

# La extinción por compensación de las obligaciones mercantiles: una previsible regulación futura de evidente origen romano (Extinction by compensation of mercantile obligations: a foreseeable future regulation of evident roman origin)

Alfonso Murillo Villar  
Catedrático de Derecho Romano  
Universidad de Burgos

1.- Como es sabido, desde el derecho romano se entiende por modos de extinción de la obligación todos aquellos hechos jurídicos que destruyen la relación obligatoria que existe entre el acreedor y el deudor, eliminando, por tanto, el derecho de crédito del primero y la obligación a realizar la prestación del segundo. Las relaciones obligatorias podían extinguirse *ipso iure* y *ope exceptionis*. En el primer caso, la obligación desaparecía de raíz, totalmente, de tal suerte que con posterioridad no era posible una nueva reclamación de la misma por vía judicial; en el segundo caso, quedaba simplemente paralizada, ya que el pretor solamente gozaba de poderes para proteger o sostener los derechos deducidos en juicio. Esta oposición entre la extinción de las obligaciones *ipso iure* y *ope exceptionis*, como privación de efectos a la acción del acreedor, coincidía, básicamente, con la dualidad de causas extintivas civiles y pretorias, aunque sería más exacto hablar de modos de extinción directa de la relación sustancial de obligación y modos de extinción por vía judicial.

Entre los modos de extinción *ope exceptionis*, encontramos la *compensatio*, que Modestino (D.16.2.1 (6 *Pand.*)) la definió como *debiti et crediti inter se contributio*. Es decir, la compensación consiste en la cancelación de obligaciones existentes alternativamente entre dos personas, mediante una imputación recíproca de los créditos a los débitos. La compensación -*compensatio*- no pudo ser considerada por los juristas clásicos como un modo de extinción *ipso iure* de las obligaciones,

en cuanto que la simultánea reciprocidad de créditos y deudas entre los mismos sujetos no incidía directamente sobre la relación obligatoria, pero el juez la tenía en cuenta en determinados juicios para establecer el importe de la *condemnatio*, o bien debía ser realizada en algunos casos por el demandante a fin de reducir el importe de la propia demanda judicial. Pues bien, ello contrasta de modo palmario tanto con el derecho común como con el instituto de la compensación moderna, en donde se produce tan pronto se enfrentan dos créditos compensables. Es decir, la compensación extingue las obligaciones hasta la cantidad concurrente que coincide con la cuantía de la deuda menor, como un mecanismo de simplificación y de economía procesal. El derecho romano estimó la compensación siempre como un fenómeno procesal que se fue imponiendo por necesidades económicas, hasta tal punto, que evitaba una doble transmisión de bienes que en ocasiones podía resultar peligrosa, cuando no gravosa y complicada.

Por tanto, la compensación es cómoda, muy útil y aumenta la seguridad, de ahí que se introdujera lentamente en el derecho romano<sup>1</sup>, amén de la mayor agilidad que proporciona a las relaciones jurídicas. Es más, el desarrollo de la compensación en derecho romano está ligado a la evolución del procedimiento<sup>2</sup>. Por ello, no pudo tener lugar en el antiguo procedimiento de las *legis actiones* porque la *compensatio* en origen estuvo vinculada a la estructura de la fórmula. En el procedimiento de las *legis actiones* no existían las *exceptiones*, por lo tanto el único tipo de compensación posible era el convencional. Esto explica por qué tanto las Instituciones de Gayo (4.61 ss.) como las de Justiniano (4.6.30) tratan la *compensatio* al referirse a la fórmula procesal de las acciones de buena fe y no entre las causas de extinción de las obligaciones<sup>3</sup>. Además, aunque las circunstancias fueran propicias para el ejercicio de una compensación, ello no impedía que los créditos mantuviesen su existencia y pudieran ser satisfechos independientemente, pero estaríamos ante un intento de cobro contrario a la equidad, pues se estaría actuando con dolo, como nos recuerda Paulo, D. 44.4.8 (6 *ad Plaut.*), (igual en D.50.17.173.3).- *Dolo facit qui petit quod redditurus est*. Por ello

1 OURLIAC, P. – DE MALAFOSSE, J., *Derecho romano y francés histórico, t.1. Derecho de obligaciones*, trad. esp., Barcelona, 1960, pp.375 ss.

2 PICHONNAZ, P., *La compensation. Analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnels*, Fribourg, 2001, pp.9 ss.

3 Vid. SOLAZZI, S., *La compensazione nel diritto romano*, 2ª ed., Napoli, 1950, pp.5 ss.

es mejor, como entiende Pomponio, D.16.2.3 (25 *ad Sab.*), que la compensación sea necesaria porque importa más no pagar que tener que reclamar lo pagado.

2.- Soslayamos la compensación en el derecho clásico<sup>4</sup>, fuertemente mediaticada por el sistema procesal en uso, el procedimiento *per formulas*, ya que el ejercicio de cada *actio* tendía a la exigibilidad de cada crédito con independencia de los demás. No obstante, en época clásica hubo evidentes casos de *compensatio* con características bien diferentes que llevaban a efecto la reducción de las obligaciones mediante la sentencia del juez; dichos casos fueron, esencialmente, en los *bonae fidei iudiciae*<sup>5</sup>; en los créditos de los banqueros (*argentarii*)<sup>6</sup>; en los créditos del *bonorum emptor*<sup>7</sup> en relación con quienes a su vez eran deudores y acreedores del insolvente; e incluso es posible que la compensación también se produjese en algunos casos de *iudicia stricti iuris*<sup>8</sup> mediante la interposición de la *exceptio doli*.

Por el contrario, en el derecho postclásico, al generalizarse el uso del procedimiento *extra ordinem*, la compensación se vio favorecida, ya que el juez podía apreciar con mayor libertad las alegaciones que hiciese el demandado sin estar sometido a las ataduras que le imponía el procedimiento formulario en la fijación de la condena. La aplicación exclusiva del procedimiento de la *cognitio extra ordinem*, facilitó el nacimiento de un sistema general y único de compensación. De ahí que en el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano se nos presente la compensación como un modo general extintivo de las obligaciones.

Sobre dos textos justinianeos, cuya transcripción se realiza a continuación, descansan todos los principios generales sobre los que se sustenta la actual regulación de la compensación. Un brillante trabajo sobre dicha evolución puede verse en Pichonnaz, quien realiza un magnífico estudio desde Roma hasta la actualidad. Con nuestro modesto trabajo nos centraremos en el estudio de aquellos Proyectos de futuro, que por la fecha de publicación de su obra aún no

4 Para ello *vid.*, con un vastísimo recopilatorio bibliográfico, PICHONNAZ, *La compensation*, cit., pp.XXXIII-LXXX.

5 *Vid.* PICHONNAZ, *La compensation*, cit., pp.31 ss.

6 *Vid.* CERAMI, P. - DI PORTO, A. - PETRUCCI, A., *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, 2ª ed., Torino, 2004, pp.186 ss. y 208 s.; PICHONNAZ, *La compensation*, cit., pp.127 ss.; SOLAZZI, *La compensazione nel diritto romano*, cit., pp.31 ss.

