

DE LOS EFECTOS SOBRE LOS CRÉDITOS EN PARTICULAR

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, la misma se resolverá a través de los cauces del incidente concursal ().*

(*) Por primera vez se regula de forma expresa en nuestro ordenamiento la eficacia de la compensación en el concurso. Hasta la fecha no existía en la legislación concursal una regla que contemplara la imposibilidad de oponer la compensación en este procedimiento. Sin embargo, la doctrina había venido rechazado los efectos de la misma aprovechando la literalidad de algún precepto del Código de Comercio (argumento *a contrario ex art. 926 CCom.*). Y ello aunque, en rigor, este precepto no constituía obstáculo alguno para reconocer efectos a la compensación en sede concursal. A diferencia de lo que se ha sostenido, éste sólo ponía de manifiesto la posibilidad de obtener el pago por compensación *entre dos obligaciones que procedían del mismo núcleo obligacional* –v. gr., el contrato de sociedad–, *aun cuando entrara en juego la disciplina del capital*. Volviendo a la regla general, la opción por limitar la eficacia de la compensación en el concurso se explica desde su comprensión como un *mero instrumento de pago*. En primer lugar, porque permitiría realizar disposiciones sobre un patrimonio que habría devenido indisponible; en segundo lugar, porque permitiría preferir al acreedor legitimado para compensar frente a los demás y, en tercer lugar, porque chocaría con la retención que la declaración de concurso habría de generar sobre el crédito del concursado (art. 1.196.5 CC) (En la jurisprudencia, v. STS 17-3-1977; STS 20-5-1993. En la jurisprudencia menor, entre las más recientes, v. SAP Baleares 24-3-1993; SAP Sevilla 10-11-1998; SAP Málaga 5-7-1999; SAP Asturias 7-9-2000; SAP Zaragoza 20-9-2000; SAP Jaén 2-11-2001; SAP Madrid 9-7-2001). Ahora bien, dicha regla general se ha acompañado de un listado de excepciones entre las que se incluyen tres grupos de casos: el ya referido

(art. 926 CCom.), las obligaciones *ex eadem causa*, esto es, las procedentes de una misma relación obligatoria, y las obligaciones derivadas de la cuenta corriente mercantil y asimiladas (v. gr., cuentas corrientes bancarias) (p. ej., v. SSTS 21-3-1932; 10-12-1941; 16-2-1965; 17-3-1977; por el contrario, no se aprecia la existencia de cuenta corriente en la STS 1-7-1944, aun cuando los antecedentes de hecho reflejarían a primera vista una situación asimilable). Sólo excepcionalmente se admitió en una ocasión la compensación fuera de estos supuestos con base en criterios de equidad (STS 11-10-1988). Como luego se dirá, a muchas de estas excepciones subyace una eficacia de garantía. En efecto, además de la dimensión de pago, la compensación presenta una dimensión de garantía que no puede ser ignorada. Esta dimensión no resultaba desconocida para nuestra tradición histórica. Ya en Las Partidas se equiparaba al acreedor que podía compensar con un acreedor pignoraticio (v. Ley 5.^a, del Título 3.^o, de la Partida 5.^a).

Con el tiempo, el elenco de excepciones se ha ido haciendo más generoso. Así, también han quedado exceptuados del régimen general de compensación los *acuerdos de «netting» para contratos de derivados, así como aquellos que operan como base de los sistemas de compensación y liquidación de valores* (v. disp. adic. 10.^a de la Ley 37/1998, de Reforma del Mercado de Valores. Esta norma reproduce lo dispuesto en el apartado 4 de la disp. adic. 7.^a de la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se incorporaba al Derecho español la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y que reconocía efectos frente al concurso a los acuerdos de compensación contractual para los mercados de derivados siempre que una de las partes fuera una entidad de cré-

COMENTARIO

SUMARIO: I. CARACTERIZACIÓN DE LA COMPENSACIÓN: 1. *La compensación como derecho potestativo cancelatorio.* 2. *La doble dimensión de la compensación: función de pago y función de garantía.* II. LA PROHIBICIÓN DE COMPENSACIÓN EN EL CONCURSO: 1. *El ámbito de aplicación de la prohibición.* 2. *La situación objetiva de compensación.*—III. LA COMPENSACIÓN CONVENCIONAL EN EL CONCURSO: 1. *Caracterización de la compensación convencional.* 2. *Requisitos para su oponibilidad frente al concurso.* 3. *La tipología de la compensación convencional:* 3.1. Cuenta corriente mercantil. 3.2. Los acuerdos de *netting*: 3.2.1. El *netting* de pago o *settlement netting*. 3.2.2. El *netting* por novación. 3.2.3. La liquidación bilateral por compensación o *close-out netting*.—IV. EL EJERCICIO DE LA COMPENSACIÓN EN EL CONCURSO: 1. *El ejercicio de la compensación contra el concurso.* 2. *Controversias sobre la facultad de compensar.* 3. *El ejercicio de la compensación por el concurso:* 3.1. La compensación se utiliza como modalidad de pago concursal. 3.2. El crédito pasivo o crédito principal es un crédito contra la masa. 3.3. El titular del crédito activo o contracrédito es el propio deudor insolvente que tiene la cobertura de un crédito pasivo.—V. UNA INTERPRETACIÓN SUPERADORA DE LA LEY: LA TUTELA DE LA EXPECTATIVA DE COMPENSACIÓN EN EL CONCURSO: 1. *La admisibilidad de la compensación después de la declaración de concurso.* 2. *Requisitos para la tutela de la expectativa de compensación.*—VI. LA EXCEPCIÓN DEL ARTÍCULO 205 (REMISIÓN).

dito, una empresa de inversión, o una entidad no residente que realizara funciones similares. Asimismo, v. la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y compensación de valores. También el Tribunal Supremo ha reconocido efectos en sede concursal a las cláusulas de compensación incluidas en las *prendas de créditos* para su ejecución (STS 19-4-1997; STS 7-10-1997 y STS 13-11-1999). En todos los casos, una compensación convencional camuflada tras una garantía real logra prosperar en sede concursal. En efecto, esta solución pasa por constituir una «prenda» entre quienes ya son partes recíprocamente deudoras y acreedoras, aumentando así los costes de transacción de la operación. Además de costosa, esta figura tiene unos contornos vidriosos que dificultan su calificación. Y es que el pacto de compensación incluido en el contrato de prenda no es una mera cláusula de liquidación, sino el propio fundamento del efecto de garantía. De otro modo, la compensación no sería posible pues faltaría el requisito de reciprocidad entre los créditos. A modo de ilustración, véase el siguiente ejemplo. Cayo concede un préstamo a Ticio por 100. Ticio, a la vez, es titular de dos depósitos en efectivo en el banco de Cayo por valor de 80 y 20. En garantía del crédito concedido por Cayo, Ticio ignora los saldos de sus depósitos. Cayo tiene, entonces, un crédito contra Ticio por 100 y al mismo tiempo goza de la facultad de cobrar los créditos contra sí mismo por 80 y 20. Es evidente que falta toda situación de reciprocidad entre el crédito de Cayo

contra Ticio por el préstamo concedido y el crédito de Ticio contra Cayo cedido a éste. Lo que hay entre Cayo y Ticio es un acuerdo de extinguir esas obligaciones a través de la compensación en caso de incumplimiento.

El planteamiento expuesto se reproduce prácticamente en todos los textos prelegislativos que han precedido a la Ley Concursal. Así sucedió en el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 (art. 173) y en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 (art. 69). Sólo el Anteproyecto de Ley de Concurso de Acreedores de 1959 se desmarcaba de la línea anterior al reconocer la posibilidad de oponer la compensación en el concurso (art. 23), haciendo así valer su dimensión de garantía.

