

InDret

REVISTA PARA EL
ANÁLISIS DEL DERECHO

WWW. INDRET.COM

Claves para entender la compensación en Europa

Xavier Basozabal Arrue

Facultad de Derecho
Universidad de Carlos III

BARCELONA, OCTUBRE 2009

*Abstract**

Los PECL y el DCFR han optado por un sistema de compensación por declaración extrajudicial y efecto no retroactivo. Este breve estudio histórico-comparado de las diversas formas de compensar en Europa facilita la información necesaria para valorar adecuadamente el alcance de esta propuesta y el cambio que supone respecto de sus precedentes.

The PECL and the DCFR have opted for a compensation system under extra-judiciary declaration and with no retroactive effects. This brief historic-comparative study of the different compensation systems in Europe provides the information needed to properly assess the scope of this proposal and the change that it means with respect to its precedents.

Title: Keys to understand the compensation in Europe

Palabras Clave: Compensación, PECL, DCFR

Keywords: Compensation, PECL, DCFR

Sumario

1. **Introducción**
2. **La compensación como escudo procesal**
3. **La compensación como medio de pago**
4. **La compensación automática**
5. **Breve reflexión sobre la compensación de créditos conexos**
6. **La compensación por declaración con efecto retroactivo**
7. **La compensación como garantía**
8. **La compensación por declaración sin efecto retroactivo**
9. **Bibliografía**
10. **Tabla de Sentencias**

* El presente artículo se enmarca en las actividades de la “Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado” (REDPEC) (SEJ2006-27567-E/JURI), coordinada por el Profesor Dr. D. Miquel Martín-Casals. Este trabajo es especialmente deudor de dos aportaciones sobresalientes sobre la materia. Se trata de las monografías de Luis Rojo Ajuria (*La compensación como garantía*, Madrid, 1992) y de Pascal Pichonnaz (*La compensation. Analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnels*, Fribourg, 2001), estudios serios con enfoques sugerentes y grandes dosis de sensatez que ofrecen un panorama completo de la institución y que permiten valorar cualquier propuesta normativa.

1. Introducción

En el estudio comparado de la compensación se suelen distinguir tres grandes familias jurídicas: la napoleónica, la germánica y la del common law ¹ ROJO AJURIA sintetiza con maestría lo propio de cada una de estas concepciones: “la compensación no es un pago, pero sí una garantía, en el Derecho anglosajón; la compensación es un pago, pero no una garantía en los ordenamientos jurídicos de influencia francesa; la compensación es un pago y una garantía, o un pago garantizado, en el ámbito de influencia alemana” (1992, p. 40). Sin perjuicio de que debamos aclarar qué se entiende por compensación-pago y por compensación-garantía, la constatación de estas diferencias podría alarmarnos sobre las posibilidades de llegar a una regulación común para el Derecho europeo de contratos. Quizá por esta diversidad, tanto los PECL como el DCFR han optado por una solución que no había cristalizado en ninguno de los modelos codificados, ni en la tradición del common law. Presentada como resultado de la evolución histórica de los diversos modelos jurídicos europeos de compensación, esta nueva propuesta equipara la compensación a un pago por declaración con efecto *ex nunc* (desde la declaración) y sin pronunciamiento expreso sobre su potencial como garantía, por carecer de una norma concursal que aclare las relaciones entre la compensación y el concurso. Con este trabajo se pretende realizar un breve recorrido histórico-comparado que permita valorar adecuadamente esta propuesta y cualquier otra regulación sobre la materia.

2. La compensación como escudo procesal

Lo que más sorprende al jurista continental que se asoma a la figura de la compensación en el ámbito del common law es constatar que ésta no es una forma de pago, un modo de extinción de obligaciones; sólo puede alegarse en juicio frente a una pretensión de pago, lo que implica que, como regla, no cabe el ejercicio extrajudicial de la compensación. La así llamada *independent set-off* se configura como un verdadero escudo procesal, como ocurrió durante siglos en el Derecho Romano. La compensación, entre las partes, queda reducida a una posibilidad de defensa en el proceso.

Sin embargo, la compensación adquiere en el common law una significación mucho más relevante cuando se ven implicados derechos de terceros. Si los créditos recíprocos representan entre sí una garantía mutua que asegura su futuro cobro por compensación, los derechos que los terceros adquieran sobre los créditos recíprocos (los derechos del cesionario, del embargante, del acreedor pignoraticio, del representante o del beneficiario oculto, del acreedor que reclama por subrogación² podrían poner en peligro esa expectativa de cobro. Si aceptamos que la existencia de créditos recíprocos compensables en el futuro debe tutelarse frente a los terceros que adquieren derechos sobre éstos con posterioridad a la situación de reciprocidad, estaremos dotando a la compensación de efectos *erga omnes*, y dándole el mismo papel que a una garantía.

¹ WOOD, 1989.

² WOOD, 1989.

ROJO explica que la jurisprudencia y la doctrina anglosajona tienden a resolver (aunque no de manera uniforme) los problemas de cesión y de embargo de créditos compensables desde la perspectiva de la pérdida de garantía que supone para cualquiera de los acreedores recíprocos. A esta posibilidad de compensar frente a terceros se denomina *insolvency set-off*. Precisamente porque su lógica es la de una garantía, opera frente a terceros cuando los derechos de éstos chocan con las expectativas de los titulares de los créditos recíprocos. Lo propio de la compensación anglosajona sería, por tanto, que entre las partes no constituye una forma de pago, pero frente a terceros tiene la eficacia de una garantía que privilegia a los titulares de créditos recíprocos frente a quienes adquieran derechos sobre éstos con posterioridad a la situación de reciprocidad.

La consecuencia más importante de que la compensación sea concebida como una institución judicial, y no como una modalidad de extinción de las obligaciones, es que el ordenamiento jurídico sólo admite excepcionalmente la compensación extrajudicial. El momento en el que dos patrimonios comienzan a deberse mutuamente cierta cantidad concurrente no es relevante. Puede llegar a serlo la situación de créditos recíprocos, en la medida en que entendamos que la expectativa de compensar debe constituir una garantía para los titulares de aquéllos frente a los terceros que adquieran derechos sobre ellos. En la práctica, la compensación como escudo procesal tiene otras consecuencias, como que lleva a que sean las partes las que pacten sobre la compensación, tanto para posibilitarla como para excluirla³. Es más, como dice WOOD, los contratos que prohíben al deudor la compensación son de gran importancia comercial, porque consiguen que el pago sea predecible.

Otro supuesto en el que se reconoce a la compensación el papel de una garantía es el del contrato de cuenta corriente, o situación asimilada, en el cual, como ocurre con la *insolvency set-off*, la compensación entre las partes es oponible a los terceros⁴. La idea de que la liquidación de una cuenta corriente afecta a terceros es fácil de comprender: los terceros sólo pueden adquirir derechos sobre el saldo final, una vez se ha cerrado la cuenta corriente, lo que desde un punto de vista práctico es equiparable al efecto que produce una garantía. En realidad, se trata de fenómenos distintos, pues en la cuenta corriente se trata de liquidar la relación jurídica para conocer finalmente quién resulta acreedor de quién, aunque para decidirlo haya precisamente que “compensar” (en sentido vulgar) las cantidades que ambas partes se deben en virtud de dicha relación. Esta “compensación” consigue que la relación contractual quede blindada frente a las injerencias de terceros hasta que se haya liquidado. Algo similar puede observarse en el funcionamiento de los mercados financieros, que impiden a los terceros obtener derechos sobre las cantidades invertidas, hasta que no se liquiden las relaciones entre cada inversor y el mercado, equiparando así las relaciones internas del mercado a las que se producen en un contrato de cuenta corriente.

³ ROJO, 1992.

⁴ WOOD, 1989 y ROJO, 1992.

Desde esta perspectiva se entiende bien que esta misma idea de “garantía recíproca” se reconozca a los créditos compensables que nacen de la misma relación jurídica o de relaciones jurídicas conexas. Los autores hablan para estos casos de una *transaction set-off*, que se puede hacer valer por las partes sin tener que acudir al juez⁵.

Reflexionando sobre el modelo anglosajón, PICHONNAZ explica, con términos más cercanos a nuestra concepción de la compensación, que cuando los créditos recíprocos son líquidos, ésta sólo puede declararla el juez (*independent or legal set-off*), pero que cuando el contracrédito (crédito del compensante) no es líquido, pero proviene del mismo contrato que el crédito principal, o de un contrato conexo, la compensación puede ser declarada por una parte, que hace valer su garantía (*transaction set-off*) sin necesidad de acudir al juez. Finalmente, el mencionado autor hace hincapié en que los tribunales ingleses aceptan cada vez con mayor frecuencia la *equitable set-off*, en virtud de la cual, la compensación tiene lugar por declaración unilateral de una parte, lo que acerca significativamente la compensación anglosajona a una compensación entendida en sentido material como pago realizado por declaración de voluntad extrajudicial⁶. La compensación por declaración extrajudicial es igualmente posible cuando las partes lo hubiesen acordado.