7 *Vid.* PICHONNAZ, *La compensation*, cit., pp.96 ss.; SOLAZZI, *La compensazione nel diritto romano*, cit., pp.65 ss.

8 *Vid.* PICHONNAZ, *La compensation*, cit., pp. 168 ss.

pudo recoger en su totalidad el Autor suizo<sup>9</sup>. Los textos, del año 531, C.4.31.14 y del año 533, I.4.6.30 *in fine* resumen perfectamente los objetivos principales que Justiniano quiso mantener y que posteriormente se han perpetuado.

C.4.31.14.- *Imp. Iustinianus A. Iohanni P.P. § pr. Compensationes ex omnibus actionibus ipso iure fieri sancimus nulla differentia in rem vel personibus actionibus inter se observanda. §1. Ita tamen compensationes obici iubemus, si causa ex qua compensatur liquida sit et non multis ambagibus innodata, sed possit iudici facilem exitum sui praestare. Satis enim miserabile est post multa forte variaque certamina, cum res iam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae iam paene convicta, opponi compensationem iam certo et indubitato debito et moratorii ambagibus spem condemnationis excludi. Hoc itaque iudices observent et non procliviores in admittendas compensationes existant nec molli animo eas suscipiant, sed iure stricto utentes, si invenerint eas maiorem et amplioem exposcere indaginem, eas quidem alii iudicio reservent, litem autem pristinam iam paene expeditam sententia terminali componant: excepta actione depositi secundum nostram sanctionem, in qua nec compensationi locum esse disposuimus. §2. Possessionem autem alienam perperam occupantibus compensatio non datur (a. 531).*

I.4.6.30 *in fine.*- *Sed nostra constitutio (C.4.31.14) eas compensationes, quae iure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant sive in rem sive personales sive alias quascumque, excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi satis impium esse credidimus, ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur.*

La compensación, dice el Emperador, tendrá lugar *ex omnibus actionibus ipso iure*<sup>10</sup>. Parece, sin embargo, que la doctrina no deduce de esta afirmación que la extinción fuera automática al margen de la realidad procesal<sup>11</sup>, requiriéndose

9 Sin embargo, analiza la solución elegida en *The Principles of European Contract Law*, PICHONNAZ, *Le compensation*, cit., pp. 601 ss.

10 Acerca de la expresión *ipso iure* que aparece tanto en C.4.31.14 *pr.*, como en D.16.2.4; D.16.2.10 *pr.*, y D.16.2.21 ha habido gran polémica interpretativa doctrinal. Lo cierto es que se duda si Justiniano introdujo la compensación automática o si ordenó a los jueces que admitieran la compensación. *Vid.*, entre otros, HERNÁNDEZ-TEJERO, F., *Extinción de la obligaciones*, en *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Prof. J.L. MURGA GENER*, Madrid, 1994, pp.210 ss.; BIONDI, B., *s.v. compensazione (diritto romano)*, *Novissimo Digesto Italiano III*, Torino, 1959, ristampa 1981, pp.721 ss.; ASTUTI, G., *s.v. compensazione*, *Enciclopedia del Diritto VIII*, Varese, 1961, pp. 9 ss.; SOLAZZI, *La compensazione nel diritto romano*, cit., pp.147 ss.

11 *Vid.* PICHONNAZ, *La compensation*, cit., pp. 260 ss.

siempre una sentencia judicial. Por consiguiente, además del acuerdo entre las partes, compensación convencional, el único autorizado para proceder a la compensación es el juez. Lo cierto es que estamos ante un punto final en el que el régimen de la compensación de deudas está definitivamente unificado, generalizado y es muy fácil de utilizar. Su efecto más importante es la extinción de las deudas entre las partes. Parafraseando a Pichonnaz, se puede afirmar que el derecho de compensación en época justiniana constituye un sistema de extinción de créditos bien equilibrado, que evita los abusos y da al juez un poder de apreciación indispensable que facilita el uso de la compensación de forma cotidiana<sup>12</sup>. El juez no disponía de libertad para admitir o rechazar compensaciones; tenía que admitir siempre aquellas compensaciones que estuvieran sujetas al límite fijo de la causa líquida: “*si causa ex qua compensatur liquida sit*” (C.4.31.14). Es decir, cuando se exige que las deudas compensables sean líquidas se quiere decir que su existencia y su extensión puedan ser fácilmente verificables por el juez (*non multis ambagibus innodata*), para que no se retrase excesivamente el proceso<sup>13</sup>.

Justiniano significó una fase nueva en la historia de la compensación. Se produjo una generalización del instituto aplicable con cualquier tipo de acciones, tanto *in rem* como *in personam*. La compensación fue regulada de forma unitaria como puede verse en D.16.2 “*de compensationibus*” y C.4.31 “*de compensationibus*”. Del conjunto de lo establecido en Digesto, Código e Instituciones (I.4.6.30) se infiere, con independencia de las discusiones puntuales de la doctrina, lo siguiente: para que pueda producirse la compensación, las obligaciones de las partes deben ser recíprocas (C.4.31.8 y 9) y del mismo género (PS 2.12.2), con la excepción de la compensación que pueda efectuar el fiador (D.16.2.5 (*Gai. 9 ad ed. prov.*)); que los créditos recíprocos sean vencidos y por lo tanto exigibles (D.16.2.7 *pr. (Ulp. 28 ad ed.)*); que no estén entre los supuestos de excepción (D.16.2.15 (*Iav. 15 ex. Cass.*)); también se admitió la posibilidad de compensar créditos naturales (D.16.2.6 (*Ulp. 30 ad Sab.*)); que la compensación se cumpla incluso sometida a ciertas condiciones como pueda ser en el lugar convenido (D.16.2.15 (*Iav. 2 epist.*)). Pero también se establecieron sus excepciones en algunos supuestos muy concretos. Por ejemplo, no podía ser opuesta por el depositario (C.4.31.14.1 *in fine*; C.4.34.11; I.4.6.30); no se podía oponer por quien poseía violentamente cosas de otro contra el verdadero propietario que

12 PICHONNAZ, *La compensation*, cit., p.279.

13 PICHONNAZ, *La compensation*, cit., pp.261 s.

pretendía la restitución (C.4.31.14.2); también estaba excluida la compensación en casos de comodato (C.4.23.4). Respecto de los efectos de la compensación parece coincidir la doctrina a partir de la interpretación de las fuentes, en que dicha compensación debe comenzar desde que se produce la coexistencia de créditos y débitos recíprocos. Ello no significa que la compensación tenga que tener necesariamente un efecto retroactivo general pero sí determina el cese de la producción de intereses (*Vid.* D.16.2.10.1; D.16.2.11; D.40.12.20.3 y también D.50.17.66), cuestión que afecta tanto a los particulares (D.16.2.11) como a las reclamaciones del Fisco (D.16.2.12; D.16.2.24; y C.4.31.1)).