Por lo que se refiere al *iter de la reforma*, el contenido del precepto se ha mantenido en lo sustancial desde la primera redacción. Simplemente hay que hacer notar que en la literalidad del Anteproyecto de Ley Concursal de marzo de 2000 (art. 57), no se recogía aún ni la remisión a las normas de derecho internacional privado, ni mención alguna acerca de la resolución de los conflictos que pudiera plantear el ejercicio de la compensación frente al concurso. Es en una versión posterior cuando aparece redactado el precepto de una forma muy semejante a la actual (v. Anteproyecto de Ley Concursal de septiembre de 2001). Ésta llega hasta el Proyecto de Ley de 23 de julio de 2002 y se mantiene sin grandes alteraciones hasta el final de la tramitación parlamentaria, con la única variación de su numeral.

I. Caracterización de la compensación

1. La compensación como derecho potestativo cancelatorio

La compensación es una facultad que legitima a los titulares de créditos recíprocos a extinguir sus obligaciones por la cantidad concurrente. Ha quedado superada aquella comprensión de la compensación en virtud de la cual ésta habría de operar como un instrumento que extinguiría las obligaciones de forma automática, o lo que es lo mismo, sin concurrir la voluntad de las partes (*ipso iure compensatur*). Su naturaleza resulta evidente cuando se examina de cerca: la compensación es renunciable (art. 1198-I CC); no puede ser apreciada de oficio por los tribunales de justicia; quien paga habiendo podido compensar no realiza un pago indebido; son aplicables las reglas de imputación de pagos, etc. Mantener otra cosa haría inoperantes algunas disposiciones en materia de cesión de créditos (art. 1198-II CC). En efecto, verificada la situación de compensación antes de una cesión, no tendría sentido permitir al deudor cedido que pudiera invocar su eficacia frente al cesionario, pues ésta habría operado de forma automática y habría extinguido el crédito objeto de la misma antes incluso de que la propia cesión se produjera. En contra de esta visión de las cosas, no puede invocarse la literalidad de algún precepto en el que se dispone que la compensación surtirá efectos aunque no tengan conocimiento de ella ni deudor ni acreedor (art. 1202 CC, último inciso). Dicha referencia ha de entenderse realizada al *automatismo con el que se produce el efecto retroactivo*. En concreto, eso significa que invocada la compensación por cualquiera de las partes, ésta producirá sus efectos desde el día en que concurrieron todos los requisitos para poder compensar.

2. La doble dimensión de la compensación: función de pago y función de garantía

La compensación presenta *dos dimensiones o funciones*. Una de ellas es la *función de pago* y la otra es la *función de garantía*. Vinculada a su condición de *subrogado del pago*, la función solutoria de la compensación es la más evidente (art. 1156-V CC). La compensación evita la circularidad en los pagos y facilita la liberación de los obligados. Negarla resultaría contrario a la buena fe —*dolo facit quid petit quod rediturus est* (art. 7 CC)—. Pero la compensación también desempeña una *función de garantía*. Ésta se encuentra presente en todos aquellos supuestos en los que concurre una voluntad de conceder crédito anticipando la existencia de una deuda anterior sobre la que se puede cobrar. Quienes ocupan recíprocamente las posiciones deudoras y acreedoras tienen asegurado el cobro de sus créditos por la facultad de compensar que la ley les atribuye. Se genera así una *vinculación funcional* entre ambas deudas sobre la que se sustenta tal efecto. Si, por ejemplo, Cayo es deudor de Ticio, estará en mejor disposición que Sempronio de conceder crédito a Ticio, porque anticipará que su derecho de cobro queda garantizado por la posibilidad de poder compensar. En línea de principio, la existencia de esa voluntad se presume cuando una parte concede crédito a otra (crédito activo o contracrédito) sobre la base de otro crédito existente de vencimiento posterior contra el que se

podrá compensar (crédito pasivo o principal). En la práctica, esta eficacia se hace notar especialmente en el ámbito de las operaciones bancarias y financieras, así como en las situaciones de tratos recíprocos. Incluso, determinados contratos tienen causalizada la función de garantía (*i.e.* cuenta corriente mercantil, *netting*, etc.).

II. La prohibición de compensación en el concurso

1. El ámbito de aplicación de la prohibición

Los efectos que produce el concurso sobre la función de pago de la compensación son muy importantes: la compensación queda *prohibida una vez declarado el concurso*. La eficacia solutoria de la compensación sólo puede ser invocada cuando los requisitos necesarios para poder compensar se hayan verificado antes de ser declarado el concurso o, lo que es lo mismo, cuando la situación objetiva de compensación se haya materializado con anterioridad. *A contrario*, queda prohibido invocar la eficacia solutoria de la compensación cuando los requisitos para poder compensar hayan de concurrir después de declarado el concurso. A pesar de la sede en la que se encuentra incluida, no se trata propiamente de un efecto del concurso sino de un mero efecto o *consecuencia de la concursabilidad* —como sucede, por ejemplo, con la prohibición de practicar ejecuciones sobre el patrimonio del deudor (art. 55)—. Su racionalidad es impedir que puedan realizarse pagos al margen del concurso sin que concurra justificación alguna para ello (por ejemplo, la existencia de una garantía que asegure el valor del crédito, el carácter prededucible del mismo, etc.). A tal fin, la declaración de concurso actúa a modo de barrera que bloquea la concurrencia de los requisitos que colocan a los créditos en situación de compensación. Dicho efecto es el que se ha venido intuyendo al afirmar que tras la declaración del concurso no cabe compensación pues pesa retención sobre los créditos oportunamente comunicada al acreedor (art. 1196.5 CC). *La prohibición de compensación no impide el ejercicio el derecho potestativo cancelatorio*. Sólo impide la ulterior concurrencia de los requisitos necesarios para que pueda operar. Ejercitado el derecho, éste tiene eficacia retroactiva, esto es, se considera ejercitado el mismo día en que se verificó la situación de compensación (argumento *ex art.* 1202 CC). La única excepción en este punto viene marcada por la compensación judicial. Como es sabido, ésta se produce por la mera voluntad del juzgador para facilitar la liquidación de las peticiones realizadas por las partes en la demanda y la subsiguiente reconvencción. Por ello, carece de toda eficacia retroactiva y sólo podrá producir efectos frente al concurso cuando se haya acordado antes de la declaración del mismo.

En cuanto al ámbito subjetivo, esta prohibición se proyecta sobre todos los créditos concursales entre los que, naturalmente, también se incluyen los créditos subordinados. Los créditos contra la masa no quedan afectados por la prohibición de pagar compensando, pues se satisfacen al margen de los efectos del concurso y allí la función de pago puede manifestarse, en principio, sin ninguna dificultad (*v.*, no obstante, art. 154.2). Ya en cuanto al ámbito *temporal*, como efecto o consecuencia de la concursabilidad, la prohibición sólo extiende sus efectos desde la

declaración del concurso hasta su clausura (v. arts. 176 y 178). Esto significa que la parte *in bonis* podrá satisfacer su crédito por compensación una vez concluido el procedimiento [por ejemplo, en caso de desistimiento, revocación, etc. (art. 178.1.1 y 5)] y en tanto subsista la propia situación objetiva en la que tiene su fundamento.