3. La compensación como medio de pago

Es opinión común que aquel escudo procesal del Derecho Romano fue evolucionando hasta convertirse en una institución de derecho material: un medio de extinción de obligaciones, una forma de pago que libera al deudor y satisface el interés del acreedor. Las consecuencias jurídicas de considerar la compensación como pago son importantes⁷. Cuando un acreedor recíproco cumple su prestación se arriesga a que el otro incumpla la suya, o a que sea insolvente para afrontarla. Si finalmente éste incumple, aquél no podrá repetir lo pagado “en compensación” por lo que no recibe, ni tendrá un privilegio sobre lo pagado para poder cobrarse con preferencia al resto de acreedores. Sin embargo, cuando un acreedor recíproco compensa, se evita los riesgos de incumplimiento e insolvencia. A esto es a lo que PERLINGIERI ha llamado la dimensión de autotutela de la compensación⁸. Desde esta perspectiva, la compensación juega un papel similar al de otros mecanismos de protección, como el derecho de retención o la excepción de contrato incumplido. Si además sus efectos se producen desde el momento en que pudo producirse el pago (desde que se dieron los requisitos de compensabilidad), la tutela que ofrece la compensación llega hasta impedir las consecuencias del incumplimiento. No se negará que en la

⁵ PICHONNAZ, 2001.

⁶ PICHONNAZ, 2001.

⁷ ROJO, 1992; en contra, GONZÁLEZ PALOMINO, 1964.

⁸ PERLINGIERI, 1972.

relación *inter partes* una compensación entendida como pago introduce un importante contenido de autotutela para cada parte⁹.

Conviene apreciar que la perspectiva de una compensación entendida como pago es la de la relación entre las partes compensantes, entre los obligados al pago, y no prejuzga sobre las relaciones entre éstos y los terceros. Ahora bien, como pone el acento en la situación de compensabilidad entendida como momento en el que resulta posible el pago, puede parecer que esta concepción de la compensación orienta la resolución de los conflictos frente a terceros poniendo el acento en el mismo momento: lo que éstos adquieren antes de producirse la “hipótesis de pago” (o situación de compensabilidad) es oponible frente a la compensación, lo que adquieren después no, puesto que para entonces ya se habrá producido el pago por compensación. Esta es de hecho la solución por la que optó el *Code*, y por la que se ha decantado nuestro legislador. Pero conviene tener claro que esta solución a los conflictos frente a terceros no es una necesidad dogmática impuesta por la concepción de la compensación como pago. Podía haber sido otra, porque otra pudo ser la política jurídica del legislador.

La conquista histórica de la compensación como pago no tiene que ver, por tanto, con si se quiso que jugase el papel de una garantía para los compensantes frente a terceros. Lo que se quiso es evitar que fuese necesario verse demandado en juicio para poder pagar por compensación. En la relación *inter partes*, los límites a la oponibilidad de la compensación están representados por el ámbito legalmente excluido: art. 1293 *Code*; art. 1200 CC; §§ 390, 393 y 394 BGB.

La concepción de la compensación como pago, esto es, como institución de derecho material y no puramente procesal, dejaba sin resolver algunos aspectos prácticos importantes, y especialmente, la forma de operar de este peculiar pago. Durante siglos se sucedió una discusión sobre si la compensación tenía lugar de forma automática (*ope legis*, en la expresión que Justiniano legó para siempre a la historia de esta institución), en el mismo momento en que concurrían los presupuestos del pago recíproco; o si debía alegarse en juicio para poder producirse, aunque después los efectos se consideraran producidos desde aquel momento en que se produjo la situación de compensabilidad; o si debía alegarse en juicio con efectos desde la alegación, salvo que razones de equidad avalasen la necesidad de eludir determinadas consecuencias del incumplimiento, para lo cual se aceptaba la extinción automática desde la compensabilidad.

La regla del efecto automático sin alegación encontró simpatías entre los autores de la Escuela humanista, en Hugues DONEAU y entre los iusnaturalistas (significativamente en GROCIO y WOLFF), cuyas ideas fueron finalmente a plasmarse, a través de la herencia de DOMAT y POTHIER, en el *Code*. Se defiende que la mera existencia de créditos recíprocos da inmediatamente a cada acreedor el valor de su crédito, lo sepa o no, porque se aprecia una “razón natural” en la idea de que *el acreedor que dispone en su patrimonio del valor que se le debe, se encuentra ya de hecho pagado*. En un contexto jurídico patrimonial estático no resulta difícil de aceptar que la concurrencia de créditos recíprocos conduce lógicamente a su simultánea extinción, *presumiéndose* además que

⁹ ROJO, 1992.

ninguna otra podría ser la voluntad de las partes¹⁰. La compensación acontece desde que concurren los créditos recíprocos y se cumplen los requisitos de compensabilidad, y produce efectos desde ese momento.

La idea de una “retroacción” de los efectos de la compensación aparece en el pensamiento de DONEAU, pues para éste, además de la compensación *ope legis* que acaba de explicarse, existe otra forma de compensación que sí necesita alegarse como excepción en juicio, y para ésta sí le parece adecuado que los efectos se produzcan, no desde la alegación, sino desde la coexistencia de los créditos recíprocos compensables, por consideraciones de equidad¹¹. En efecto, cuando la compensación sólo puede hacerse valer en juicio como excepción, no parece adecuado hacer cargar con las consecuencias del incumplimiento a quien ha tenido que esperar a resultar demandado para poder oponer la compensación.

En la tradición del Derecho histórico español, la regla general era que la compensación debía ser opuesta (excepcionada) para producir efecto desde ese mismo momento. Para evitar las consecuencias del incumplimiento contrarias a la equidad (una pena convencional o unos intereses usurarios, pero no los intereses convencionales lícitos, que la compensación no tiene por qué evitar), se concedió que en tales casos la compensación operara *ipso iure*, sin necesidad de alegación de parte, con efectos desde el momento en que hubieran podido pagarse por compensación ambas deudas. El efecto automático no era, por tanto, la regla, sino que se reservaba a los supuestos en los que la equidad aconsejaba evitar ciertas consecuencias del incumplimiento, o cuando una y otra deuda hubiesen nacido del mismo contrato. En cualquier caso, el efecto puede ser *ex nunc* desde la alegación, o *ex tunc* desde la compensabilidad; la idea de retroacción resulta extraña en este contexto¹².

4. La compensación automática

Un sistema dual, con regla general y excepciones justificadas por la equidad, no podía satisfacer las aspiraciones de una codificación liberal, como la francesa, que pretende proponer reglas únicas, claras, simples y extraídas de la razón natural. A través de la herencia de DOMAT y POTHIER, el *Code* adoptó el sistema de compensación automática sin alegación:

Article 1289: Lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes, de la manière et dans les cas ci-après exprimés.

Article 1290: La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs ; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives.

¹⁰ LAURENT, 1876 y GERNHUBER, 1983.

¹¹ PICHONNAZ, 2001.

¹² JIMÉNEZ MANCHA, 1999.

Article 1291: La compensation n'a lieu qu'entre deux dettes qui ont également pour objet une somme d'argent, ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce et qui sont également liquides et exigibles. Les prestations en grains ou denrées, non contestées, et dont le prix est réglé par les mercuriales, peuvent se compenser avec des sommes liquides et exigibles.

Article 1292: Le terme de grâce n'est point un obstacle à la compensation.

Article 1293: La compensation a lieu, quelles que soient les causes de l'une ou l'autre des dettes, excepté dans le cas : 1° De la demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé ; 2° De la demande en restitution d'un dépôt et du prêt à usage ; 3° D'une dette qui a pour cause des aliments déclarés insaisissables.

Article 1294: La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal ; Mais le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution. Le débiteur solidaire ne peut pareillement opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur.

Article 1295: Le débiteur qui a accepté purement et simplement la cession qu'un créancier a faite de ses droits à un tiers, ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant. A l'égard de la cession qui n'a point été acceptée par le débiteur, mais qui lui a été signifiée, elle n'empêche que la compensation des créances postérieures à cette notification.

Article 1296: Lorsque les deux dettes ne sont pas payables au même lieu, on n'en peut opposer la compensation qu'en faisant raison des frais de la remise.

Article 1297: Lorsqu'il y a plusieurs dettes compensables dues par la même personne, on suit, pour la compensation, les règles établies pour l'imputation par l'article 1256.

Article 1298: La compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à un tiers. Ainsi celui qui, étant débiteur, est devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite par un tiers entre ses mains, ne peut, au préjudice du saisissant, opposer la compensation.

Article 1299: Celui qui a payé une dette qui était, de droit, éteinte par la compensation, ne peut plus, en exerçant la créance dont il n'a point opposé la compensation, se prévaloir, au préjudice des tiers, des privilèges ou hypothèques qui y étaient attachés, à moins qu'il n'ait eu une juste cause d'ignorer la créance qui devait compenser sa dette.

[Artículo 1289: Cuando dos personas sean deudoras la una con respecto de la otra, se operará entre ellas una compensación que extinguirá sus deudas, de la manera y en los casos expresados a continuación.

Artículo 1290: La compensación se operará de pleno derecho por la sola fuerza de la ley, incluso al margen de los deudores; las dos deudas se extinguirán recíprocamente, en el instante en que se encuentre que existen a la vez, hasta la concurrencia de sus cuotas respectivas.