3.- El objetivo de este trabajo no es profundizar en la evolución de la compensación desde que Justiniano la fijara definitivamente en su obra, *Codex e Instituta*, fundamentalmente, hasta llegar a las modernas codificaciones, lo cual puede verse en la citada obra de Pichonnaz, así como un compendio de la actual regulación en diferentes ordenamientos jurídicos europeos en la obra colectiva dirigida por Luchetti y Petrucci<sup>14</sup>. El objetivo que se persigue es profundizar en varios Proyectos internacionales elaborados en los últimos decenios<sup>15</sup> y cuyo fin común es dotar básicamente a Europa de un cuerpo legislativo único en materia de obligaciones y contratos, al objeto de facilitar las relaciones comerciales entre los diferentes países que componen la actual Unión Europea, y destacar en esos Proyectos las coincidencias y diferencias con lo que en su día estableció el Emperador romano Justiniano. No creo que pretender justificar un estudio de la influencia romana en los diferentes Proyectos de unificación (armonización) que seguidamente veremos, sea ilógico, fundamentalmente teniendo en cuenta que la presente obra colectiva lleva por título “Las Relaciones Comerciales: Contribución de Roma a la globalización contemporánea”.

Actualmente, por desgracia, pocos son los europeos que se sienten ciudadanos de la Unión con la misma normalidad, al menos, con que lo experimentan de su ciudadanía nacional. Esta desafección ciudadana supone un riesgo evidente para la construcción europea, pues pone en peligro tanto su porvenir como su propia supervivencia como proyecto político. En estos momentos, la

14 MATTIOLI, F. - ANCONA, L., *Modi di estinzione delle obbligazioni*, en *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference, II Materiali e commento*, (a cura di G. LUCHETTI e A. PETRUCCI), Bologna, 2010, pp.491 ss.

15 Principios UNIDROIT, Principios de Derecho Contractual Europeo, Código Europeo de Contratos (Código de Pavía), y Proyecto Marco Común de Referencia.

Unión Europea carece, en propiedad y exclusividad, de ciertos elementos imprescindibles para ser un Estado<sup>16</sup>: soberanía, diplomacia, defensa, capacidad de decisión, y muy especialmente, quiero resaltarlo con énfasis, de un ordenamiento jurídico unitario que evite la diversidad legislativa, punto clave en el proceso de formación de cualquier estado.

Ahora bien, existen aspectos culturales en los que la diversidad es un punto fuerte a favor de Europa, pero creo que en el jurídico no es lo más apropiado. La pluralidad de ordenamientos puede representar un obstáculo a la libre circulación de personas, mercancías, capitales y servicios, ya que genera incertidumbre acerca del derecho aplicable y, en los contratantes, dificultades para sopesar las consecuencias de sus propios actos. La Unión Europea tiene entre sus deberes la aproximación de las legislaciones allí donde la variedad plantee obstáculos al mercado. Sin embargo, la armonización aún no ha tenido lugar, y especialmente en el ámbito del derecho privado el “derecho europeo” continúa siendo una constelación de ordenamientos autónomos, coordinados según el sistema del derecho internacional privado y la cooperación judicial.

Esta circunstancia se debe a que al jurista aún se le forma en su derecho nacional, pues “no existe todavía el jurista europeo”, por ello, que el derecho romano siga siendo un importante “vínculo vivo en la formación de todos los juristas”<sup>17</sup>. Europa necesita un ordenamiento jurídico unitario, de ahí que en el campo de las obligaciones haya habido varios intentos unificadores, los cuales no han pasado de simples proyectos pero en ellos se vislumbra el peso del derecho romano como vamos a intentar demostrar a continuación. La actual Unión Europea de los 28, necesita de un derecho supranacional que responda al movimiento de unificación del derecho privado de obligaciones y contratos, sobre todo porque el comercio internacional precisa de regulaciones únicas y comunes<sup>18</sup>. No se dispone de un derecho contractual europeo común que se

16 PARICIO AUCEJO, P., *Unión europea y sociedad civil*, Valencia, 2002, pp.47 ss.

17 ZIMMERMANN, R., *Europa y el Derecho romano* (estudio introductorio y traducción de I. Cremades), Madrid, 2009, pp.12 ss. y 49.

18 Diferentes Propuestas: 1.- *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2010*: <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>  
2.- *The Principles of European Contract Law 2002 (Parts I, II, and III) (Commission O. Lando)*: <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/>  
3.- *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*: [http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr\\_outline\\_edition\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf)

aplique e intérprete de forma unitaria en todos los Estados miembros. No obstante, en tanto en cuanto no se resuelva el problema y Europa carezca de un ordenamiento común en materia contractual, podría recurrirse, si las partes están de acuerdo, a la adopción de un derecho contractual europeo opcional que las partes podrían escoger libremente<sup>19</sup>.

4.- Comienza a ser habitual que en las modernas propuestas de textos legales de armonización del derecho<sup>20</sup> no se distinga entre contratos civiles y contratos mercantiles. Ciertamente, se trata de una distinción que tiende a ser difuminada, y no sólo en los códigos de países europeos en los que no se distingue entre la materia civil y la mercantil (Suiza, Italia, Holanda), sino que incluso en los que mantienen la diferencia lo hacen con bastantes salvedades. En España, por ejemplo, existe una tendencia generalizada a la unificación de los derechos contractual civil y mercantil, e incluso legal y jurisprudencialmente las originales diferencias van desapareciendo<sup>21</sup>. Pero es que vamos aún más lejos, y nos encontramos con la reciente unificación del derecho civil y mercantil en un único código de la nación como sucede en Argentina, aprobado por ley 26.994, y promulgado según decreto 1795/2014, cuya entrada en vigor ha sido el 1 de agosto del año 2015<sup>22</sup>.

En este trabajo, como hemos apuntado, vamos a intentar resaltar las coincidencias y las diferencias entre el derecho romano y las modernas propuestas de unificación, y de éstas entre sí. Nos centraremos en el concepto, las clases, los requisitos y los efectos. Seguiremos una metodología sencilla pero que nos permita alcanzar nuestros objetivos, y será ir destacando en cada uno de los

---

4.- Código Europeo de Contratos elaborado por la Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* nº 4, 2001, pp.713-804.

19 Vid., REDING, V., *Por qué necesita Europa un derecho contractual europeo opcional*, en *Revista para el análisis del derecho* 2/2011, [www.indret.com](http://www.indret.com)

20 Vid. SÁNCHEZ LORENZO, S.A., *Derecho privado europeo*, Granada, 2002, pp.279 ss. Frente a la unificación en un Código civil europeo: “Nuestra obligación como juristas es dejar fluir los Derechos nacionales” (p.291).

21 VALPUESTA GASTAMINZA, E., *La propuesta de Derecho privado unificado de obligaciones y contratos para Europa: el Draft Common Frame of Reference*, en *Unificación del derecho patrimonial europeo. Marco común de referencia y Derecho español*, (coord. E. VALPUESTA GASTAMINZA), Barcelona, 2011, p. 65.