La prohibición legal de compensar una vez declarado el concurso conoce, sin embargo, alguna excepción. La compensación podrá invocarse en el caso de las obligaciones conexas o créditos *ex eadem causa* y en el caso de los créditos procedentes de un contrato de cuenta corriente mercantil. Aunque no han sido contempladas de manera expresa, estas excepciones vienen admitiéndose sin mayor dificultad en aquellos sistemas concursales que consagran reglas similares en materia de compensación, con distintos argumentos (existencia de un sinalagma o conexión en el nacimiento de las obligaciones, en el caso de las conexas; motivos técnicos asociados a la operativa del contrato, en el caso de la cuenta corriente, etc.). En rigor, la razón que justifica la admisibilidad de la compensación en estos casos frente al concurso es la tutela de su eficacia de garantía (v. *infra* V). También se ha admitido la compensación frente concurso para llevar a cabo la liquidación de las prendas de créditos (v. introducción).

2. La situación objetiva de compensación

Los requisitos en los que se funda la existencia de una situación de compensación son los establecidos por la ley (arts. 1195 y 1196 CC) o por un convenio de compensación. Los primeros serán examinados inmediatamente; los segundos serán examinados en el apartado siguiente al hilo del estudio de los efectos en el concurso de la compensación convencional (v. *infra* III). Por lo que se refiere a los requisitos legales, para que pueda invocarse la función solutoria de la compensación frente al concurso los créditos deben ser homogéneos y recíprocos, así como estar vencidos, ser líquidos y ser exigibles antes de la declaración.

a) La *homogeneidad* presupone que las obligaciones llamadas a ser compensadas deben ser del mismo género y calidad. Paradigmáticos —aunque no exclusivos— son los casos de las obligaciones dinerarias y de las demás obligaciones fungibles. El hecho de que los créditos sean de diferente condición (por ejemplo, un crédito subordinado y un crédito ordinario) es irrelevante a estos efectos.

b) El requisito de la *reciprocidad* reclama la existencia de sendos vínculos a título principal y por derecho propio entre acreedor y deudor insolvente. Los terceros 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 (arts. 1853 y 1197 CC) y, por otra, el del deudor cedido (art. 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, así como la que pueda sobrevenir después en los términos luego indicados [v. *infra* V (arts. 1853 y 1854 CC)]. 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 (art. 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.

c) Para apreciar la concurrencia de los requisitos del *vencimiento* y de la *exigibilidad* es necesario que los créditos hayan alcanzado la fecha de vencimiento sin que sea suficiente para ello que éste se haya producido por mor del concurso (v. arts. 88.4 *in fine* y 146). También es preciso que sean puros y simples y que no concurren otros obstáculos que dificulten su exigibilidad (por ejemplo, la ineficacia, el carácter natural de la prestación, la existencia de una condición suspensiva, etc.). A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, no basta con que concorra la mera posibilidad de satisfacer el crédito principal o crédito pasivo. La exigencia de *liquidez* impone que esté determinado el montante de la obligación. No es necesario que los créditos consten en moneda de curso legal en el territorio nacional (v. *gr.*, euros). El hecho de que uno de los créditos *se exprese* en moneda que no sea de curso legal no constituye un obstáculo para la compensación (deudas en moneda extranjera simple). Como deudas de valor que son, se trata de obligaciones homogéneas y habrá que computarlas en la misma base a los efectos de operar la compensación. A tal fin, será preciso que la moneda extranjera sea convertible en el sistema monetario español (argumento *ex art.* 577 LEC) (en la vieja jurisprudencia, v. STS 10-XII-1941). Como valor de conversión se tomará el correspondiente al día y lugar en que se emita la oportuna declaración de voluntad.

En ningún caso podrá invocarse frente al concurso la compensación cuando ésta se encuentre vedada por una *prohibición*. Las prohibiciones pueden ser *legales o convencionales*. Incluso pueden resultar del deber de ejercitar la facultad de compensación de conformidad con la *buena fe* (arts. 7 y 1.258 CC). Ejemplos de prohibiciones legales se encuentran en el controvertido caso de la obligación de restituir las cosas depositadas o dadas en comodato (art. 1200 CC); en el supuesto de deudas que procedan de una obligación de prestar alimentos futuros (arts. 1200, 1201 y 151 CC) y en aquél en que previamente exista retención o contienda oportunamente notificada (art. 1196.5 CC). Aunque no se haya señalado expresamente en el Código Civil, tampoco podrán compensarse las deudas que gocen de la condición de *inembargables* [por ejemplo, las deudas por salarios, retribuciones, etc. (art. 607.2 LEC)], así como las procedentes de responsabilidad *ex delicto*. Ejemplos de prohibiciones convencionales se encuentran en pactos relativamente habituales en el tráfico como son las cláusulas de pago en efectivo [por ejemplo, «pago al contado contra entrega de documentos», «pago efectivo a los 30 días», *cash on delivery* (COD), etc.]. Incluso puede prohibirse contractualmente la compensación para el supuesto particular de insolvencia de una de las partes. Por fin, un ejemplo de ejercicio de la compensación contrario a la buena fe sería el caso de la adquisición por una entidad financiera de un crédito contra uno de sus clientes fuera de su tráfico habitual con el único

propósito de reducir su saldo acreedor en las cuentas corrientes abiertas en la entidad.

III. La compensación convencional en el concurso

1. Caracterización de la compensación convencional

Los acuerdos de compensación permiten a las partes configurar a medida la potestad de compensar los créditos recíprocamente existentes entre las mismas. La autonomía privada hace, entonces, posible que la compensación se produzca por su mera voluntad. Estos acuerdos pueden ser anteriores o posteriores al nacimiento de las relaciones jurídicas. En el primer caso, o bien se dispone anticipadamente de la facultad de compensar de modo que ésta opera de forma automática en un momento posterior, o bien se flexibilizan los requisitos fijados legalmente para poder compensar (por ejemplo, una sociedad perteneciente a un grupo empresarial acuerda con sus proveedores que podrán compensar sus deudas contra lo debido por los proveedores a otras sociedades del grupo). En el segundo caso, las partes simplemente compensan los créditos ya existentes con efectos inmediatos. La eficacia de este tipo de acuerdos requiere, por una parte, que las partes mantengan su poder de disposición, y por otra, que sobre los créditos no pese ninguna prohibición de compensación, pues la autonomía privada no puede superar las prohibiciones fijadas en interés del deudor o de terceros. La falta sobrevinida de dicho poder de disposición determinará, según los casos, la imposibilidad de que el negocio siga produciendo efectos o la imposibilidad de concertar aquéllos. Asimismo, la concurrencia en cualquier momento de las prohibiciones sobre los créditos impedirá que la compensación pueda ser invocada por las partes.

2. Requisitos para su oponibilidad frente al concurso

La Ley Concursal no distingue entre compensación legal y compensación convencional. Es más, la literalidad del precepto —que se refiere a los «requisitos»— revela que el molde empleado en su redacción ha sido el de la compensación legal. Siendo esto así, es necesario acomodar la aplicación del precepto a los presupuestos de la compensación convencional. Su lectura conforme a esta lógica pone de manifiesto lo siguiente: para invocar la eficacia frente al concurso de esta modalidad de compensación han de existir antes de la declaración todos los elementos que posibiliten la compensación por voluntad de las partes. En el caso de los acuerdos de compensación anticipada, esto significa que los créditos deben existir al tiempo de la declaración de concurso en las condiciones o términos pactados y que han de ser válidos. Entonces no serán compensables los créditos que puedan aparecer una vez declarado el concurso, o los créditos en los que al tiempo de la declaración no concurren los requisitos fijados por las partes para poder ser compensados. *A contrario*, la declaración de concurso no afecta a las compensaciones practicadas hasta la misma. En el caso de los acuerdos de compensación posteriores a la existencia

de los créditos, será suficiente con que el acuerdo se haya celebrado antes del momento señalado y que los créditos sobre los que éste se proyecta sean válidos.