Artículo 1291: La compensación sólo tendrá lugar entre dos deudas que tengan igualmente por objeto una suma de dinero o una cierta cantidad de cosas fungibles de la misma especie y que sean igualmente líquidas y exigibles. Las prestaciones en granos o mercancías no impugnadas, y cuyo precio sea regulado por las listas de precios de los mercados, podrán compensarse con sumas líquidas y exigibles.

Artículo 1292: El término de gracia no constituirá un obstáculo para la compensación.

Artículo 1293: La compensación tendrá lugar, sean cuales fueren las causas de una o de la otra de las deudas, exceptuándose el caso: 1º de la demanda de restitución de una cosa de la que su propietario hubiera sido injustamente despojado; 2º de la demanda de restitución de un depósito y de un préstamo de uso; 3º de una deuda que tuviera por causa alimentos declarados inembargables.

Artículo 1294: El fiador podrá oponer la compensación de lo que el acreedor deba al deudor principal; pero el deudor principal no podrá oponer la compensación de lo que el acreedor deba al fiador. El deudor solidario no podrá tampoco oponer la compensación de lo que el acreedor deba a su codeudor.

Artículo 1295: El deudor que haya aceptado pura y simplemente la cesión que un acreedor haya hecho de sus derechos a un tercero, no podrá oponer al cesionario la compensación que hubiera podido, antes de la aceptación, oponer al cedente. Con respecto a la cesión que no haya sido aceptada por el deudor, pero que le hubiera sido notificada personalmente, sólo impedirá la compensación de los créditos posteriores a esta notificación.

Artículo 1296: Cuando las dos deudas no sean pagaderas en el mismo lugar, sólo se podrá oponer la compensación haciendo constar los gastos de envío.

Artículo 1297: Cuando existan varias deudas compensables debidas por la misma persona, se seguirán, para la compensación, las reglas establecidas para la imputación en el artículo 1256.

Artículo 1298: La compensación no tendrá lugar en perjuicio de los derechos adquiridos por un tercero. Igualmente aquel que, siendo deudor, se convierta en acreedor desde el embargo de retención por un tercero, no podrá, en perjuicio del embargante, oponer la compensación.

Artículo 1299: Aquel que haya pagado una deuda que sea, de derecho, extinguida por compensación, no podrá, reclamando el crédito del que no hubiera opuesto la compensación, valerse, en perjuicio de terceros, de los privilegios e hipotecas que le estén aparejados, a no ser que haya habido justa causa en la ignorancia del crédito que debía compensar su deuda. ^{13]}

La compensación entendida como institución de derecho material hacía posible el pago extrajudicial por compensación; pero el efecto *ope legis* no significó nunca que la compensación pudiese apreciarse de oficio por el juez. Como hubiese ocurrido hasta entonces y seguiría ocurriendo después, el problema de la necesidad de alegación de la compensación en el juicio no quedó resuelto por el hecho de que ésta ocurriera *ope legis*, y de hecho en el juicio debía alegarse, aunque sus efectos se consideraran producidos desde la situación de compensabilidad. Tampoco se dudó en ningún momento de que cabía la renuncia (también tácita) a la compensación “ya operada”. En otros supuestos se hacía necesario acudir a la voluntad del deudor para solucionar algunos conflictos, como el planteado por la cesión de un crédito compensable (art. 1295), o por la imputación de varios créditos compensables (art. 1297). Los mismos problemas se planteaban en el marco de nuestro Derecho codificado¹⁴.

¹³ Traducción de Legifrance.

¹⁴ BASOZABAL, 2006.

Puede decirse que, en la práctica, los sistemas de compensación automática nunca han podido evitar convertirse *de facto* en sistemas de compensación declarada y efecto retroactivo, que es la explicación que uno encuentra en los manuales y en la jurisprudencia de los países de la familia napoleónica. A modo de ejemplo, la STS, 1ª, 15.2.2005 (Ar. 1672; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel) afirma que “ese llamado automatismo de la compensación es expresión de la idea de que la neutralización de las deudas se produce desde el mismo momento en que concurren los requisitos precisos, mas no en el sentido de que no sea necesario para compensar que lo quiera, al menos, uno de los deudores. Exigencia de declaración que deriva del principio dispositivo rector del proceso civil, como reflejo en él del poder de disposición que sobre el derecho subjetivo a que se refiere es reconocido a las partes”. Y en un texto aún más significativo, la STS, 1ª, 21.12.2006 (Ar. 308; MP: Encarnación Roca Trías) explica que “ciertamente, el problema del automatismo de la compensación ha sido largamente discutido, pero a la vista de las disposiciones del Código civil, que repite en los artículos 1197, 1198 y 1200, la frase «oponer la compensación», debe concluirse que el juego de la compensación exige una declaración de voluntad de los interesados, declaración que puede ser judicial o extrajudicial”. La compensación por declaración extrajudicial y efecto retroactivo forma parte también de la “Propuesta de modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos” de la Comisión General de codificación.

Además, los verdaderos problemas prácticos del “modelo automático” tenían otro origen. La pretensión de que tenga lugar un pago por “neutralización patrimonial” sin el concurso de ninguna declaración de voluntad (ni judicial, ni convencional, ni proveniente de la autonomía de alguno de los afectados) exige una determinación exacta de la cantidad extinguida; si se necesitara un acuerdo convencional o una decisión judicial para fijar la cantidad, ya no estaríamos ante un pago legal automático. Desde esta perspectiva, la liquidez se convierte en la clave de bóveda del edificio de una compensación automática sin alegación, pero también en su pieza más frágil, pues en demasiadas ocasiones impedirá compensar en situaciones razonablemente compensables. Por ejemplo, obligará al deudor/titular de un contracrédito temporalmente ilíquido a pagar su deuda recíproca de modo inmediato, haciéndole correr con el riesgo de que poco después su acreedor recíproco no cumpla. Parece razonable considerar la posibilidad de diferir el pago hasta que se liquide su crédito y pueda compensar.

Así, el mandatario que debe restituir una suma de dinero que ha recibido por cuenta del mandante y que puede pretender la indemnización de un daño que ha sufrido por su actividad como mandatario, debería poder “retener” lo que debe hasta que se fije el daño que le adeuda el mandante. No parece justo hacer pagar de forma inmediata a quien en breve y por un crédito derivado de la misma relación podrá compensar. Se le obliga a correr con el riesgo de insolvencia de la otra parte a la que ahora paga, privándole de una defensa similar a la que proporcionan el derecho de retención o la *exceptio non adimpleti contractus*¹⁵.

Son estas hipótesis las que empujaron a los tribunales franceses del S. XIX a “crear” una compensación judicial que posibilitara compensaciones no-legales que se veían convenientes. Su finalidad no era por tanto la de posibilitar un doble pago, sino la de asegurar una garantía de

¹⁵ PICHONNAZ, 2001.

pago a un deudor a través de su contracrédito todavía ilíquido, como si se tratara de una “variante obligacional” del derecho de retención sobre un bien que debe restituirse a quien a su vez es deudor. Aunque la cuestión sobre cuándo –en qué casos– pueden los jueces hacer uso de esta facultad sigue hoy sin estar resuelta, se ha propuesto que, por su cercanía con los supuestos en los que resulta aplicable la *exceptio non adimpleti contractus*, la compensación judicial sólo proceda en supuestos en los que existe una relación de conexión entre los créditos recíprocos. Claro que el concepto de relación de conexión no es unívoco y la práctica jurisprudencial tampoco ha sido homogénea en este punto.

En Italia, la compensación judicial no es otra que aquélla en la que un juez liquida una de las deudas mediante una operación simple y rápida, que es lo que permite el artículo 1243 II del *Codice*. La finalidad de esta compensación judicial no es por tanto la de garantizar el pago de un crédito conexo, sino la de posibilitar la compensación cuando la iliquidez puede ser suplida por un juez de forma sencilla.

La compensación judicial de la jurisprudencia española se presenta en términos más genéricos. La STS, 1ª, 30.4.2008 (Ar. 2689; MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta) afirma que la compensación judicial “acaece en aquellos supuestos en que los créditos no reúnen todos los requisitos exigidos –siendo misión del Juez completar la ausencia de los mismos–”. En la práctica, esta modalidad se convierte en la posibilidad de valorar judicialmente si la compensación resulta razonable, a pesar de no cumplir algún requisito (habitualmente, el de liquidez).

Otras maneras de compensar que ayudan a ampliar el ámbito de posibilidades son la compensación convencional y la compensación facultativa: la primera es aquélla que se produce en los términos pactados por los compensantes; en la segunda, la parte que podría alegar la falta de alguno de los requisitos de la compensación, solicita la compensación, renunciando así a hacer valer aquella falta. La STS, 1ª, 3.4.2006 (Ar. 1911; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel) trata de la compensación facultativa, aunque no la llame de esta manera: “Es preciso, en definitiva, que los dos acreedores puedan reclamar al respectivo deudor su cumplimiento, lo que, en el supuesto de que se trate de deudas a plazo, no cabe mientras éste no haya vencido (artículo 1125 del Código civil), a no ser que se hubiera establecido (en contra de lo que es regla general: artículo 1127 del Código civil) en beneficio de quien opone la compensación y puede renunciar a él”.