22 Con el desarrollo económico, propio de la modernidad, la noción jurídica de comercio ha cambiado, vid. JANNARELLI, A., *La codificazione commerciale*, en *Tra Italia e Argentina. Tradizione romanistica e culture dei giuristi*, (a cura di C. MASI DORIA e C. CASCIONE), Napoli, 2013, pp.47 ss.; MASI DORIA, C., *La nuova codificazione del diritto civile e commerciale in Argentina, tra passato e futuro*, *Index*, nº. 43, 2015, pp. 590 ss.



apartados, cómo ha sido recogido en el correspondiente proyecto y ver cómo se reguló por Justiniano. Lo veremos en los Principios UNIDROIT sobre los contratos internacionales (en adelante, UNIDROIT)<sup>23</sup>, a lo que dedica cinco artículos; en los Principios de Derecho Contractual Europeo (en adelante, PECL, abreviatura del inglés *Principles of European Contract Law*)<sup>24</sup>, dispuesto en siete artículos; en el Código Europeo de Contratos de la Academia de Iusprivatistas de Pavía (en adelante, Código de Pavía)<sup>25</sup>, recogido en un artículo

---

23 Han sido elaborados por el Instituto para la Unificación del Derecho Privado - UNIDROIT-, que es una organización intergubernamental creada en el año 1926, bajo el auspicio de la Liga de Naciones, restablecida en 1940 sobre las bases de un Tratado Internacional, El Estatuto Orgánico de UNIDROIT. Su sede se encuentra en Roma. Se creó con el objetivo de promover la armonización y unificación del derecho privado a nivel internacional, teniendo como punto de partida la creciente liberalización del Comercio y el proceso de integración económica. Los Principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales, representan una nueva aproximación al derecho de los negocios internacionales, y son un intento por remediar muchas de las deficiencias surgidas del derecho aplicable a tales negocios. No están concebidos como una forma de modelo de cláusulas contractuales para ningún tipo de convenio en particular, ni constituyen una forma de convención internacional de ley uniforme para los contratos internacionales. Los Principios son un intento por enunciar reglas que son comunes a la mayoría de sistemas legales existentes, y al mismo tiempo, adoptar las soluciones que mejor se adapten a las necesidades del tráfico internacional. Vid. Oviedo Albán, J., *La unificación del derecho privado: UNIDROIT y Los Principios para los contratos comerciales internacionales*, en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban3.html#iii>

24 La versión original de los Principios es la versión en lengua inglesa. Para su comprensión general utilizaremos la versión española con el riesgo de perder matices con la traducción, matices que creemos no son transcendentales para nuestro objetivo en este trabajo. Los PECL es el resultado del trabajo llevado a cabo por un grupo de juristas europeos de diferentes Estados comunitarios desarrollados bajo el método comparativista. A comienzos de los ochenta, 1982, se constituyó un grupo bajo la dirección del profesor danés Ole Lando, conocido como la “Comisión Lando”. Esta comisión elaboró “Los Principios del derecho europeo de los contratos” cuya última versión apareció en 2002. Estos principios constituyen la obra más elaborada sobre la unificación del derecho de los contratos en Europa. La primera parte fue publicada en 1995, la segunda parte se terminó en 1996 aunque se publicó en 2000 y en 1997 comenzó la elaboración de la tercera parte. La relación que existe entre los PECL y los Principios UNIDROIT es absolutamente evidente. Muchas de las reglas incluso tienen una redacción idéntica cuando no muy similar y, además, muchos de los miembros de la Comisión Lando, incluido el propio Ole Lando, habían formado parte del grupo que redactó los Principios UNIDROIT. Vid. DÍEZ PICAZO, L. - ROCA TRIAS, E. - MORALES A.M., *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, 2002, p.84.

25 “La idea del Proyecto de Pavía se debe al Prof. Gandolfi quien convocó en 1990, en dicha ciudad, un Congreso de civilistas europeos con la idea fundamental de responder a la pregunta de si la unidad de mercado, recogida reiteradamente en los Tratados del Mercado Común y de la UE, no implicaba necesariamente la unidad de las reglas contractuales aplicables a las transacciones intracomunitarias. La idea había empezado a discutirse previamente en círculos reducidos de juristas, con diversidad de respuestas; representaba un hito cualitativo del desarrollo del derecho comunitario en materia contractual; era novedosa y, hasta cierto punto, revolucionaria, pues de una parte significaba la

comprendido de siete apartados o párrafos; y en el Proyecto Marco Común de Referencia (en adelante, DCFR, abreviatura del inglés *Draft Common Frame of Reference*)<sup>26</sup>, para lo que utiliza ocho artículos.

Los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales. Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos<sup>27</sup>. La compensación se aborda en el Capítulo 8, arts. 8.1 a 8.5<sup>28</sup>. En los Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL), en su capítulo 13 se regula la Compensación, en un único art. 13 organizado en los párrafos 101 a 107 (arts. 13:101 – 13:107). Por el contrario, el Código Europeo de Contratos (Código de Pavía) contempla la compensación en el Título X: Extinción del contrato y de las relaciones que nacen del contrato, Sección 1, Hechos extintivos y que provocan una preclusión, Sección 2ª, Modos de extinción distintos del cumplimiento, en un artículo único, art. 132 organizado en

---

culminación del proceso codificador europeo, desarrollado desde principios del siglo XIX, y, de otra, suponía en cierto modo, volver a los orígenes del *Ius commune europeum*, vivido efectivamente en el continente europeo varios siglos después de la Recepción” Vid. GARCÍA CANTERO, G., *La traducción española de la parte general del Código europeo de contratos*, en [www.unizar.es/derecho/nulidad/textos%20legales/TR-PAVIA.DOC](http://www.unizar.es/derecho/nulidad/textos%20legales/TR-PAVIA.DOC)

26 “El Proyecto de Marco Común de Referencia comenzó a gestarse ya en el año 1989, cuando el Parlamento Europeo planteó la creación de un Código civil europeo. En el año 2009 se publicó una segunda versión del texto (la primera data de 2007). En buena medida el DCFR está basado en los Principios de derecho europeo de contratos (European Civil Code, 2009), principios elaborados en la década de los años ochenta por un grupo de expertos bajo la coordinación del jurista danés Ole Lando. La revisión presentada en el año 2011, llamada Feasibility Study (estudio de viabilidad) (European Contract Law), representa el fundamento del trabajo para la elaboración de un futuro Derecho contractual europeo. El DCFR contiene una serie de principios, definiciones y reglas modelo de Derecho privado europeo que pretenden servir como preludeo de un Marco Común de Referencia con respaldo político, dejando de ser un trabajo puramente académico”. Vid. Grothe, H., *The Common Frame of Reference for European Private Law*, en <http://repository.usergioarboleda.edu.co/handle/11232/500>. “Actualmente, se desarrolla en Europa un fenómeno de integración normativa común de los intercambios de bienes y servicios, a partir de la “unificación” del Derecho de Contratos. Se ha establecido un conjunto normativo, denominado “Marco Común de Referencia”, que funciona como normas modelo, definiciones básicas y principios fundamentales, sobre la base del “acervo comunitario” y las soluciones empíricas”. Vid. OROZCO PARDO, G., Y MORENO NAVARRETE, M.A., *El contrato en el contexto de la unificación del derecho privado*, en <https://digitum.um.es/jspui/bitstream/10201/28073/1/contratoenelcontexto.pdf>

27 <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>

28 *Comentarios PRINCIPIOS UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, Roma, 2004 (editado por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado), pp.263 ss. <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-s.pdf>.