3. La tipología de la compensación convencional

Los supuestos de compensación convencional más relevantes en el tráfico son los contratos de cuenta corriente mercantil (v. *infra* 3.1) y los llamados acuerdos de «netting» (v. *infra* 3.2).

3.1. CUENTA CORRIENTE MERCANTIL

La cuenta corriente es un contrato normativo en virtud del cual las partes se obligan a no exigirse aisladamente las obligaciones que vayan contrayendo recíprocamente y a pagar sólo la diferencia resultante de los créditos que se hayan ido asentando en la cuenta. De esta forma, las partes disponen anticipadamente de sus créditos futuros y se aseguran de que su liquidación se hará por compensación. Una vez abandonada la teoría del crédito, su *finalidad de facilitar y garantizar los pagos* resulta evidente. Esto explica que el contrato de cuenta corriente mercantil y, en ocasiones, otras figuras análogas —v. gr., las cuentas corrientes bancarias— se hayan venido sustrayendo a la prohibición de compensación en sede concursal. La cuenta corriente se liquida por compensación en los períodos pactados o cierres de cuenta. Hasta ese momento los créditos son inexigibles e indisponibles para las partes. La compensación se produce de forma automática y en virtud de la disposición anticipada de la facultad para compensar que realizaron las partes al celebrar el contrato. La declaración judicial de concurso precipita el cierre anticipado de la cuenta y desencadena la compensación de los créditos existentes en ese momento en la misma. Este cierre anticipado se explica porque, una vez declarado el concurso, el deudor insolvente ya no puede seguir disponiendo libremente de sus créditos ni de su facultad de compensar (art. 40). De ahí que deba cerrarse la cuenta compensando los créditos existentes en ese preciso momento. Dicho esto, es dudoso que el propio contrato o negocio obligacional de cuenta corriente se extinga a resultas de la declaración de concurso. Empieza a abrirse camino la tesis de que la cuenta corriente sería un contrato sinalagmático y que, en sede concursal, no estando completamente ejecutado por ninguna de las partes, debería quedar sometido al régimen de los contratos pendientes de ejecución. Entonces, sería la administración concursal quien debería optar bien por el cumplimiento, bien por la resolución del mismo (v. comentario al art. 61).

Una vez practicada la liquidación, las partes procederán a la aprobación del saldo. Esta operación provoca la *emancipación del crédito final* que adquiere así un fundamento propio (v. gr., no estará afectado por la prescripción de las pretensiones anteriores sino que tendrá su propio plazo de prescripción) y sigue a partir de ese momento su propia suerte jurídica (v. gr., podrá ser reconocido en el concurso, podrá ser incluido en una nueva cuenta, etc.). Esta operación constituye, en rigor, una novación y así lo ha intuido en alguna ocasión la propia jurisprudencia (v. STS

22-12-1941 donde se señala que la aprobación del saldo constituye novación y de forma más genérica, v. también SSTS 6-4-1933 y 24-11-1943).

3.2. LOS ACUERDOS DE *NETTING*

El *netting* es un concepto importado del derecho anglosajón y referido a cualquier contrato que facilita la aparición de una compensación convencional. Los acuerdos de *netting* pueden ser bilaterales o multilaterales. En el último caso, es habitual que se interponga entre los participantes en el acuerdo una cámara de compensación (*clearing-house*) para facilitar el desarrollo de las operaciones de liquidación. Obviamente, la fenomenología de los acuerdos de *netting* es muy variada. No obstante, y a los efectos de ordenar su estudio, estos acuerdos se suelen agrupar en tres categorías: el *netting* de pago o *settlement netting* (v. *infra* 3.2.1), el *netting* por novación (v. *infra* 3.2.2) y el *close-out netting* (v. *infra* 3.2.3).

3.2.1 *El netting de pago o settlement netting*

Estos acuerdos constituyen la modalidad de *netting* más simple. El *netting* de pago contiene una disposición anticipada de la voluntad de compensar: a través del mismo se liquidan por compensación los créditos vencidos y exigibles de las partes para luego exigir el pago del saldo resultante. Las liquidaciones se llevan a cabo en los plazos previstos en el acuerdo (por ejemplo, al cierre del día, a la semana, al final de mes, etc.) y, al igual que sucede con la cuenta corriente, la declaración de concurso es causa de liquidación anticipada (v. *supra* 3.1.). En efecto, declarado el concurso el deudor ya no puede disponer libremente de su facultad de compensar (argumento *ex art.* 40). Practicada la liquidación, los acreedores sólo habrán de comunicar al concurso el crédito por el saldo favorable existente. A través de estos acuerdos se limita el riesgo que conllevaría la declaración de insolvencia de una de las partes antes de poder hacer frente al pago las cantidades adeudadas. De este modo se reduce el riesgo sistémico que produciría el contagio de la incapacidad de pago de un operador entre los restantes operadores adheridos al sistema. Ello explica la difusión de los mismos en los mercados financieros. A modo de ilustración, véase el siguiente ejemplo: Cayo y Ticio, operadores del mercado bancario, son recíprocamente deudores y acreedores por 1.000 y 900 respectivamente a resultados de las transacciones realizadas a lo largo del día (crédito intradía). Llegado el momento del pago, Cayo cumple entregando las cantidades adeudadas, pero Ticio no puede cumplir porque es insolvente. Al operar a través de un acuerdo de *netting*, la exposición de Cayo al riesgo de insolvencia queda limitada, pues sólo alcanzará al eventual saldo positivo resultante a su favor (100). A pesar de los problemas que planteó en los primeros tiempos, la falta de reciprocidad entre los créditos no constituye ninguna objeción que impida hacer valer la compensación frente al concurso, pues al diseñar el acuerdo las partes pueden prescindir de tal exigencia. A modo de ilustración, véase el siguiente ejemplo tomado de la práctica. La IATA establece un sistema de «*netting*» para liquidar las deudas por los servicios prestados entre los miembros adheridos a la misma. Esas deudas se liquidan al final de cada mes *en*

bloque, esto es, de las cantidades debidas a un determinado miembro se descuentan las cantidades adeudadas por este miembro a los demás. Imagínese que *Compañía 1* adeuda a *Compañía 2* (C2) 2.000, a *Compañía 3* (C3) 500 y a *Compañía 4* (C4) 600. Imagínese también que *Compañía 1* es acreedora de *Compañía 5* (C5) por 1.000, de *Compañía 6* (C6) por 150 y de *Compañía 7* (C7) por 2.000. La posición de *Compañía 1* al cierre mensual quedaría como sigue:

posiciones acreedoras en el sistema	posiciones deudoras en el sistema
1.000 (C5)	2.000 (C2)
150 (C6)	500 (C3)
2.000 (C7)	600 (C4)

Saldo por diferencia: $(1.000 + 150 + 2.000) - (2.000 + 500 + 600) = 3.150 - 3.100 = 50$ a favor de *Compañía 1*

Ciertamente entre *Compañía 7* y *Compañía 1* no hay una situación de reciprocidad. Sin embargo, al haberse acordado que la compensación se practique de esta forma, las partes han prescindido de dicho requisito. Entonces la compensación producida hasta el momento de la declaración de concurso produce plenos efectos y, por ejemplo, no podrá ser atacada por la administración concursal de *Compañía 7* argumentando que *Compañía 1* ha sido pagada fuera del concurso.