Desde esta perspectiva, compensación judicial, convencional y facultativa aparecen como formas de flexibilizar la compensación legal automática y su rigidez. Por eso no puede extrañarnos que los efectos de aquéllas no sean retroactivos: al fin y al cabo, la compensabilidad no llega hasta que es alcanzada en el juicio, en el acuerdo, o en la decisión de querer compensar por parte de quien podría haberse opuesto.

PICHONNAZ no ve inconveniente en afirmar que la compensación automática francesa es hoy un cadáver. En primer lugar, porque la exigencia de alegación para que el juez pueda tenerla en cuenta en el juicio ha llevado a que la propia jurisprudencia la considere como el factor que constituye la compensación. En segundo lugar, porque la llamada compensación facultativa ha introducido una compensación por declaración sin efecto retroactivo en el sistema francés. En tercer lugar, porque la renuncia a la

compensación ganada confirma la importancia de la manifestación de voluntad en el sistema compensatorio francés. La compensación automática en la que no intervienen las partes no es más que un mito. El sistema francés se acerca hoy más a una compensación por declaración con efecto constitutivo, y por supuesto, retroactivo, aunque éste no se dé en la compensación facultativa ¹⁶.

En cuanto a las relaciones entre la compensación y los derechos de los terceros, el artículo 1298 del *Code* establece que “la compensación no tienen lugar en perjuicio de derechos adquiridos por terceros”. Esta decisión no se explica porque el codificador francés optase por una compensación entendida como pago automático, sino porque prefirió el principio de la responsabilidad universal del patrimonio del deudor y la regla de la *par conditio creditorum* para resolver los conflictos concursales¹⁷. El efecto *ope legis* hubiera podido afectar a los terceros si el codificador lo hubiera decidido así, pero no lo hizo, conforme a las razones de política jurídica con que quiso resolver el conflicto entre compensantes y terceros. Del mismo modo que en Derecho anglosajón el hecho de que la compensación sea concebida como un escudo procesal no es la razón por la que aquélla es oponible en los supuestos de insolvencia, en el Derecho francés los criterios para resolver los conflictos entre los compensantes y los terceros no provienen de cómo hayamos configurado la compensación inter partes, sino de los principios de política jurídica que el legislador quiso hacer valer. Con todo, el hecho de que el efecto *ope legis* se ligara a una solución en la que lo que puede oponerse a terceros es la situación de compensabilidad, ha hecho que se confundan los planos y que se ligue la compensación entendida como pago automático a la que tiene frente a terceros el mismo tratamiento que un pago. Este es de hecho el panorama que presentan el Derecho francés y el Derecho español.

En este modelo, el momento decisivo es aquél en el que se cumplen los requisitos de compensabilidad, o momento del pago recíproco. Con alegación o sin ella, los efectos se producen desde este momento. Lo que haya ocurrido antes afectará a la compensación; lo que ocurra después (embargo, concurso) deberá contar con que la compensación ya ha tenido lugar, aunque los propios textos legales puntualicen unas cuantas excepciones (la renuncia, la cesión, la imputación...). La compensación es y funciona frente a terceros como un pago (el paralelismo resulta especialmente claro en los artículos 1165 y 1196.5º de nuestro Código civil), un pago doble, automático y *ordinario*.

5. Breve reflexión sobre la compensación de créditos conexos

Hasta ahora la idea de que los créditos conexos necesitan un tratamiento específico ha aparecido tanto en el ámbito del common law, con la figura de la *transaction set-off*, como en Francia, donde los créditos conexos han provocado la aparición de la compensación judicial. También reconocía su peculiaridad el Derecho histórico español, como uno de los supuestos en los que quedaba justificado el efecto *ipso iure* de la compensación. En todos los casos late el deseo de que los créditos conexos representen una garantía de cobro mutuo.

¹⁶ PICHONNAZ, 2001.

¹⁷ ROJO, 1992.

El problema fundamental está en que no resulta nada clara la delimitación del supuesto de hecho de los créditos conexos.

Se ha criticado que el fenómeno de la compensación de dos créditos “independientes” se considere el mismo que el que acontece cuando los créditos nacen de una misma relación sinalagmática. Parece claro que una cosa es liquidar una relación jurídica (como ocurre en la relación de cuenta corriente), para la que se necesita “compensar” en sentido vulgar hasta obtener el saldo a favor de una de las partes; y otra cosa es compensar créditos provenientes de relaciones jurídicas distintas. Esta es la razón por la que se propone que no debería distinguirse entre dos formas de compensación, independiente (*independent set-off*) y de deudas conexas (*transaction set-off*), sino entre la compensación en sentido técnico-jurídico y una compensación en sentido vulgar, entendida como simple liquidación contable del debe y el haber de una única cuenta, dentro de una única relación bilateral o de relaciones subordinadas. Las denominadas “compensación en cuenta corriente” y “compensación de deudas conexas” nos remiten a una regulación distinta de la aplicable a la llamada “compensación independiente”¹⁸. Nuestra jurisprudencia también ha sido reacia a aplicar el régimen jurídico de la compensación dentro de una relación sinalagmática [STS, 1ª, 7.6.83 (Ar. 7000; MP: Cecilio Serena Velloso) y STS, 1ª, 21.12.88 (Ar. 9745; MP: Rafael Casares Córdoba)].

Pero, ¿qué ocurre con los créditos de una misma relación jurídica que no están ligados entre sí por esa relación de “saldo”, sino por una mera concurrencia? ¿Por qué no podría el arrendatario compensar una indemnización de daños todavía ilíquida que le debe el arrendador con la renta del mes en curso? ¿Sería la solución distinta si la deuda indemnizatoria es contractual o extracontractual? Sin duda podríamos imaginar muchas otras hipótesis en las que la conexión entre los créditos se presenta con su peculiaridad y en cada caso deberemos preguntarnos si tales “créditos conexos” deben tratarse como una cuenta corriente (liquidándose antes de considerar los derechos de terceros) o como una compensación ordinaria (atendiendo, al menos en Derecho español y francés, al momento de compensabilidad).

Al final parece que se trata de flexibilizar la compensación de un contracrédito ilíquido cuando está ligado de tal manera al crédito principal, que se considera “mejor que su contrario” que ambos terminen jugando entre sí un papel de garantía. Es una curiosidad que en el common law hablemos de una excepción a la compensación judicial, y que en el derecho francés sea la compensación judicial la que protagoniza la excepción. En el fondo late la idea de que parece injusto obligar a pagar un crédito a quien es titular de otro crédito ligado a éste, aunque ilíquido, contra su acreedor. Con todo, no nos hemos movido mucho respecto del punto de partida: no se ha delimitado suficientemente el supuesto de hecho al que haya de aplicarse.

La tradición recibida por los PECL y el DCFR es la francesa, y tanto aquéllos como éste permiten compensar el contracrédito ilíquido, cuando fuese conexo, pues se presume que su compensación no causa daño a la otra parte. Hay otra previsión específica para los créditos conexos, según la

¹⁸ ROJO, 1992 y BIANCA, 1990.

cual, el deudor cedido puede oponerlos sin límite temporal frente al cesionario. En cualquier caso, poco nos aporta su regulación, pues tampoco delimitan –en absoluto– el supuesto de hecho.

6. La compensación por declaración y efecto retroactivo

La debilidad dogmática de un pretendido “sistema” de compensación automática-pero-alegada que en la práctica se ve obligado a flexibilizar el requisito de liquidez con ulteriores modalidades compensatorias (judicial, convencional y facultativa) no podía satisfacer la solidez dogmática a la que aspiraba la pandectística, que a medida que avanza el siglo XIX va dando una importancia creciente al rol que desempeña la autonomía de la voluntad, tanto en la conclusión del contrato, esto es, en el nacimiento de los créditos, como en la extinción de éstos, incluido el supuesto de compensación. Se va abriendo paso la idea de que el principio de autonomía de la voluntad exige que “en un momento dado el titular de un crédito recíproco pueda reconocer que éste ha sido satisfecho”¹⁹. Parece, por tanto, necesario que la declaración compensatoria sea esencial para producir el efecto extintivo, esto es, que se trate de una declaración *constitutiva* del efecto compensatorio, aunque luego se vea conveniente que éste comience, no desde la declaración, sino desde la situación de compensabilidad, con carácter retroactivo. El reto de los pandectistas en materia de compensación consistió en encontrar “la forma de conciliar el principio de una compensación por declaración, de una parte, con los textos romanos que parecen hacer producir los efectos de la compensación desde la coexistencia de los créditos recíprocos compensables”²⁰.

Poner el peso en la declaración de voluntad permitía explicar con coherencia los problemas que planteaban las hipótesis de renuncia, de cesión, o de imputación de deudas compensables, supuestos en los que siempre se había dado relevancia a aquélla. Sin embargo, la centralidad de la declaración no explicaba que para las fuentes romanas los intereses moratorios, la cláusula penal o las demás consecuencias de la mora del deudor cesaran desde la compensabilidad, y no desde que la compensación se hubiese hecho valer; o que se pudiera compensar un crédito que hubiese prescrito cuando la compensación resultaba alegada. A partir de estas fuentes, y respetando que tales consecuencias venían impuestas por su contenido material de equidad, se aceptó aquella idea propuesta por Doneau de que los efectos de la compensación alegada debían retrotraerse al día en que se produjo la situación la compensabilidad:

§ 387 Voraussetzungen. Schulden zwei Personen einander Leistungen, die ihrem Gegenstand nach gleichartig sind, so kann jeder Teil seine Forderung gegen die Forderung des anderen Teils aufrechnen, sobald er die ihm gebührende Leistung fordern und die ihm obliegende Leistung bewirken kann.