7 parágrafos. Y, por último, el más reciente de los Proyectos, el Proyecto Marco Común de Referencia (DCFR), dedica el Libro III, Capítulo 6 a la Compensación, en artículo único también, pero organizado en 8 apartados o parágrafos, 6:101 – 6:108. Conviene precisar que mientras los Principios UNIDROIT intentan buscar soluciones a los contratos mercantiles internacionales, los PECL o el Código de Pavía, e incluso el DCFR, no se presentan como un derecho para contratos internacionales, sino más bien como una propuesta de ordenamiento para un conjunto de derechos nacionales de los países que conforman la Unión Europea, lo que no significa que no sean también internacionales.

5.- Por consiguiente, procederemos con una metodología comparativa, sencilla, pero que nos permitirá conseguir nuestros objetivos: ver cómo el ordenamiento romano, a pesar del tiempo, continúa influyendo en los Proyectos de la futura armonización (unificación) del moderno derecho común europeo. Comenzando por el concepto, se observa que frente a la sencillez y brevedad expositiva de Modestino, D.16.2.1, “*compensatio est debiti et crediti inter se contributio*”, (la compensación es el balance de una deuda y un crédito entre sí), es decir, la compensación se produce cuando dos personas son recíprocamente acreedor y deudor, contrariamente, en los Proyectos que comparamos, son definiciones mucho más largas e incluso complejas. Como tal definición solamente lo contempla el DCFR, art. III.- 6:101; el resto de Proyectos más bien parecen responder a qué es la compensación cuando se les formula preguntas impersonales del tenor: qué es; qué se entiende; cuándo se produce la compensación. Evitan la definición *per se*, salvo el DCFR, tratando de incluirla entre las condiciones o requisitos de la institución jurídica.

Así,

UNIDROIT art.- 8.1.- “*Cuando dos partes se deben recíprocamente deudas de dinero u otras prestaciones de igual naturaleza, cualquiera de ellas (“la primera parte”) puede compensar su obligación con la de su acreedor (“la otra parte”)*”.

PECL art. 13:101.- “*En el caso de que dos partes sean recíprocamente deudoras de obligaciones de la misma naturaleza, en que cualquiera de ellas puede compensar su deuda contra el crédito de la otra*”

Código de Pavía art. 132.1.- “*Un crédito derivado de un contrato se extingue por compensación si el acreedor está obligado, a su vez, a cumplir por cualquier título que sea, una obligación frente a la otra parte*”.

Código de Pavía art. 132.3.- “*La compensación se produce cuando un acreedor la reclama mediante una declaración no sometida a condición ni a término, la cual*

*deberá notificarse a la otra parte o formularse judicialmente antes de que concluya la primera vista de alegaciones”.*

DCFR art. III.- 6:101 (Definición).- *“La compensación es el proceso en el cual una persona puede usar el derecho al cumplimiento que se posee contra otra persona con el fin de extinguir total o parcialmente una obligación debida a esa persona”.*

Se observa meridianamente que se trata de definiciones, si así se quieren calificar, que encierran una explicación cuando no una aclaración, para lo cual usan perífrasis descriptivas. La compensación tiene lugar habitualmente entre un deudor y un acreedor, sin embargo, el Código de Pavía, art. 132.1 *in fine* establece una excepción, que *“La compensación que puede ser igualmente opuesta por un fiador, se hace en las condiciones previstas en los párrafos siguientes”*, de donde se colige que la compensación puede ser opuesta por un fiador de aquello que el acreedor debiera al deudor principal cuando éste le reclame el cumplimiento. Exactamente igual que en derecho romano, D.16.2.5, en donde también se previó que la compensación pudiese ser efectuada por un fiador. Este planteamiento no es compartido por los PECL ni por el DCFR, que no admiten que el fiador pueda compensar el crédito que tiene contra el acreedor, con el crédito que tiene el acreedor contra el deudor principal<sup>29</sup>. No obstante, en el mismo Código de Pavía, art. 132.3, primera parte, se complementa la definición, igualmente entre las condiciones o requisitos de validez de la institución jurídica, cuando dice que *“La compensación se produce cuando un acreedor la reclama mediante una declaración no sometida a condición ni a término, la cual deberá notificarse a la otra parte o formularse judicialmente antes de que concluya la primera vista de alegaciones”.*

Si una definición debe ser clara, concisa y exacta, todas las definiciones expuestas coinciden en su contenido: la compensación es la extinción de la obligación entre deudas o créditos recíprocos, pero utilizan unas perífrasis tal vez demasiado complejas para evidenciar lo simple. Como más adelante veremos, la similitud entre lo dispuesto en el DCFR y en su precedente los PECL, es muy grande, y quizás sea el resultado de la evolución histórica de los diferentes modelos jurídicos europeos de compensación, pues, en opinión de Basozabal, ambos *“equiparan la compensación a un pago por declaración con efecto ex nunc (desde la declaración) y sin pronunciamiento expreso sobre su potencial*

---

29 PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup> A., *La compensación en derecho español y en los principios de derecho contractual europeo. Una comparación*, en *La tercera parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo*, (coord. A. VAQUER), Valencia, 2005, pp.347 y 356 ss.

como garantía”<sup>30</sup>. Lo importante es que la compensación evita la necesidad de que cada parte cumpla por separado con sus obligaciones<sup>31</sup>. Sin embargo, me gustaría precisar que comparto, cierto que con algunas reservas, y puede extenderse a todos los Proyectos que estudiamos, la opinión de L. Eugenio Oliver referida a los Principios de Derecho Europeo de Contratos, cuando afirma que en estos se introducen unas perífrasis descriptivas para definir instituciones con carga connotativa, por supuesto evitando cualquier referencia a términos de etimología latina que pudieran hacer referencia a un pasado romano, y buscando un estilo didáctico y repetitivo con estructuras gramaticales sencillas que faciliten la claridad y una pacífica interpretación<sup>32</sup>. Lo que no obsta para que se pueda afirmar que los autores de los PECL hayan tenido en cuenta la evolución histórica de la compensación desde el derecho romano hasta la actualidad.

6.- Por otro lado, la compensación desplegará sus efectos siempre y cuando concurren una serie de requisitos. Como ya apuntamos supra, una vez que en derecho romano la compensación se convirtió en un modo general de extinción de las obligaciones, fue necesario que los requisitos quedaran establecidos de un modo preciso, para conseguir que los efectos y los límites del instituto jurídico fueran definitivamente ciertos y conformes a la equidad. Se estableció que el crédito fuera líquido o fácilmente transformable a dinero (C.4.31.14,1); que el crédito fuera exigible (D.16.2.7 *pr.* y 14), aunque no en términos absolutos, ni para todos los casos, pues se admitió alguna excepción, por ejemplo, las obligaciones naturales también eran compensables (D.16.2.6). Asimismo, se exigía la homogeneidad de las relaciones recíprocas, que fueran fungibles y de la misma especie, que los créditos fueran fácilmente determinables. Se estableció la imposibilidad de compensar créditos no vencidos. Y por supuesto, como más adelante veremos, se establecieron una serie de supuestos en los que la compensación estaba vetada<sup>33</sup>.