La admisibilidad en el concurso de estos acuerdos no plantea ninguna dificultad. Como ya se ha señalado, podrán operar hasta el mismo momento de la declaración del concurso; nunca después. En este sentido, es excepcional el régimen consagrado por la Ley 41/1999, de sistemas de pago y compensación de valores, que ha sido declarada legislación especial frente a la Ley Concursal [disp. adic. 2.^a.2.i), a la que la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica, ha añadido un apartado tercero (v. disp. adic. 3.^a, de modificación de la Ley Concursal)]. Para estos supuestos, es posible invocar la compensación aun cuando los créditos hayan nacido al momento de la declaración del concurso (v. gr., a resultas de órdenes de transferencia recibidas y aceptadas por el sistema después de la incoación del procedimiento de insolvencia). Dicha excepción se justifica porque en este sector del tráfico el riesgo sistémico se manifiesta con especial crudeza (arts. 12 y 13 de la Ley 41/1999).

3.2.2. *El netting por novación*

Se trata de acuerdos más sofisticados que se sustentan básicamente sobre dos premisas: la primera, que Cayo y Ticio son partes de distintos contratos pendientes cuya ejecución se producirá en una fecha futura; y la segunda, que, a resultas del arreglo, todos los contratos que celebren se aglutinarán o amalgamarán por vía de novación en uno solo. Éste se ejecutará de una sola vez en la fecha pactada como fecha de pago o cierre (v., por ejemplo, Anexo II, apartado 3 de la Directiva 96/10/CE, de 21 de marzo, sobre reconocimiento por las autoridades competentes de compensación contractual, transpuesta por la disp. adic. 10.^a de la Ley 37/1998 de reforma

del mercado de valores, a la que se refiere bajo la enigmática expresión «... o efecto equivalente»). *La novación desplaza aquí a la compensación.* En principio, la novación se produce cada vez que las partes celebran un nuevo contrato; ahora bien, las partes pueden acordar otros momentos en los que se produzca la novación. En los casos de arreglos multilaterales resulta necesario desdoblarse las operaciones para asegurar el correcto funcionamiento de la novación. A modo de ilustración, véase el siguiente ejemplo: Cayo y Ticio son partes de sucesivos contratos de suministro de energía eléctrica que participan en un sistema de «netting» multilateral. Por cada contrato celebrado practican una anotación en el registro de la institución de compensación. Entonces el negocio se descompone en dos operaciones distintas: la primera, en virtud de la cual Cayo vende a la cámara la energía por valor de 1.000; y la segunda, en virtud de la cual Ticio compra a la cámara dicha energía por valor de 1.000. A partir de ese momento, los créditos se pueden consolidar por novación en la cuenta de cada una de las partes con la cámara. La principal desventaja de este tipo de acuerdos reside en que se trata de una herramienta contractual costosa, cuya utilización sólo compensa cuando el volumen de operaciones entre las partes es alto.

Como sucede en los demás casos de disposición anticipada de una facultad, la efectividad de este tipo de acuerdos depende de que se haya producido la consolidación de las obligaciones antes de la declaración de concurso. De nuevo, frente al concurso sólo habrá una obligación entre las partes que establezcan el pago de las sumas resultantes en las cuentas. Una vez declarado éste, la disposición anticipada de esta facultad carece de efectos.

3.2.3. *La liquidación bilateral por compensación o close-out netting*

Representa la tecnología contractual más sofisticada en materia de acuerdos de compensación y manifiesta toda su potencialidad en los contratos de derivados: opciones, futuros contratos a plazo, *swaps* o permutas financieras, etc. Para explicar la eficacia de tales cláusulas en el concurso se justifica, entonces, que antes haya que realizar un *excursus* acerca del funcionamiento de estos instrumentos.

Los derivados son instrumentos de cobertura o de minimización del riesgo asociado a las operaciones comerciales. A través de los mismos las partes se aseguran frente al riesgo que representan las oscilaciones que su precio pueda tener en un futuro. No es, pues, de extrañar que éstas simplemente se comprometan a abonarse la diferencia entre el precio pactado por la entrega de la prestación y el precio en el mercado en el momento en que la prestación debe ejecutarse, sin que los intercambios de cosa y precio lleguen a producirse. La conversión de la obligación de entrega en una obligación pecuniaria se logra a través de las llamadas *cláusulas de liquidación por diferencia*. Éstas se incorporan habitualmente a los contratos de derivados y convierten tal efecto en una operativa normal en estos mercados. Así, por ejemplo, Cayo es un agricultor que cultiva trigo y tiene interés en asegurarse que el precio al que venderá su cosecha dentro de un año será el mismo que el precio al que se negocia hoy la tonelada de cereal. Para ello celebra un contrato de futuro con Ticio, un industrial de la panadería, en virtud del cual éste se compromete a

comprar a Cayo su cosecha de trigo dentro de un año por 1.000 € la tonelada ($p_{to} = 1.000$ €). Este contrato también tiene interés para Ticio pues le permite asegurarse el suministro de trigo dentro de un año a un precio estable: el mismo al que lo compró el año anterior. En virtud de la cláusula de liquidación por diferencia, al vencimiento de la obligación Cayo no entregará a Ticio las toneladas de trigo acordadas, sino que éstos liquidarán sus posiciones por diferencia entre el precio pactado ($p_{te} = 1.000$ €) y el precio al contado el día del vencimiento de la operación [p_{te}]. Si $p_{te1} = 900$, Ticio deberá abonar a Cayo 100 € por tonelada para, de esta forma, compensar el menor precio del trigo en el momento del vencimiento. Si, por el contrario $p_{te2} = 1.200$, Cayo deberá entregar a Ticio 200 € para compensarle del sobreprecio que tendrá que satisfacer en el mercado a fin obtener el trigo necesario para mantener su producción. Estas operaciones financieras pueden celebrarse de forma aislada o agrupadas en una serie o paquete. Esto último es, por ejemplo, lo que sucede con los *swaps*, que no son otra cosa que un paquete de contratos a plazo. En estos casos, el bloque de operaciones financieras quedan agrupadas formalmente bajo un contrato marco que establece el régimen al que quedan sometidas todas ellas y del que se ha predicado un carácter sinalagmático.

En las situaciones de insolvencia, la parte *in bonis* de estas operaciones se enfrenta a dos tipos de riesgos. El primero es el *riesgo de quedar al descubierto* por la incertidumbre que se proyecta sobre el devenir de éstas. En el ejemplo anterior, si Ticio es declarado en concurso, el cumplimiento del contrato queda en el aire hasta que la administración concursal así lo decida y ello porque cada operación financiera puede ser vista como un contrato pendiente de ejecución que la administración concursal ha de cumplir o resolver (art. 61). Además, en estos supuestos es de prever que la administración concursal se comporte de manera estratégica, optando por el cumplimiento si $p_{te2} = 1.200$ y resolviendo si $p_{te1} = 900$, esto es, cuando tiene valor para la parte *in bonis*. El segundo tipo riesgo es el de *cherry picking*. En aquellos contratos que se configuran como un paquete o bloque de obligaciones (por ejemplo, los *swaps*), la administración concursal puede ejercitar su derecho de opción de una forma estratégica, asumiendo tan sólo el cumplimiento de aquellas obligaciones que resulten favorables al concurso y rechazando el cumplimiento de las obligaciones menos ventajosas (art. 61). La experiencia demuestra que ambos riesgos se minimizan incluyendo en los contratos de derivados dos tipos de cláusulas: las cláusulas de liquidación bilateral por compensación o *close-out netting* para minimizar el riesgo de falta de cobertura, y las cláusulas de terminación unificada para minimizar el riesgo de *cherry picking*. Se llega, así, al objeto que centra la atención del comentario: el *close-out netting*.