§ 388 Erklärung der Aufrechnung. Die Aufrechnung erfolgt *durch Erklärung* gegenüber dem anderen Teil. Die Erklärung ist unwirksam, wenn sie unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abgegeben wird.

¹⁹ (PICHONNAZ, 2001.

²⁰ *Id.*

§ 389 Wirkung der Aufrechnung Die Aufrechnung bewirkt, dass *die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind.*

§ 390 Keine Aufrechnung mit einredebehafteter Forderung. Eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, kann nicht aufgerechnet werden.

§ 391 Aufrechnung bei Verschiedenheit der Leistungsorte. (1) Die Aufrechnung wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass für die Forderungen verschiedene Leistungs- oder Ablieferungsorte bestehen. Der aufrechnende Teil hat jedoch den Schaden zu ersetzen, den der andere Teil dadurch erleidet, dass er infolge der Aufrechnung die Leistung nicht an dem bestimmten Orte erhält oder bewirken kann. (2) Ist vereinbart, dass die Leistung zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort erfolgen soll, so ist im Zweifel anzunehmen, dass die Aufrechnung einer Forderung, für die ein anderer Leistungsort besteht, ausgeschlossen sein soll.

§ 392 Aufrechnung gegen beschlagnahmte Forderung. Durch die Beschlagnahme einer Forderung wird die Aufrechnung einer dem Schuldner gegen den Gläubiger zustehenden Forderung nur dann ausgeschlossen, wenn der Schuldner seine Forderung nach der Beschlagnahme erworben hat oder wenn seine Forderung erst nach der Beschlagnahme und später als die in Beschlag genommene Forderung fällig geworden ist.

§ 393 Keine Aufrechnung gegen Forderung aus unerlaubter Handlung. Gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung ist die Aufrechnung nicht zulässig.

§ 394 Keine Aufrechnung gegen unpfändbare Forderung. Soweit eine Forderung der Pfändung nicht unterworfen ist, findet die Aufrechnung gegen die Forderung nicht statt. Gegen die aus Kranken-, Hilfs- oder Sterbekassen, insbesondere aus Knappschaftskassen und Kassen der Knappschaftsvereine, zu beziehenden Hebungen können jedoch geschuldete Beiträge aufgerechnet werden.

§ 395 Aufrechnung gegen Forderungen öffentlich-rechtlicher Körperschaften. Gegen eine Forderung des Bundes oder eines Landes sowie gegen eine Forderung einer Gemeinde oder eines anderen Kommunalverbands ist die Aufrechnung nur zulässig, wenn die Leistung an dieselbe Kasse zu erfolgen hat, aus der die Forderung des Aufrechnenden zu berichtigen ist.

§ 396 Mehrheit von Forderungen. (1) Hat der eine oder der andere Teil mehrere zur Aufrechnung geeignete Forderungen, so kann der aufrechnende Teil die Forderungen bestimmen, die gegeneinander aufgerechnet werden sollen. Wird die Aufrechnung ohne eine solche Bestimmung erklärt oder widerspricht der andere Teil unverzüglich, so findet die Vorschrift des § 366 Abs. 2 entsprechende Anwendung. (2) Schuldet der aufrechnende Teil dem anderen Teil außer der Hauptleistung Zinsen und Kosten, so findet die Vorschrift des § 367 entsprechende Anwendung.

§ 406 Aufrechnung gegenüber dem neuen Gläubiger. Der Schuldner kann eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Forderung auch dem neuen Gläubiger gegenüber aufrechnen, es sei denn, dass er bei dem Erwerb der Forderung von der Abtretung Kenntnis hatte oder dass die Forderung erst nach der Erlangung der Kenntnis und später als die abgetretene Forderung fällig geworden ist.

[§ 387 Requisitos: Si dos personas se deben recíprocamente prestaciones el objeto de las cuales es de la misma especie, cada parte puede compensar su crédito con el crédito de la otra parte, en tanto que pueda reclamar la prestación a su favor y cumplir la prestación que le incumbe.

§ 388 Declaración de la compensación: La compensación se produce con la declaración frente a la otra parte. La declaración es ineficaz si se emite bajo una condición o una determinación de tiempo.

§ 389 Efecto de la compensación: La compensación tiene por efecto que los créditos, en la medida en que les alcanza, se tienen por extinguidos en el momento en que son idóneos para oponerse recíprocamente para la compensación.

§ 390 Exclusión de la compensación con un crédito al que se opone una excepción: No puede ser compensado un crédito contra el cual se opone una excepción.

§ 391 Compensación en caso de diferente lugar de prestación: (1) No queda excluida la compensación por el hecho de que para los créditos rigen distintos lugares de prestación o de entrega. La parte que solicita la compensación debe resarcir a la otra parte los daños que sufre porque, como consecuencia de la compensación, no puede recibir o cumplir la prestación en el lugar determinado. (2) Si se ha estipulado que la prestación debe cumplirse en un momento y lugar determinados, en la duda debe entenderse que está excluida la compensación de un crédito al que corresponde otro lugar de prestación.

§ 392 Compensación frente a un crédito embargado: Con el embargo de un crédito sólo queda excluida la compensación de un crédito vigente del deudor frente al acreedor, si el deudor ha adquirido su crédito después del embargo o si su crédito ha devenido vencido sólo después del embargo y con posterioridad al vencimiento del crédito embargado.

§ 393 Exclusión de la compensación frente a un crédito derivado de actos ilícitos: No es admisible la compensación frente a un crédito derivado de un acto ilícito doloso.

§ 394 Exclusión de la compensación frente a un crédito inembargable: Si un crédito es inembargable no procede la compensación contra el crédito. No obstante, contra las aportaciones para el fomento de las cajas de seguros de enfermedad, seguros de previsión, seguros de defunción, especialmente cajas de seguros de enfermedad para mineros y las cajas de seguros de las asociaciones de mineros, pueden ser compensadas las cantidades debidas.

§ 395 Compensación frente a un crédito de derecho público: Sólo es posible la compensación frente a un crédito de la Federación o de un Land, así como frente a un crédito de un municipio u otra asociación de municipios, si la prestación debe cumplirse a la misma caja de la cual debe pagarse el crédito a compensar.

§ 396 Pluralidad de créditos: (1) Si una u otra parte tienen créditos idóneos para la compensación, la parte que la solicita puede determinar los créditos que recíprocamente deben compensarse. Si se solicita la compensación sin una determinación de este tipo o bien la otra parte se opone a ella sin dilación se aplica por analogía la disposición del § 366, apartado 2. (2) Si la parte que solicita la compensación debe a la otra parte, además de la prestación principal, intereses y gastos, las disposiciones del § 367 se aplican por analogía.

§ 406 Compensación frente a un nuevo acreedor: El deudor puede compensar también frente al nuevo acreedor el crédito que le corresponde frente al acreedor precedente, a no ser que en el momento de la adquisición del crédito hubiera tenido conocimiento de la cesión o que el crédito hubiera devenido vencido sólo después de la obtención de la información y con posterioridad al vencimiento del crédito cedido. ²¹]

²¹ Traducción dir. por Albert Lamarca Marqués, Marcial Pons, 2008.

Claro que el efecto retroactivo necesitaba una explicación, más allá de la referencia a las fuentes romanas. Windscheid propuso la llamada “teoría de la afección”, según la cual, los créditos recíprocos quedan afectos entre sí desde que se produzca su compensabilidad, pues a partir de ese momento sus titulares pueden ejercitar la facultad compensatoria. El efecto retroactivo de la declaración se remontaría al momento en el que nació la facultad de compensar. Aunque los propios pandectistas rechazaran esta teoría, hoy se sigue defendiendo, como argumento de orden psicológico, que desde la compensabilidad los afectados deberían poder considerarse liberados, aunque no hubiesen llegado a comunicar su voluntad de querer compensar, pues psicológicamente pueden darse por pagados²². La equidad del efecto retroactivo estaba sobre todo apoyada en un argumento de orden práctico: si la compensación sólo puede hacerse valer como excepción en juicio (la *exceptio* romana constituye el punto de referencia y en los estudios de Pandectas consideraron durante mucho tiempo la declaración como declaración judicial), el acreedor del crédito de cuantía inferior tiene que esperar a resultar demandado por el acreedor del crédito de cuantía superior para poder oponer la compensación. En estas circunstancias no parece razonable que aquél tenga que responder del incumplimiento. La retroacción evita esta injusticia haciendo que la compensación produzca efecto desde que fue posible.