30 BASOZABAL ARRUE, X., *Claves para entender la compensación en Europa*, en *InDret* 4/2009, Revista para el análisis del derecho, p.3. ([www.indret.com](http://www.indret.com))

31 Comentarios *PRINCIPIOS UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, cit., p.263 <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-s.pdf>

32 EUGENIO OLIVER, L., *Principios de Derecho Europeo de los Contratos y Códigos civiles español y francés. Análisis etimológico comparado*, en *Revista de Llengua i Dret*, nº 42, 2004, p.93. [http://www10.gencat.net/eapc\\_rld/revistes/revista.2008-09-19.2469395181/Principis\\_de\\_dret\\_europeu\\_dels\\_contractes\\_i\\_codis\\_civils\\_espanyol\\_i\\_frances.\\_Analisi\\_etimologica\\_/ca](http://www10.gencat.net/eapc_rld/revistes/revista.2008-09-19.2469395181/Principis_de_dret_europeu_dels_contractes_i_codis_civils_espanyol_i_frances._Analisi_etimologica_/ca)

33 Vid. SOLAZZI, *La compensazione nel diritto romano*, cit., pp.174 ss.

A continuación se recogen las propuestas de futuro que hacen referencia a los requisitos que debe cumplir la compensación,

UNIDROIT art. 8.1 (Condiciones de la compensación).- La compensación se producirá si: “(a) la primera parte está facultada para cumplir con su obligación; y (b) la obligación de la otra parte se encuentra determinada en cuanto a su existencia e importe y su cumplimiento es debido”.

PECL art.13:101 (Requisitos de la compensación).- que “la primera parte: (a) tenga derecho a realizar el cumplimiento; y (b) pueda exigir el cumplimiento de la otra parte”.

Código de Pavía art. 132.2.- “Los dos créditos recíprocos deben coexistir en la misma fecha, siendo igualmente líquidos y exigibles; deben además tener ambos por objeto una suma de dinero o una cantidad de cosas fungibles de la misma especie y calidad”.

DCFR art. III.- 6:102 (Requisitos de la compensación).- Cualquiera de las partes podrá compensar su derecho contra el del otro siempre que “(a) se haya devengado el cumplimiento de la primera de las partes o, aunque no se haya devengado, la primera de las partes puede obligar a la otra a aceptar el cumplimiento; (b) se haya devengado el cumplimiento de la otra parte; y (c) cada una de las partes tenga la autorización de disponer de su derecho a efectos de la compensación”.

Según los Principios UNIDROIT hablamos de la necesidad de la existencia de deudas recíprocas; que sean de la misma naturaleza, como se exige en el inicio del art. 8.1, concepto mucho más amplio que el de deudas fungibles. Así, el cumplimiento de obligaciones no monetarias puede ser de la misma naturaleza sin que sean fungibles. También es verdad que el que las deudas sean o no de la misma naturaleza dependerá de las prácticas comerciales o de la rama de comercio de que se trate<sup>34</sup>. Según los Principios UNIDROIT nunca será posible la compensación si una de las deudas es de naturaleza personal. Lo cierto es que junto a la certeza de la deuda de la otra parte además también deberá ser exigible, situación que únicamente se produce cuando el deudor no dispone de ningún medio de defensa frente a la demanda de cumplimiento. Ello no obsta para afirmar que en ciertos casos la posibilidad de ejercitar el derecho de compensación dependerá de cual sea el derecho aplicable<sup>35</sup>.

34 Comentarios PRINCIPIOS UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, cit., p.265 <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-s.pdf>

35 Comentarios PRINCIPIOS UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, cit., p.267 <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-s.pdf>

En los PECL para que la compensación surta sus efectos se requiere que ambas partes reúnan las condiciones legales previstas como para exigirse el cumplimiento recíprocamente. Realmente en este artículo se opta por una compensación por declaración, siempre que haya reciprocidad de créditos, identidad de género de éstos, es decir, homogeneidad, que el crédito principal sea ejecutable y el contracrédito exigible. Por ello Pichonnaz entiende que con este tipo de compensación se obtiene la ejecución forzosa inmediata del contracrédito, de ahí que éste siempre deba ser exigible<sup>36</sup>. Tal vez sea el Código de Pavía quien más desarrolle los requisitos que deben cumplir las obligaciones de las partes para poderse compensar, que coexistan en la misma fecha, que sean igualmente líquidas y exigibles; y que ambas tengan por objeto una suma de dinero o una cantidad de cosas fungibles de la misma especie y calidad. Estos requisitos, casualmente, coinciden con los convencionales de la institución, destacando la necesidad de la homogeneidad respecto de los créditos recíprocos a compensar<sup>37</sup>. Finalmente, por lo que respecta al DCFR, cualquiera de las partes podrá compensar su derecho contra el del otro siempre que ambas partes puedan ejercer su derecho a efectos de compensación, y puedan exigir a la otra parte la compensación por tratarse de una obligación vencida o que aun no habiendo vencido, se pueda obligar a la otra parte a aceptar el cumplimiento; estaríamos ante un plazo en beneficio del deudor.

7.- En los cuatro Proyectos se exige como requisito inexcusable para que la compensación surta efectos la previa notificación. Así,

UNIDROIT art. 8.3 (Notificación de la compensación).- *“El derecho a compensar se ejerce por notificación a la otra parte”*.

PECL art.13:104.- *“El derecho de compensación se efectuará notificando a la otra parte”*

Código de Pavía art.132.3.- *La compensación “deberá notificarse a la otra parte”*.

DCFR art. III,- 6:105.- (Compensación por notificación).- *“La compensación se efectuará notificando a la otra parte”*.

Según los Principios UNIDROIT la compensación surtirá efectos previa notificación a la otra parte, art.8.3, 8.4 y 8.5.3. La notificación nunca podrá

36 PICHONNAZ, *La compensation*, cit., pp.631 ss.

37 ARCE FLÓREZ-VALDÉS, J., *Extinción del contrato y de las relaciones que nacen del mismo*, en Código Europeo de Contratos, Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía) II, Comentarios en homenaje al Prof. D. J.L. de los Mozos, Madrid, 2003, p.532.

ser condicional, se deberá realizar a través de los medios previstos al efecto y producirá efectos únicamente cuando la otra parte tenga constancia de la misma. Seguidamente, en el art. 8.4 se regula el contenido de la notificación. Por un lado, “(1) La notificación debe especificar las obligaciones a las que se refiere, y por otro, (2) Si la notificación no especifica la obligación con la que es ejercitada la compensación, la otra parte puede, en un plazo razonable, declarar a la otra parte la obligación a la que se refiere la compensación. Si tal declaración no se hace, la compensación se referirá a todas las obligaciones proporcionalmente”. Se infiere, pues, que quien notifica la compensación habrá de indicar las deudas de ambas partes que se quieren compensar, de no hacerlo será la parte notificada quien decida qué deuda quiere compensar, y de no hacerlo ninguna de las partes, en ausencia de declaración, se entiende que la compensación afectará a todas las deudas existentes entre las partes de modo proporcional.