Como se decía, el riesgo de descubierto o de falta de cobertura se neutraliza a través de las cláusulas de liquidación bilateral por compensación o *close-out netting*. En esencia, éstas se componen de dos piezas: una *cláusula de liquidación anticipada*, cuya eficacia se anuda a la propia declaración de concurso y una *cláusula de compensación* que permite extinguir en la cantidad concurrente las deudas y créditos recíprocos que surjan entre las partes a resultas de la liquidación anticipada de cada una de las operaciones incluidas en el contrato marco. En virtud de la *cláusula de liquidación anticipada de las operaciones* se extinguen anticipadamente y las prestaciones debidas son sustituidas por una obligación dineraria cuyo importe se fija

por diferencia entre el precio pactado de la prestación y el precio de la prestación el propio día de la declaración de concurso. La prestación dineraria corresponderá a aquella de las partes para la que la operación tenga algún valor. Continuando con el ejemplo y extinguida la operación financiera a resultas de la declaración de concurso, Cayo y Ticio liquidarán sus posiciones tomando como referencia el valor del mercado del trigo en el momento de la declaración $[p_{tc}]$. Si $p_{tc1} = 900 \text{ €}$, Cayo tendrá un crédito ordinario a su favor por valor de 100 € $[p_{to} - p_{tc1} = 1.000 - 900 = 100 \text{ €}]$; si, por el contrario, $p_{tc2} = 1.200 \text{ €}$, Cayo no tendrá ningún crédito a su favor, pero sí Ticio $[p_{tc2} - p_{to} = 1.200 - 1.000 = 200 \text{ €}]$. En virtud de la cláusula de compensación las obligaciones dinerarias recíprocas que resulten de la extinción de cada operación financiera podrán ser compensadas. De esta forma, se minimiza el riesgo asociado a estos negocios. En principio, la compensación no se produce de forma automática, sino que será necesaria la emisión de la oportuna declaración de voluntad y habrá de verificarse sobre la concurrencia de los requisitos legales para poder compensar (arts. 1195 y 1196 CC). Sin embargo, no hay ningún problema para que la cláusula de compensación se configure de otro modo (por ejemplo, como una disposición anticipada de tal facultad). En el supuesto que sirve de ilustración, imagínense que, además, Cayo acuerda con Ticio que le venderá el trigo a 900 € , en el año 2 y a 800 € en el año 3. Dada la situación concursal de Ticio, estas operaciones también se extinguirán. Siendo el precio por tonelada tras la declaración de concurso $p_{tc} = 950 \text{ €}$, se cumple lo siguiente: para el primer año $p_{to} - p_{tc} = 1.000 - 950 = 50$ a favor de Cayo; para el segundo año $p_{tc} - p_{to} = 950 - 900 = 50$ a favor de Ticio; y para el tercer año $p_{tc} - p_{to} = 950 - 800 = 150$ a favor de Ticio. Esto significa que Cayo es acreedor de Ticio por 50 € , mientras que Ticio es acreedor de Cayo por 200 € ($50 + 150$). Ambas obligaciones habrán de saldarse por compensación ($150 - 50 = 100$). Una vez operada la compensación, el saldo resultante a favor de la parte *in bonis* habrá de ser comunicado al concurso como crédito concursal (v. art. 85). En caso contrario corresponderá a la administración concursal exigir el pago del saldo resultante a favor del concurso. En el ejemplo, eso significa que la administración concursa deberá reclamar a Cayo 100 € .

Ciertamente, invocar esta modalidad de compensación en sede concursal puede plantear alguna dificultad asociada básicamente a la inoponibilidad frente al concurso de estos mecanismos de desvinculación contractual. En este punto no hay que olvidar que están prohibidas todas las cláusulas que hagan inoperante el derecho de opción conferido a la administración concursal sobre los contratos pendientes de ejecución (art. 61.3) y, en principio, podría pensarse que una cláusula de liquidación bilateral por compensación vendría a producir tal efecto. Sin embargo, la objeción resulta poco fundada. En rigor, estas cláusulas no producen ninguno de los perjuicios que la regla concursal trata realmente de atajar. Y ello porque tales cláusulas no alteran la distribución que de otro modo correspondería a los acreedores privilegiando a unos en detrimento de otros y tampoco eliminan ningún activo del patrimonio concursal. A resultas de la extinción del contrato las obligaciones de entregar cosas específicas son sustituidas por una obligación dineraria que equilibra cualquier devaluación que pueda experimentar el patrimonio insolvente. Esto es tanto como decir que las partes del negocio quedan en la misma posición que si se hubiera hecho entrega efectiva de la cosa y seguidamente ésta se hubiera ena-

jenado en el mercado. Tan poderosos argumentos explican que estas cláusulas hayan recibido el respaldo expreso del legislador en dos supuestos: el primero, en el ámbito de los derivados en el que una de las partes sea una institución financiera que opera en el mercado español [disp.adic. 10.^a de la Ley 37/1998, de Reforma del Mercado de Valores, declarada regla especial frente al concurso por la disp. adic. 2.^a.2-f)]; y, el segundo, en el ámbito de las *garantías financieras* [arts. 1-n), 7 y 8 de la Directiva 2002/47/CE, de 6 de junio de 2002, que deberá ser transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico antes del 27 de diciembre de 2003 (art. 11)]. Ahora bien, de su expresa aceptación en estos supuestos no cabe deducir que estos pactos queden prohibidos en todos los demás. Todo lo contrario; estas cláusulas también pueden pactarse en otros *contratos análogos aunque caigan fuera del ámbito de aplicación de las normas referidas* (por ejemplo, cuando se celebre uno de estos contratos y una de las partes sea un suministrador de energía eléctrica y otro un distribuidor que buscan estabilizar precio y suministro para los próximos cinco años). De otro modo, la protección que brindan estos mecanismos quedaría restringida injustificadamente fuera del ámbito de las instituciones financieras. Para extender la protección a los contratos celebrados al margen de éstas es imprescindible que éstos respondan a la misma lógica de transmisión del riesgo que puede quedar frustrada a resultas de la declaración de concurso. La atribución a las partes de tal facultad en supuestos distintos a los estudiados no es admisible pues vendría a volatilizar un activo integrado en el patrimonio concursal (v. comentario al art. 61).

El riesgo de *cherry picking* se proyecta también sobre la posibilidad de dar por extinguido de forma unificada todo el contrato. En efecto, en un *swap* la administración concursal podría pretender que se extinguieran sólo algunas de las operaciones no ejecutadas al tiempo de la declaración de concurso, pero no las ya ejecutadas, pues, en rigor, éstas no estarían pendientes de ejecución. Asimismo, entre las no ejecutadas, cabría esperar que ésta exigiera el cumplimiento de las operaciones financieras favorables y no de las desfavorables con los efectos ya señalados. Es evidente, entonces, que este comportamiento de la administración del concurso haría imposible un tratamiento unificado del riesgo del negocio. Para neutralizarlo, las partes podrán vincular todos los pactos de forma tácita o de forma expresa a través de una *cláusula de extinción conjunta del negocio* incluida en el contrato marco que disciplina estas operaciones. En ellas se dispone que en caso de «lesión» de cualquiera de los contratos (v. gr., por declaración de concurso) todos se extinguirán de forma unificada. Es, pues, claro que el advenimiento del concurso provocará la extinción de todo el negocio y su sustitución por las correspondientes obligaciones dinerarias.