Con todo, a lo largo del proceso codificador se fue viendo que un sistema de compensación por declaración resulta demasiado rígido si se formaliza en exceso la declaración, y en concreto, si se limita a la declaración judicial, renunciando así a las ventajas de entender la compensación como un pago extrajudicial. De aquí que poco a poco se defendiera la conveniencia de facilitar al máximo la forma de exteriorizar la declaración. Ahora bien, a medida que se imponía la posibilidad de compensar por declaración fuera del proceso y sin especial formalidad alguna, aquel argumento de equidad que necesitaba del efecto retroactivo para evitar que respondiera por incumplimiento quien no podía de hecho compensar se va quedando sin contenido. Así lo vieron el propio WINDSCHEID, o VON WYSS para el Derecho suizo²³. En efecto, si cada cual compensa cuando y como quiere (sin impedimentos formales) desde que se produce la situación objetiva de compensabilidad, ¿por qué habrían de retrotraerse los efectos de dicha declaración? ¿Con qué argumentos de equidad, desde una ética de la autonomía de la voluntad libre y responsable?

Aunque estas dudas resultaran razonables, no consiguieron eliminar la idea de que resultaba conveniente que algunos efectos se produjeran antes de la declaración, aunque tuviesen que esperar a ésta para desencadenarse, y para justificarla surgió una explicación que había de despertar posteriormente cada vez más interés: la de que bien la reciprocidad de dos créditos, bien la compensabilidad, bien la legítima expectativa de compensar, otorga a los acreedores recíprocos una garantía para el cobro de sus respectivos créditos, oponible frente a terceros que quieran hacer valer derechos adquiridos después de producidas dichas situaciones, pero antes de que se hubiese declarado la compensación. Así se explica que la cesión de un crédito

²² ENNECERUS/LEHMANN, 1933 y LARENZ, 1987.

²³ VON WYSS, 1877.

compensable no afecte al deudor cedido que ignora o se opone a la cesión; que se pueda compensar el crédito de un concursado aunque la declaración de concurso llegue antes que la declaración de compensación, siempre que la reciprocidad de los créditos fuese anterior a la declaración del concurso; que se pueda compensar el crédito prescrito, etc.

Aunque en este modelo de compensación se reconoce un papel esencial a la declaración, el efecto retroactivo provoca que el centro de gravedad siga girando en torno a la compensabilidad. Entre las partes la compensación sigue concebida como un pago con efectos desde la compensabilidad. Con todo, la perspectiva es más dinámica, pues ahora la compensación deja de identificarse con el *momento* en el que se cumplen los requisitos de compensabilidad (la situación patrimonial que neutraliza créditos y deudas), para convertirse en la *facultad* que nace en ese momento para los titulares de los créditos recíprocos²⁴. Sin dejar su función de pago, la compensación se ha convertido en “un derecho potestativo cancelatorio que forma parte integrante del crédito desde que nace la situación jurídica de compensabilidad”.

Entendida como facultad del titular de un crédito recíproco, resulta fácil aceptar que para ejercitar la compensación será necesario que el contracrédito (crédito propio de quien quiere compensar) sea exigible, no así el crédito principal (aquel del que el compensante es deudor); bastará con que éste sea ejecutable, esto es, con que el compensante pueda realizarlo sin perjudicar los intereses patrimoniales del acreedor que todavía no hubiera podido exigirlo. Esta distinción es propia de los ordenamientos de la familia germánica (§ 387 BGB), ha sido adoptada por los PECL y el DCFR para sus respectivas regulaciones.

Cuando la voluntad compensatoria debe ser expresada, o mejor, cuando es la declaración compensatoria la que causa el efecto extintivo, el requisito de liquidez pierde el papel esencial o material que le corresponde en el contexto de una compensación automática. Resulta inevitable que la compensación opere respecto de una cantidad determinada, pero la determinación no es ya un requisito material, sino procedimental. Precisamente por ello, la falta transitoria de liquidez del contracrédito (crédito del compensante) puede no ser un impedimento definitivo para que opere la compensación; aunque finalmente haga falta siempre una liquidación, convencional o judicial, la compensación se habrá producido por la declaración, no por la determinación de la cantidad.

7. La compensación como garantía

La diferencia más significativa entre la familia napoleónica y la germánica hay que buscarla en la resolución de los conflictos entre la compensación y los derechos de terceros. Es aquí cuando se detecta con claridad que en Derecho alemán la compensación, además de un pago por declaración extrajudicial que remonta sus efectos hasta la situación de compensabilidad, es una garantía.

²⁴ ROJO, 1993.

Sabemos que en el *Code*, en virtud del artículo 1298, la compensación no tiene lugar en perjuicio de los derechos adquiridos por terceros con anterioridad a la situación de compensabilidad. Por lo tanto, sólo la compensabilidad anterior a la declaración del concurso puede afectar a éste. Éste fue también el sentido del artículo 33 de la Ley núm. 85-98, de 25 de enero de 1985. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia promovieron que la compensación de créditos conexos prosperara a pesar de la apertura del concurso con anterioridad a la situación de compensabilidad, y finalmente se modificó el mencionado artículo 33 por Ley 94-475, de 10 de junio de 1994 (ahora artículo L. 621-24 del *Code de commerce*) para introducir esta excepción. La dificultad ha seguido siendo la de encontrar un criterio que determine cuáles son los créditos conexos, pues la ley no los definió, ni enumeró. Se acepta que lo son cuando provienen del mismo contrato sinalagmático (y ambos son de naturaleza contractual), de una operación económica global o de un contrato de cuenta única, incluyéndose entre éstos los acuerdos interbancarios de compensación²⁵.

En España, el artículo 58 de la Ley Concursal establece que “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”. No se reconocen excepciones, como tampoco lo hacía nuestra jurisprudencia, salvo para el supuesto de cuenta corriente. Sí resulta conveniente mencionar que las operaciones de *netting* propias de los mercados financieros (y amparadas en la profusa legislación sectorial), en virtud de las cuales los eventuales derechos de los terceros sobre las cantidades invertidas deben esperar a que se liquide la posición del inversor en el mercado (cancelando primero las deudas que tuviera adquiridas con éste), consiguen en la práctica una “compensación” oponible a terceros.

Frente a la práctica inadmisión de la compensación en el concurso del derecho francés o español, los §§ 94 a 96 de la *Insolvenzordnung* de 5 de octubre de 1994 (conformes con la tradición de su predecesora, la *Konkursordnung* -§§ 53 a 56-) sólo exigen para que la compensación pueda oponerse que los créditos sean recíprocos con anterioridad a la apertura del concurso. La compensación resulta así una garantía, porque la situación jurídica tutelada es la mera coexistencia de dos créditos recíprocos sin ulteriores requisitos, y en concreto, sin que concurren los requisitos del pago por compensación²⁶. Lógicamente, esta solución no viene exigida por el modelo de compensación regulado en el BGB, sino que refleja la opción de política jurídica elegida por el legislador alemán. El legislador italiano optó por una solución similar en el artículo 56 de la *Legge Fallimentare* de 1942²⁷.

Todavía debemos preguntarnos si la compensación es una garantía en el BGB, para lo cual habrá que atender a los §§ 392 y 406 BGB, que se encargan de resolver los conflictos entre la compensación y la cesión de uno de los créditos compensables, y entre la compensación y el embargo de alguno de éstos, respectivamente. La *ratio legis* es, para los dos casos, la misma: se

²⁵ DOMÍNGUEZ LUELMO, 2004.

²⁶ ROJO, 1992.

²⁷ Para mayor información, DOMÍNGUEZ LUELMO, 2004.

tutela la esperanza de poder compensar del deudor del crédito cedido o embargado, salvo que el deudor hubiera adquirido su crédito después del embargo o del conocimiento de la cesión; o que el vencimiento de su crédito fuese posterior al embargo y al vencimiento del crédito embargado, o posterior al conocimiento de la cesión y al vencimiento del crédito cedido, pues tampoco en estos casos hubiera podido compensar frente al primitivo acreedor. Se trata de otro grado de “protección” de los compensantes, distinto del que recibe un pago ordinario (derecho francés o español), o del que recibe la compensación entendida como garantía (protección desde la situación objetiva de créditos recíprocos). Pantaleón propone este grado de protección para el deudor cedido en el marco del artículo 1197 CC²⁸.

Las posibilidades de proteger la compensación frente a terceros como si fuese un pago (desde la compensabilidad), como si fuese una garantía (desde la reciprocidad), o como si fuese una legítima expectativa, se plantean en el plano de las relaciones entre compensantes y terceros. Las opciones “pago automático”, “pago por declaración con efecto retroactivo”, “sin efecto retroactivo” u otras, en el plano de la eficacia inter partes de la compensación. Se trata de planos diferentes, aunque relacionados. Para conocer en su globalidad las relaciones frente a terceros habrá que tener en cuenta el papel que se ha reservado a la compensación en la legislación concursal. Y esto, que es posible en el ámbito de los Derechos nacionales, no lo es todavía en el ámbito internacional del Derecho europeo de contratos, pues la materia concursal ha sido eludida por éste.

Ahora estamos en óptimas condiciones para entender correctamente aquello que afirmábamos al principio, casi como provocación, de que la compensación no es un pago, pero sí una garantía, en el Derecho anglosajón; es un pago, pero no una garantía, en los ordenamientos jurídicos de influencia francesa; y es un pago y una garantía, en el ámbito de influencia alemana.

