepción goza de naturaleza sustantiva, sirviendo de cauce para introducir acciones y hechos nuevos, por lo que tiene sustanciación procesal como si de reconvencción se tratase, por lo que carece de sentido exigir, como en la sentencia recurrida que se formule reconvencción expresa, pues la parte actora supo desde el primer momento que se articuló expresa y destacadamente la "compensación" y contestó a ella, en virtud de traslado que se le confirió (STS26-12-2006. Rec. 468/2000).

⁹ En ese sentido, CORDÓN MORENO, F., “Cuestiones polémicas sobre la reconvencción”, en Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 9, 2017, p. 82.

Por tanto, la compensación judicial puede ser opuesta al contestar la demanda como excepción, al amparo del art. 408 LEC, tramitándose como contestación a la reconvencción, siendo inaplicable la doctrina jurisprudencial invocada por la parte recurrida, pues se dictó en interpretación de las normas procesales de la anterior LEC”.

Asimismo, la STS 315/2021, de 13 de mayo, anteriormente mencionada, se refiere de forma específica a si el juez de primera instancia, que tiene competencia para conocer de una reclamación formulada por el concursado frente a un acreedor, la tiene también para decidir sobre la compensación hecha valer por éste. La sentencia después de incidir en que: *“No hay duda de que, al prescribir la norma un cauce procesal expreso para conocer de esa controversia, el incidente concursal, del que sólo puede conocer el juez del concurso, la pretensión de compensación que se haga valer a través de una acción debía solicitarse ante el juez del concurso y por el incidente concursal”*, añade que: *“Lo que no está tan claro es que esta previsión legal prive a un acreedor de la concursada de poder oponer la excepción de compensación prevista en el artículo 408 LEC frente a una demanda de reclamación de un crédito interpuesta contra él por la concursada. El artículo 408.1 LEC, aunque conceda a la excepción de compensación un trámite singular, en cierto modo similar a la reconvencción en cuanto que permite al demandante oponerse a la compensación, no contiene una norma equivalente a la prevista en el apartado 2 del artículo 406 LEC para la reconvencción (que impide que pueda formularse cuando el juzgado carezca de competencia objetiva)”*.

En resumen, en un caso como el que nos ocupa, la demandada no podrá formular una reconvencción para reclamar el crédito que tiene frente a la concursada, pues para eso es competente el juzgado mercantil que conoce del concurso, pero no existirá ningún impedimento para que, a los meros efectos de la compensación, pueda oponer su crédito frente a la concursada, ya para eso sí es competente el juez que conoce de la demanda inicial planteada por la entidad insolvente.

5. BIBLIOGRAFÍA

ARROYO, I. y MORRAL, R., Teoría y Práctica del Derecho Concursal, Tecnos, Madrid, 2012.

BELTRÁN, E., “Los efectos del concurso sobre los acreedores, los créditos y los contratos”, en URÍA/MENÉNDEZ, Curso de Derecho mercantil, Tomo II, 2ª ed., Thomson-Cívitas, Cizur Menor, 2007, pp. 985 y ss.

BERMEJO GUTIÉRREZ, N., “Comentario al artículo 58”, en ROJO/ BELTRÁN, Comentario de la Ley Concursal, Vol. 1, Cívitas, Madrid, 2004, pp.1084-1102.

CORDÓN MORENO, F., “Cuestiones polémicas sobre la reconvencción”, en Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 9, 2017, pp. 73-102.

DÍEZ PICAZO, L., Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Vol. 2 (Las relaciones obligatorias, Ed. Thomson-Cívitas, Madrid, 2008.

GUASP, J., en GUASP/ ARAGONESES, Derecho Procesal Civil, Introducción y parte general, Tomo I, 7ª Edición, Civitas, Madrid, 2004.

GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., Efectos del concurso sobre los créditos: compensación, suspensión del devengo de intereses e interrupción de la prescripción, 1ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

TAPIA FERNÁNDEZ, I., “Comentario al artículo 405”, en ARMENTA DEU/ CORDÓN MORENO/TAPIA FERNÁNDEZ/ MUERZA ESPARZA (Coords.), Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo I, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 630 y ss.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., “Comentario de los artículos 1195 a 1202” en PAZ-ARES/DÍEZ-PICAZO/ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO/ SALVADOR CODERCH (dirs.), Comentario del Código Civil, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 279-294.