IV. El ejercicio de la compensación en el concurso

1. El ejercicio de la compensación contra el concurso

Los acreedores que pueden compensar en el concurso no tienen la carga de comunicar su crédito ni de superar el trámite de reconocimiento (arts. 85-87), pues *su satisfacción se produce al margen del procedimiento*. La parte *in bonis* únicamente

deberá comunicar el saldo a su favor resultante de la compensación. Del mismo modo, si resultara un saldo a favor del deudor insolvente, será la administración concursal quien se encargue de ejercitar tal derecho en interés de los restantes acreedores concursales y del propio deudor. Ahora bien, 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 correspondiera en la liquidación. Esa comunicación habría de ser entendida como una renuncia a la facultad de compensar ya ganada.

Los acreedores que invoquen la compensación quedarán al margen del concurso. Entonces, no tendrán que soportar los costes del procedimiento (por ejemplo, la deducción de los créditos contra la masa) y ni padecer los efectos del mismo (por ejemplo, interdicción de nuevas ejecuciones, interrupción del devengo de intereses, etc.). Asimismo, su ajenidad frente al concurso explica que la propuesta o la aprobación de un convenio no constituya límite alguno a su eficacia.

2. Controversias sobre la facultad de compensar

Aunque la ley guarda silencio sobre el particular, la facultad de compensar se ejercita siempre frente a la administración concursal. En caso de controversia acerca del ejercicio de tal facultad, se establece que se sustanciará ante el juez del concurso a través del oportuno incidente concursal. Para plantear tal controversia sobre la concurrencia de los requisitos para compensar no se exige en ningún caso que los créditos deban haber sido comunicados al concurso. Cuestión distinta es que rechazada la facultad de compensar se obligue al acreedor a comunicar su crédito al concurso y que pueda padecer las consecuencias de la subordinación (v. art. 92.1).

3. El ejercicio de la compensación por el concurso

La compensación puede operar a favor del propio deudor insolvente y, por lo tanto, del propio concurso. En tal caso, corresponderá ejercitarla a la administración concursal, sustituyendo la voluntad del deudor o complementándola. Básicamente, son tres los casos en los que podrá ejercitarse la facultad de compensar en interés del concurso: en primer lugar, cuando la compensación se utilice como modalidad de pago concursal (v. *infra* 3.1); en segundo lugar, cuando el crédito pasivo o crédito principal sea un crédito contra la masa (v. *infra* 3.2); y, en tercer lugar, cuando el titular del crédito activo o contracrédito sea el concursado y el crédito pasivo o principal opere como garantía (v. *infra* 3.3).

3.1. LA COMPENSACIÓN SE UTILIZA COMO MODALIDAD DE PAGO CONCURSAL

La administración concursal puede utilizar la compensación contra el crédito reconocido en el concurso, pero ésta sólo producirá efectos *por la cuota de liquidación*. La compensación se utiliza aquí como una forma particular de realizar el

pago en el concurso. A modo de ilustración, véase el siguiente ejemplo. La parte *in bonis* es titular frente al concurso de un crédito no dinerario y el deudor insolvente lo es, a su vez, de un crédito dinerario. La parte *in bonis* comunica su pretensión al concurso y ésta es reconocida y computada en dinero (art. 88). Calculada su cuota de liquidación o el porcentaje que este acreedor haya de obtener a través del convenio, la administración concursal podrá invocar la facultad de compensar por el valor correspondiente a dichas cuotas.

3.2. EL CRÉDITO PASIVO O CRÉDITO PRINCIPAL ES UN CRÉDITO CONTRA LA MASA

En la medida en que este crédito puede ser pagado íntegramente, no hay ninguna dificultad para que la administración concursal compense contra este crédito (crédito pasivo) el contracrédito del deudor insolvente por la totalidad de su importe (v. comentario a los arts. 84 y 155).

3.3. EL TITULAR DEL CRÉDITO ACTIVO O CONTRACRÉDITO ES EL PROPIO DEUDOR INSOLVENTE QUE TIENE LA COBERTURA DE UN CRÉDITO PASIVO

El crédito activo o contracrédito es un crédito a favor del deudor que se beneficia de la eficacia de garantía que proporciona la compensación (v. *infra* V). Estando presente tal eficacia, la administración concursal podrá ejercitar la compensación contra la totalidad del crédito pasivo o principal. Éste no habrá de comunicarse en el concurso y se utilizará en su totalidad para satisfacer el crédito perteneciente al concurso. De producirse la comunicación (art. 85), la administración concursal podrá oponerse al reconocimiento de cara a hacer posible la oportuna compensación. En la medida en que permite la satisfacción del crédito pasivo al margen de la ley del dividendo, esta opción sólo es posible si se admite en el concurso la tutela de la expectativa de compensación en los términos que se examinarán seguidamente.

V. Una interpretación superadora de la ley: la tutela de la expectativa de compensación en el concurso

1. La admisibilidad de la compensación después de la declaración de concurso

Doctrina y jurisprudencia se han venido fijando en la dimensión solutoria de la compensación para negarle cualquier tipo de eficacia en el concurso. Pero han ignorado por completo su dimensión de garantía. En principio, esto llevaría a pensar que queda sometida al régimen general, esto es, que la compensación no sería en ningún caso invocable en el concurso cuando no se hubiera evidenciado la situación objetiva de compensación antes de la declaración. Sin embargo, la oponibilidad al concurso de la función de pago no puede sujetarse a las mismas reglas que la oponibilidad de la función de garantía. Y ello porque al hacerlo se *desconocería la expec-*

tativa de compensación que se han formado las partes y que el derecho material tutela en no pocos supuestos. Paradigmáticamente el legislador protege dicha expectativa en los casos de cesión de créditos no consentida o no conocida por el deudor (v. art. 1198-III CC). Siendo esto así, no se aprecian razones para no protegerla también en otros: por ejemplo, frente a una cesión forzosa (v. gr., un embargo, el propio concurso, etc.). Además, mantener lo contrario supondría introducir en el ordenamiento jurídico una *contradicción de valoración injustificada*. Para evitarlo hay que superar la estricta literalidad de la regla e interpretarla de forma consistente con la tutela general de dicha expectativa. Así, cuando se exige que los «... requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración...», ha de entenderse que, respecto de la función de garantía que despliega la compensación, simplemente se reclama la *existencia de la expectativa de compensación antes de la declaración de concurso*. Ése, y no otro, es el dato o requisito relevante para poder invocar la eficacia de la compensación como protección frente al riesgo de insolvencia del deudor. En esos casos, es irrelevante que los créditos estén vencidos, o que no sean líquidos cuando se abra el procedimiento. El único dato de interés será la previa existencia de una expectativa de compensación que no pueda ser ya dañada por nadie.