También los PECL recogen en el art. 13:104 la necesidad de la notificación de la compensación a la otra parte en los mismos términos que el DCFR art. III.- 6:105<sup>38</sup>, circunstancia que sin embargo no excluye, en virtud del principio de autonomía de la voluntad privada, que la compensación pueda alcanzarse por voluntad común (acuerdo) de las partes<sup>39</sup>. Parece que la declaración establecida en los PECL, art. 13:104 en relación con el art. 13:106, indica que la misma carece de efectos retroactivos<sup>40</sup>. Igual, el DCFR. Los PECL optan por la irretroactividad. El art. 13.106.- “La compensación liberará las obligaciones, en la medida que sean coincidentes, desde el momento de la notificación”, significa que la compensación carece de efecto retroactivo, idea que carece de apoyo en las fuentes romanas. Coherentemente con el carácter irretroactivo de la compensación, los intereses de ambas obligaciones solo se generarán hasta que se declare la compensación. Los autores de los PECL en su opción por un modelo de compensación carente de todo efecto retroactivo han tenido en cuenta que la irretroactividad carece de apoyo en un análisis correcto de las fuentes romanas<sup>41</sup>.

38 A propósito de la regulación de las notificaciones en los PECL, art. 1:303 (Notificaciones), *vid.* DIEZ PICAZO *et alii*, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, cit., pp.164 ss.

39 MATTIOLI - ANCONA, *Modi di estinzione delle obbligazioni*, cit., p.518.

40 PARRA LUCÁN, *La compensación en derecho español y en los principios de derecho contractual europeo. Una comparación*, cit., pp.319 y 321 ss.

41 PARRA LUCÁN, *La compensación en derecho español y en los principios de derecho contractual europeo. Una comparación*, cit., p.415.



Por cierto, dice Parra Lucán, que la misma eficacia irretroactiva se atribuye a la declaración de compensación en el Código de Pavía.

El Código de Pavía art. 132.3 establece con carácter imperativo la necesidad de notificarse a la otra parte la compensación “*deberá notificarse a la otra parte*”. Asimismo, también establece el DCFR en su art. III.- 6:107 *in fine* que la compensación extinguirá las obligaciones de ambas partes hasta donde sean coincidentes “*desde el momento de la notificación*”. Es decir, la eficacia de la compensación según el DCFR se despliega desde el momento de su declaración, pero no antes<sup>42</sup>. En definitiva, a la vista de lo establecido en los cuatro Proyectos de unificación que manejamos, únicamente producirá efectos la compensación desde el día que las partes hayan recibido la pertinente notificación de la misma. Por consiguiente, la notificación es un requisito inexcusable para que la compensación sea válida y surta sus efectos. De este modo se huye de una compensación automática de las obligaciones recíprocas. Con frecuencia se habla en derecho romano justiniano de *compensatio ipso iure* y su significado. No es pacífica, doctrinalmente hablando, la interpretación que se efectúa; la misma, ha sido objeto de múltiples discusiones, pues no se concilia bien la necesidad de la manifestación de la voluntad por parte del interesado para que se produzca la compensación o la intervención del juez con el automatismo que representa el *ipso iure*. Para Biondi *compensatio ipso iure* no quiere decir que operara automáticamente, *sine facto hominis*, esto sería absurdo, pues el mismo Justiniano habla de *obici ed opponi compensationes*<sup>43</sup>. Por lo tanto, también en derecho romano jugaba un destacado papel en el efecto compensatorio la notificación a la parte contraria, ya fuera para alcanzar el acuerdo ya en vía judicial.

8.- Como continuación de lo anterior, varios de los Proyectos que analizamos establecen otro supuesto que bien pudiéramos calificar de requisito. Nos referimos a la necesidad de que los derechos o créditos de ambas partes no sean indeterminados, inciertos, es decir, se está abordando el problema de la liquidez del crédito. Circunstancia que como hemos apuntado en diferentes momentos de este trabajo ya fue exigida en derecho romano, y recogida en C.4.31.14.1 y en I.4.6.30. En las propuestas de futuro se recoge del siguiente modo:

42 NANCLARES VALLE, J., *Libro III. Obligaciones y derechos*, en *Unificación del derecho patrimonial europeo*, cit., p.209.

43 BIONDI, B., *s.v. compensazione (diritto romano)*, cit., p.721.

UNIDROIT art. 8.1(2).- “Si las obligaciones de ambas partes surgen del mismo contrato, la primera parte puede también compensar su obligación con una obligación de la otra parte cuya existencia o importe no se encuentre determinado”.

PECL art. 13:102 (Créditos indeterminados).- “(1) Un deudor no podrá compensar un crédito indeterminado en cuanto a su existencia o su importe si la compensación implicara algún perjuicio a los intereses de la otra parte. (2) Se presume que no se perjudican los intereses de la otra parte cuando los créditos de ambas partes deriven de la misma relación jurídica”.

DCFR art. III.- 6:103.- (Derechos indeterminados).- “(1) Un deudor no podrá compensar un derecho indeterminado en cuanto a su existencia o su importe si la compensación implicara algún perjuicio a los intereses del acreedor. (2) Se presume que no se perjudican los intereses del acreedor cuando los derechos de ambas partes deriven de la misma relación jurídica”.

Es decir, según el DCFR en aquellos supuestos de compensación de deudas procedentes de relaciones jurídicas diferentes, aquellas tienen que existir de forma cierta y además su importe debe estar perfectamente determinado; el objetivo es muy claro, no perjudicar los intereses de la parte acreedora, situación a la que no ha lugar cuando los derechos de ambas partes proceden de la misma relación jurídica, como se aclara en el apartado 2º. Con similar redacción se recoge en los PECL, art. 13:102<sup>44</sup>, sólo que se sustituye el término derecho indeterminado por crédito indeterminado, mucho más preciso, a nuestro entender, pues hablamos de créditos y deudas, y además estamos en el campo de las obligaciones en donde es cierto que se generan derechos bien en forma de créditos bien en forma de deudas. Por consiguiente, lo importante y definitorio es la existencia e importe del crédito o deuda, requisito imprescindible para poder efectuar una compensación. Por lo que respecta a la posible lesión a los intereses del acreedor no declarante recaerá sobre las partes, y cuando entre ellas no haya acuerdo será el juez quien decida sobre la lesión o perjuicio<sup>45</sup>, sin que por ello

44 Vid., PARRA LUCÁN, *La compensación en derecho español y en los principios de derecho contractual europeo. Una comparación*, cit., pp.388 ss.

45 Se trata del reconocimiento de una discrecionalidad judicial, puesto que será en cada caso el juez quien decida si procede la compensación de acuerdo a las circunstancias del caso. PARRA LUCÁN, *La compensación en derecho español y en los principios de derecho contractual europeo. Una comparación*, cit., p.390.

estemos ante una compensación judicial en sentido estricto<sup>46</sup>. Que los PECL y el DCFR permitan compensar el contracrédito ilíquido (indeterminado), cuando tuviese su origen en la misma relación jurídica (fuese conexo), y por tanto su compensación no causa daño a la otra parte, es una clara influencia de la tradición compensatoria francesa<sup>47</sup>.