8. La compensación por declaración sin efecto retroactivo

Ya hemos visto que a medida que se “desjudicializa” la declaración de querer compensar, van desapareciendo los motivos por los que los efectos de dicha declaración debían retrotraerse a un momento anterior, precisamente a aquél en el que nacía la facultad de compensar. Al fin y al cabo, si se puede compensar desde que se concede dicha facultad por el ordenamiento jurídico, sin mayor exigencia que la de emitir una declaración de voluntad no formal, ¿por qué debería el ordenamiento jurídico tratar a todo compensante como si ya se hubiese pronunciado sobre su voluntad de compensar desde que se le concedió dicha facultad? ¿Por qué no respetar las consecuencias de cada relación patrimonial hasta que al menos una de las partes haga valer su derecho a compensar?

Los promotores de una regulación común para la compensación en el marco de la unificación del Derecho europeo de contratos tratan de poner de relieve la falta de argumentos para tratar al deudor que ha podido compensar como al deudor que ha compensado a través del efecto

²⁸ PANTALEÓN, 1990.

automático o del efecto retroactivo. Hemos visto que primero ciertas razones prácticas y más tarde la idea de que la compensación constituía una garantía facilitaron las razones para que los efectos siguieran ligados a una situación anterior a la declaración. Las nuevas propuestas de Derecho europeo de contratos rompen definitivamente con esta tradición de hacer una lectura positiva del efecto retroactivo.

PICHONNAZ²⁹ mantiene, como conclusión de su estudio histórico-comparado, que el punto de confluencia de la evolución de los diferentes modelos europeos de compensación es el de la declaración de voluntad extrajudicial. En su opinión, favorecer en lo posible el rol de la voluntad en el nacimiento y en la extinción de las relaciones contractuales y optar por una compensación por declaración extrajudicial trae consigo innumerables ventajas: evita la violencia que debe hacerse la compensación automática para dar cabida a la necesaria voluntad de compensar; reduce los recursos al juez, frente a una compensación entendida como escudo procesal; permite la compensación en un espectro mucho más grande de créditos que el de la compensación automática; respeta que cada parte invoque la compensación en el momento en que le parezca bien, pues puede tener más interés en pagar que en compensar, interés que se ignora con un efecto automático o retroactivo; evita el “error” de pensar que uno dispone ya de lo que se le debe por poder compensar, sin al menos haber comunicado la voluntad de hacerlo; y finalmente, motiva al deudor para que clarifique cuanto antes la situación jurídica afectada por la posible compensación.

Apoyada la compensación sólidamente en la declaración de voluntad extrajudicial, lo único que queda es decidir por el efecto que ésta debe causar. Para los promotores del Derecho europeo de contratos los argumentos que avalaban el efecto retroactivo han dejado de convencer.

Para ZIMMERMANN³⁰, hoy en día sólo se aportan tres argumentos a favor de la retroactividad: la voluntad presumida de las partes, la conveniencia de proteger a quienes confían en poder compensar, y la apelación a la equidad de los resultados obtenidos mediante aquélla. En su opinión, el primero es pura especulación, el segundo no aporta una sola razón que justifique que la situación “poder compensar” sea por sí misma digna de la protección que recibe quien ha declarado querer compensar (cuando esta operación es formalmente libre), y frente al tercero esgrime que el mantenimiento de los efectos del incumplimiento (intereses, mora, cláusula penal) hasta que se declare la compensación no puede tildarse de injusto o falta de equidad, por cuanto constituye la regla general, si partimos de que el pago lo causa la declaración de querer compensar.

En opinión de PICHONNAZ³¹, la evolución histórica muestra que el efecto retroactivo es una suerte de anomalía -jurídicamente, una ficción- desarrollada para hacer coincidir las fuentes romanas con las teorías modernas de la compensación por declaración. El que debe pagar y dispone de la

²⁹ PICHONNAZ, 2001.

³⁰ ZIMMERMANN, 2002.

³¹ PICHONNAZ, 2001.

suma necesaria (el crédito compensable) para hacerlo debe estar incitado por el sistema jurídico para liberarse de su deuda y evitar las consecuencias del incumplimiento. Allí donde la declaración de compensar sea tan sencilla como manifestar dicha voluntad, no hay ninguna razón para favorecer al deudor que tarda en compensar confiando en poder hacerlo por compensación. Hay que motivar al deudor para que clarifique la situación jurídica lo más rápidamente posible. De este modo se fomenta la seguridad en las transacciones y la diligencia en avisar si se va a pagar o no mediante compensación, lo que puede tener un evidente interés económico para la contraparte. Otra solución invita a las partes a aprovechar económicamente ese tiempo, lo que no parece deseable.

Pero además, la compensación retroactiva constituye una garantía encubierta, en la medida en que otorga de hecho la posibilidad de ejecución inmediata y privilegiada del contracrédito, sin estar reconocida expresamente como garantía. Una garantía así viola el principio de igualdad entre acreedores, cuyas excepciones precisan de reconocimiento legal expreso; tampoco resulta fácil encajar al titular de un contracrédito entre los acreedores privilegiados, porque su garantía es oculta, y en algunos casos (cuando los derechos de los terceros se adquieran después de producida la situación de compensabilidad), porque pudiendo haber cobrado el crédito, no lo ha hecho. Por ello, cualquier ordenamiento concursal que parta de estos presupuestos (evitar las excepciones a la *par conditio creditorum* y las garantías ocultas) debería concluir en el mismo sentido ³².

Finalmente, ya no se comparte el sentido de equidad por el que las consecuencias del incumplimiento deban desaparecer desde que se pudo compensar. Esta equidad se entendía precisamente cuando no era posible compensar hasta ser demandado. Si lo normal es que el deudor deba intereses moratorios hasta que pague, no se ve por qué la regla debería ser otra para la compensación, cuando ésta no cuesta más que una mera declaración³³.

En definitiva, los autores partidarios de esta nueva propuesta concluyen que la compensación debería tratarse como un pago con efectos desde su declaración. Sintetizando esta postura, ZIMMERMANN afirma que “en lugar de proteger a quien sabe que puede compensar, retrotrayendo los efectos de su declaración con independencia de que ésta llegue antes o después, el sistema legal debería estar interesado en promover la declaración de querer compensar, haciendo así desaparecer cuanto antes el estado de pendencia que se extiende desde que concurre la situación de compensabilidad hasta que se declara la voluntad de compensar”.³⁴

Desde estos postulados, se llega a un modelo de compensación (es curioso que entronque con el Derecho histórico español y con la interpretación que fue defendida para nuestro texto legal por GONZÁLEZ PALOMINO; por otra parte, la coincidencia en este punto entre los PECL y el DCFR es

³² PICHONNAZ, 2001.

³³ PICHONNAZ, 2001.

³⁴ ZIMMERMANN, 2002.

absoluta) que opera por declaración y sin efecto retroactivo, como un pago que sólo necesita de la declaración de voluntad extrajudicial de querer compensar,

[PECL] ARTICLE 13:104: NOTICE OF SET-OFF: The right of set-off is exercised by notice to the other party.
 ARTICLE 13:106: EFFECT OF SET-OFF: Set-off discharges the obligations, as far as they are coextensive, as from the time of notice.

[DCFR] III. – 6:105: Set-off by notice: The right of set-off is exercised by notice to the other party.
 III. – 6:107: Effect of set-off: Set-off extinguishes the obligations, as far as they are coextensive, as from the time of notice.

que distingue la exigibilidad del crédito principal frente a la mera ejecutabilidad del contracrédito,

[PECL] ARTICLE 13:101: REQUIREMENTS FOR SET-OFF: If two parties owe each other obligations of the same kind, either party may set off that party's right to performance ("claim") against the other party's claim, if and to the extent that, at the time of set-off, the first party: (a) is entitled to effect performance; and (b) may demand the other party's performance.

[DCFR] III. – 6:102: Requirements for set-off: If two parties owe each other obligations of the same kind, either party may set off that party's right against the other party's right, if and to the extent that, at the time of set-off, the first party: (a) is entitled to effect performance; and (b) may demand the other party's performance.

El compensante puede renunciar a la falta de exigibilidad del propio crédito, siempre que pueda cumplir y la anticipación del cumplimiento no lesione los intereses de la otra parte. Así lo establece, en el marco de los PECL, el artículo 7:103 (1), en virtud del cual, "[l]as partes pueden negarse a aceptar una oferta de pago anterior al vencimiento de la obligación, excepto en los casos en que aceptar dicha oferta no perjudique sus intereses de manera significativa". Desde esta perspectiva, resulta difícil que el cumplimiento anticipado por compensación pueda perjudicar de forma significativa los intereses del titular del contracrédito; y lógico que al crédito principal se le pida "sólo" que pueda ser ejecutado.

que admite la iliquidez del crédito alegado en compensación, siempre que no se cause daño a la otra parte, lo que se presume en caso de créditos conexos,

[PECL] ARTICLE 13:102: UNASCERTAINED CLAIMS (1) A debtor may not set off a claim which is unascertained as to its existence or value unless the set-off will not prejudice the interests of the other party. (2) Where the claims of both parties arise from the same legal relationship it is presumed that the other party's interests will not be prejudiced.

[DCFR] III. – 6:103: Unascertained rights: (1) A debtor may not set off a right which is unascertained as to its existence or value unless the set-off will not prejudice the interests of the creditor. (2) Where the rights of both parties arise from the same legal relationship it is presumed that the creditor's interests will not be prejudiced.