Esta interpretación no constituye ninguna novedad. En buena medida se hallaba escondida tras las excepciones a la prohibición de compensación que tradicionalmente se habían venido aceptando por doctrina y jurisprudencia. Especialmente significativo en este punto es el *fenómeno de la conexidad*. De forma prácticamente unánime se ha reconocido efectos a la compensación en sede concursal cuando se trataba de *obligaciones conexas o ex eadem causa*, esto es, de obligaciones que procedían del mismo núcleo obligacional [por ejemplo, en un contrato de transporte, el crédito por los fletes adeudados frente al crédito por la comisión de porte y el importe de la descarga del barco (v. STS 7-VI-1983); o en un contrato de arrendamiento, el crédito por el canon arrendaticio frente al crédito por la restitución de los depósitos constituidos en manos de propietario, etc.]. La utilización de la compensación con un propósito de garantía en estas situaciones es evidente. Así lo intuyen quienes han intentado explicar esta excepción desde la lógica de las relaciones sinalagmáticas que impedirían a los órganos del concurso exigir el cumplimiento de la parte *in bonis* si no realizan al propio tiempo la prestación debida por el concursado. En efecto, cuando se dice que «... cada una de las partes tiene su causa en la realización de la prestación por la otra...» lo que se hace es presumir la existencia de una voluntad entre éstas de vincular recíprocamente sus obligaciones al pago de manera tal que se produzca un efecto de garantía. Siguiendo con los ejemplos, si Ticio adeuda a Cayo los fletes del contrato de transporte, es de suponer que al conceder crédito a su contraparte en el marco de ese contrato (v. gr., por la comisión del transporte y por el precio de las descargas) Ticio anticipará la posibilidad de realizar su crédito por compensación; y a la inversa: si Cayo concede a Ticio crédito por los fletes es porque puede anticipar que en el marco de ese contrato él será también deudor de Ticio y podrá satisfacerse por compensación. Asimismo, si Ticio adeuda a Cayo el importe del depósito constituido en su poder, es de esperar que Cayo conceda crédito por el pago de la renta anticipando la misma posibilidad; y a la inversa, si Ticio concede crédito a Cayo es porque ya anticipa su posible condición deudora y, con

ella, la posibilidad de satisfacerse por compensación. Con el paso del tiempo, esta vinculación entre las obligaciones se ha ido generando por cauces distintos al nexo contractual. En efecto, en aquellos sistemas concursales en los que sólo se acepta de forma muy restrictiva la eficacia de la compensación en el concurso, se ha ido estirando el concepto de conexidad hasta formar la denominada *conexidad funcional*. A través de este expediente se deja valer la compensación cuando se trata de obligaciones que las partes han buscado vincular para obtener el efecto de garantía aun cuando formalmente no deriven de un mismo núcleo obligacional. Nada distinto se puede decir de la admisibilidad en el concurso de la compensación convencional (v. *supra* III). Es comúnmente aceptado que a través de estos acuerdos las partes fortalecen o maximizan la eficacia de la compensación como garantía y minimizan su eficacia como subrogado del pago.

Si, como se decía, el reconocimiento de efectos a la compensación depende de la efectiva existencia de una expectativa de compensación antes de la declaración de concurso, no habrá de admitirse la compensación en todos aquellos supuestos en los que no exista *una expectativa de compensación digna de protección* en ese momento. Eso es lo que sucede con los créditos carentes de todo tipo de vinculación entre sí (por ejemplo, entre dos créditos por responsabilidad extracontractual cuya reciprocidad dimana de la mera casualidad). Lo mismo ocurre cuando el crédito contra el que se pretende compensar o crédito pasivo tiene una fecha de vencimiento anterior a la del crédito activo. En esos casos, el titular del crédito activo no ha podido formarse expectativa alguna, pues carece de la cobertura del crédito pasivo. Tampoco se manifiesta tal expectativa cuando se trate de créditos cuya vinculación se haya buscado de forma artificial, bien porque el acreedor adquiera una deuda, bien porque adquiera un crédito contra el deudor insolvente con posterioridad a la declaración de concurso. Ejemplo de lo primero es la adquisición de un crédito a resultas de un nuevo negocio celebrado con la administración concursal; ejemplo de lo segundo será la adquisición de un crédito de otro acreedor por vía de cesión tras la declaración de concurso. La misma razón explica que no pueda producirse la compensación contra aquellos créditos nacidos de una resolución específicamente concursal. Tal es el caso de los créditos derivados del ejercicio de las acciones revocatorias (arts. 71-73). Asimismo, habrá que excluir toda posibilidad de compensar cuando ésta *dependa de créditos que sean impugnables* por estar afectados de algún vicio que determine su ineficacia (nulidad, anulabilidad, etc.). Por fin, tampoco habrá de aceptarse la compensación contra créditos que procedan del patrimonio libre del deudor. Como es sabido, éste es el patrimonio que queda a su disposición tras la declaración de concurso y que, entre otros elementos, está integrado por los bienes y derechos de carácter inembargable (v. art. 76.2 y arts. 605-609 LEC). La separación existente entre ambas masas patrimoniales impide que se produzca compensación entre créditos pertenecientes a uno y otro patrimonio (por ejemplo, entre un crédito ordinario de un acreedor concursal resultante de la obligación de devolver un préstamo y un crédito por alimentos del deudor insolvente).

2. Requisitos para la tutela de la expectativa de compensación

Verificada antes del concurso la expectativa de compensación, este procedimiento no podrá operar como barrera que impida su juego. Ni siquiera podrá argumentarse que éste pondría en pie un privilegio no reconocido por el legislador y, por lo tanto, sin efectos en el concurso (v. art. 89.2). Como ya se avanzó, la prohibición de compensación se proyecta sólo sobre la función de pago, pero deja valer —en la medida en que no la prohíbe expresamente— su función de garantía y con ella la tutela de la expectativa de compensación. Ahora bien, puesto que aún no concurre una situación objetiva de compensación, la parte *in bonis* no podrá invocarla hasta que no se verifiquen todos los requisitos exigidos para ello (arts. 1195 y 1196 CC). Los créditos recíprocamente compensables no se benefician de ninguno de los efectos del concurso destinados a liquidar las obligaciones —por ejemplo, del vencimiento anticipado (arts. 88.4 y 146), del cómputo de los créditos en dinero (art. 88), etc.—. Lo contrario supondría atribuirles un privilegio injustificado que les facilitaría el cobro antes de lo realmente previsto. Respecto de la concurrencia de los requisitos legales para poder compensar, hay que remitirse a lo ya apuntado (v. *supra* II.2.). No obstante, en este momento cabe realizar un par de precisiones con relación a las exigencias de homogeneidad y de exigibilidad. Con relación a la *homogeneidad*, si el crédito perteneciente a la masa no es dinerario queda excluida la posibilidad de compensar, pues la falta de tal requisito habría impedido a las partes formarse expectativa alguna de compensación. Por el contrario, si el crédito concursal no es dinerario, tampoco concurrirá expectativa alguna. Sin embargo, el acreedor podrá compensar a través de la administración concursal [v. *supra* IV.2.]. En principio, no afecta a la homogeneidad el hecho de que los créditos sean de distinta condición (por ejemplo, un crédito ordinario y un crédito subordinado). No obstante, hay que reconocer que tal posibilidad puede verse limitada en el caso de las personas especialmente relacionadas con el deudor por la previsión de alzamiento de las garantías contemplada en la ley (art. 97.2). Con relación al requisito de la exigibilidad, es forzosa la *distinción entre condiciones suspensivas y condiciones resolutorias*. La condición resolutoria impuesta al crédito activo no ha de afectar a las posibilidades de compensar y ello porque, como es sabido, los créditos sujetos a tal condición han de ser tratados en el concurso como si fueran créditos puros y simples (art. 87.1). Si sobre los créditos pesa una condición suspensiva, no podrá invocarse la compensación hasta que ésta no se verifique y el crédito quede purificado.

VI. La excepción del artículo 205 (remisión)

La facultad de compensar créditos en el concurso cuando existen elementos de internacionalidad en la relación entre las partes está sometida a normas particulares. Queda, pues, excluida del régimen general (v. comentario al art. 205).