El hecho de que sea un juez quien dictamine que no concurre lesión y que por tanto es posible la compensación con el crédito principal ilíquido no convierte a ésta en una compensación judicial en sentido propio. La compensación se habrá producido por la declaración, y el juez se limita a constatar que se trató de un uso legítimo de la facultad de compensar por concurrencia del supuesto de hecho

“compensación con crédito ilíquido no lesiva”. No puede afirmarse que exista una presunción de que la compensación de un crédito ilíquido no conexo causa daño. Lo que ocurre es que en este caso la carga de la prueba de que no causa daño recaerá sobre el compensante.

y cuyos únicos límites están representados por la autonomía de la voluntad, los créditos inembargables y los créditos nacidos de ilícito doloso.

[PECL] ARTICLE 13:107: EXCLUSION OF RIGHT OF SET-OFF: Set-off cannot be effected: (a) where it is excluded by agreement; (b) against a claim to the extent that that claim is not capable of attachment; and (c) against a claim arising from a deliberate wrongful act.

[DCFR] III. - 6:108: Exclusion of right of set-off: Set-off cannot be effected: (a) where it is excluded by agreement; (b) against a right to the extent that that right is not capable of attachment; and (c) against a right arising from an intentional wrongful act.

Los PECL y el DCFR han renunciado a impedir la compensación en el depósito y el préstamo, como prevé nuestra legislación (art. 1200 CC).

A estas reglas-clave se añaden otras dos, que forman parte del patrimonio europeo común en la materia. En virtud de la primera, el hecho de que las deudas estén expresadas en monedas diferentes no impide la compensación, salvo que así se hubiera acordado por las partes. La segunda se refiere a los supuestos en los que existen varios créditos/deudas compensables y aporta las siguientes soluciones: si la parte que compensa tiene varios créditos contra la otra parte, la eficacia de su compensación se hace depender de que identifique el crédito que resultará compensado; si la parte que compensa tiene varias deudas frente a la otra parte, se aplicarán las reglas sobre la imputación de pagos, con las debidas adaptaciones.

[PECL] ARTICLE 13:103: FOREIGN CURRENCY SET-OFF: Where parties owe each other money in different currencies, each party may set off that party's claim against the other party's claim, unless the parties have agreed that the party declaring set-off is to pay exclusively in a specified currency.

ARTICLE 13:105: PLURALITY OF CLAIMS AND OBLIGATIONS: (1) Where the party giving notice of set-off has two or more claims against the other party, the notice is effective only if it identifies the claim to which it relates. (2) Where the party giving notice of set-off has to perform two or more obligations towards the other party, the rules in Article 7:109 apply with appropriate adaptations.

[DCFR] III. - 6:104: Foreign currency set-off: Where parties owe each other money in different currencies, each party may set off that party's right against the other party's right, unless the parties have agreed that the party declaring set-off is to pay exclusively in a specified currency.

III. - 6:106: Two or more rights and obligations: (1) Where the party giving notice of set-off has two or more rights against the other party, the notice is effective only if it identifies the right to which it relates. (2) Where the party giving notice of set-off has to perform two or more obligations towards the other party, the rules on imputation of performance apply with appropriate adaptations.

En cuanto al conflicto entre la compensación y la cesión de uno de los créditos compensables, se permite al deudor cedido oponer frente al cesionario la compensación de créditos contra el cedente, cuando fuesen anteriores a la notificación de la cesión -PECL- (o anteriores al momento

en que el deudor deja de poder liberarse pagando al cedente -DCFR-); esta limitación temporal desaparece cuando se trata de créditos conexos.

[PECL] ARTICLE 11:307: DEFENCES AND RIGHTS OF SET-OFF: (2) The debtor may also assert against the assignee all rights of set-off which would have been available against the assignor under Chapter 13 in respect of any claim against the assignor: (a) existing at the time when a notice of assignment, whether or not conforming to Article 11:303 (1), reaches the debtor; or (b) closely connected with the assigned claim.

[DCFR] III. - 5:116: Effect on defences and rights of set-off: (3) The debtor may invoke against the assignee all rights of set-off which would have been available against the assignor in respect of rights against the assignor: (a) existing at the time when the debtor could no longer obtain a discharge by performing to the assignor; or (b) closely connected with the assigned right.

De esta regla no puede deducirse que los PECL y el DCFR sean partidarios de que los créditos conexos reciban un tratamiento diferenciado, con contenido de garantía, en el ámbito concursal, en claro paralelismo con la solución francesa.

En cuanto a la posibilidad de compensar con un crédito prescrito, se podrá invocar eficazmente la prescripción del crédito del compensante durante dos meses a partir de la declaración. La compensación queda por tanto a merced de la voluntad, temporalmente limitada, de aquél a quien protege la prescripción.

[PECL] ARTICLE 14:503: EFFECT ON SET-OFF: A claim in relation to which the period of prescription has expired may nonetheless be set off, unless the debtor has invoked prescription previously or does so within two months of notification of set-off.

[DCFR] III. - 7:503: Effect on set-off: A right in relation to which the period of prescription has expired may nonetheless be set off, unless the debtor has invoked prescription previously or does so within two months of notification of set-off.

Un aspecto importante del nuevo modelo es que lo que produce la compensación es siempre la declaración de querer compensar. El recurso al juez no impedirá que la fuente de la compensación haya sido la declaración, aunque sea éste quien tenga que darla por buena, o quien tenga que liquidarla. Desde la perspectiva de la eficacia *ex nunc*, el pago realizado antes de la declaración nunca podrá considerarse indebido; el posterior es indebido y puede repetirse.

Otra consecuencia importante será que el incumplimiento de cada deuda provocará sus respectivas consecuencias hasta que se produzca la declaración de querer compensar. No puede considerarse injusto que ambos incumplimientos devenguen sus respectivas consecuencias (cada uno las suyas) hasta que alguno de los interesados declare la voluntad de compensar. No sólo no es algo injusto -se insiste-, sino que es la regla general, siempre que no haya dificultades significativas para realizar tal pago; y cuando pagar es tan sencillo como “declarar querer compensar”, no hay motivo para tratar de diversa manera al deudor compensante.

El modelo se presenta como una regulación de gran simplicidad, y sin duda lo es. Con todo, no puede dejar de valorarse que se trata de un modelo “diligente y dinámico” de compensación que se encuentra mucho más próximo a la mentalidad de un profesional que a la de un particular.

9. Bibliografía

BASOZABAL (2006), “Panorama europeo sobre eficacia de la compensación: la retroacción en retroceso”, *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, I, Madrid, pp. 125 a 150.

BIANCA (1990), *Diritto Civile*, 4, *L'obbligazione*, Milán.

DÍEZ-PICAZO (1993), *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, 4ª ed., Madrid.

DOMÍNGUEZ LUELMO (2004), “Comentario del artículo 58 de la Ley Concursal”, *Comentarios a la Legislación Concursal*, dir. por Juan Sánchez-Calero y Vicente Guilarte Gutiérrez, Valladolid, pp. 1077 a 1098.

ENNECCERUS/LEHMANN (1933), *Tratado de Derecho civil. Derecho de Obligaciones*, I, Barcelona.

GERNHUBER (1983), *Die Erfüllung und ihre Surrogate*, Tübingen.

GONZÁLEZ PALOMINO (1964), “La compensación y su efecto”, *Estudios jurídicos de arte menor*, II, Pamplona, pp. 9 y ss..

JIMÉNEZ MANCHA (1999), *La compensación de créditos*, Madrid.

LARENZ (1987), *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, 14ª ed., Munich.

LAURENT (1876), *Principes de Droit civil*, XVIII, Bruxelles-Paris.

PANTALEÓN (1990), “Cesión de créditos”, *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid, pp. 187 a 298.

PARRA LUCÁN (2005), “La compensación en Derecho español y en los Principios de Derecho contractual europeo. Una comparación”, *La tercera parte de los Principios de Derecho contractual europeo*, ed. por Antoni Vaquer, Valencia, pp. 301 a 433.

PERLINGIERI (1972), *Il fenomeno dell'estinzione nella obbligazione*, Camerino.

PICHONNAZ (2001), *La compensation. Analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnels*, Fribourg.

ROJO AJURIA (1992), *La compensación como garantía*, Madrid.

VON WYSS (1877), *Motive zu der auf Grund der Kommissionsbeschlüsse vom September 1877 bearbeiteten Redaktion des allgemeinen Teiles des Entwurfes zu einem schweizerischen Obligationenrechte*, Berne.

WOOD (1989), *English and International Set-off*, Londres.

ZIMMERMANN (2002), *Comparative foundations of a European law of set-off and prescription*, Cambridge.

10. *Tabla de Sentencias*

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STS, 1ª, 3.4.2006	Ar. 1911	José Ramón Ferrándiz Gabriel
STS, 1ª, 7.6.83	Ar. 7000	Cecilio Serena Velloso
STS, 1ª, 21.12.88	Ar. 9745	Rafael Casares Córdoba
STS, 1ª, 15.2.2005	Ar. 1672	José Ramón Ferrándiz Gabriel
STS, 1ª, 30.4.2008	Ar. 2689	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta
STS, 1ª, 21.12.2006	Ar. 308	Encarnación Roca Trías