En esta misma línea se hallan los Principios UNIDROIT, que presentan entre lo que denomina condiciones (requisitos en otros Proyectos), la misma necesidad de la determinación. UNIDROIT dispone en el art. 8.1(2) “*Si las obligaciones de ambas partes surgen del mismo contrato, la primera parte puede también compensar su obligación con una obligación de la otra parte cuya existencia o importe no se encuentre determinado*”. Aunque aparentemente la redacción induce a la confusión, está estableciendo exactamente lo mismo; lo importante es que la obligación exista y que el importe esté determinado conforme a lo que se establece en el párrafo inmediato, 1(b)<sup>48</sup>. Ahora bien, si las obligaciones de las dos partes provienen de un mismo contrato, lo más frecuente en el comercio internacional, el deudor está autorizado a compensar su deuda con la deuda de la otra parte aun cuando esta última no sea cierta ni en su existencia ni en su monto. Por ejemplo, una obligación cuyo contenido consista en pagar los daños y perjuicios puede ser cierta en su existencia pero no en su monto. Igualmente, aun cuando una de las deudas fuese cuestionada, el derecho a compensar puede ser ejercitado ya que todas las deudas susceptibles de compensación provienen del mismo contrato y pueden ser fácilmente identificadas<sup>49</sup>.

46 BASOZABAL ARRUE, X., *Panorama europeo sobre eficacia de la compensación: la retroacción en retroceso*, en *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, t.1, Madrid, 2006, pp.147-148, y en *Claves para entender la compensación en Europa*, en *InDret 4/2009*, (www.indret.com), cit., p.23.

47 BASOZABAL, *Claves para entender la compensación en Europa*, en *InDret 4/2009*, (www.indret.com), cit., p.13.

48 Art.8.1 (Condiciones de la compensación)  
(1) Cuando dos partes se deben recíprocamente deudas de dinero u otras prestaciones de igual naturaleza, cualquiera de ellas (“la primera parte”) puede compensar su obligación con la de su acreedor (“la otra parte”) si en el momento de la compensación:  
(a) la primera parte está facultada para cumplir con su obligación;  
(b) la obligación de la otra parte se encuentra determinada en cuanto a su existencia e importe y su cumplimiento es debido.

49 Vid. *Comentarios PRINCIPIOS UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, cit., p.268 <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-s.pdf>

Con el mismo objetivo se manifiesta el Código de Pavía en el art. 132.2, inmediatamente después de los requisitos o condiciones previstos, y especialmente se refiere a ello cuando en el párrafo 6 hace alusión a su incumplimiento. Las condiciones que se establecen en el mencionado párrafo 2 para que la compensación tenga lugar son: que los créditos estén vigentes en la misma fecha, que sean líquidos y exigibles, y que consistan en una suma de dinero o cosas fungibles de la misma especie y calidad. A lo que añade el art. 132.6 "... si uno de los dos créditos no es líquido, ni puede ser fácilmente y en poco tiempo liquidada, el juez, a instancia del acreedor, puede suspender la condena a éste último, en relación a la obligación a su cargo, hasta la verificación de la cuantía del crédito que él ha opuesto en compensación". En definitiva, también se requiere que la deuda sea cierta y determinada al objeto de llevar a buen fin una compensación de obligaciones y surtir plenos efectos hasta la cantidad concurrente, al menos cuando las deudas a compensar procedan de relaciones jurídicas diferentes.

9.- Pues bien, cumplidos los requisitos se producen los efectos, que genéricamente sería la compensación, pero en todos los Proyectos se matiza el alcance de la misma. Así,

UNIDROIT art. 8.5 (Efectos de la compensación).- "(1) La compensación extingue las obligaciones. (2) Si las obligaciones difieren en su importe, la compensación extingue las obligaciones hasta el importe de la obligación menos onerosa". (3) La compensación surte efectos desde la notificación".

PECL art. 13:106 (Efectos de la compensación).- "La compensación liberará las obligaciones, en la medida que sean coincidentes, desde el momento de la notificación".

Código de Pavía art. 132.2 *in fine*.- "Los créditos se extinguirán en las cantidades concurrentes".

DCFR art. III.- 6:107 (Efectos de la compensación).- "La compensación extingue las obligaciones, en la medida que sean coincidentes".

Para que lo previsto en los Principios UNIDROIT art. 8.5: (Efectos de la compensación) se cumpla, es preciso que se las condiciones previstas en el art. 8.1 y la notificación prevista en el art. 8.3 se produzcan. Además, la compensación no tiene efectos retroactivos; sólo para el futuro, lo que presupone que los intereses de la deuda únicamente se producirán hasta el momento de la notificación. Y, por supuesto, junto a la extinción de las obligaciones principales también se extinguen los derechos accesorios, fundamentalmente, los derechos

que garantizan el cumplimiento de la obligación<sup>50</sup>. Destacar que se introduce una perífrasis descriptiva en el apartado 2 cuando dice que “*la compensación extingue las obligaciones hasta el importe de la obligación menos onerosa*”. Este giro expresivo, “*el importe de la obligación menos onerosa*” es fácilmente sustituible y más definitorio diciendo sencillamente “*hasta la cantidad concurrente*”.

En los PECL, art. 13:106 (Efectos de la compensación), de forma simple se dice “*La compensación liberará las obligaciones, en la medida que sean coincidentes, desde el momento de la notificación*”. Parece obvio, pues, que en este artículo se establece que la compensación es efectiva desde que se declara (art. 13:104) y efectos *ex nunc* (desde que se notifica), lo cual significa, en principio, que también se admite la compensación del crédito prescrito aunque ya lo estuviera en el momento de originarse la situación de compensación<sup>51</sup>, siempre que el deudor no alegue la prescripción. La doctrina mantiene posturas diferentes respecto de la retroactividad o no de la compensación. Si los créditos se extinguen por su mera coexistencia, o si fuera como efecto de la compensación, cabe la compensación de un crédito prescrito, pero si la declaración opera sólo para el futuro no podrá compensarse un crédito ya prescrito<sup>52</sup>. El efecto retroactivo de la compensación carece de un sólido apoyo en las fuentes romanas. Los textos guardan silencio sobre la retroactividad de la compensación; no obstante, algunos autores han invocado varios fragmentos para fundar su teoría de la retroactividad pero sin éxito. En consecuencia, debe admitirse que la compensación en tiempos de Justiniano únicamente producía efectos *ex nunc*, y nunca tuvo consecuencias retroactivas<sup>53</sup>.

La eficacia *ex nunc* es sin duda la novedad incorporada en los PECL, y, contrariamente a la opinión de Badosa, Basozabal afirma que “desde la perspectiva de la eficacia *ex nunc*, el pago posterior a la declaración compensatoria es indebido y puede repetirse, y no cabe compensar con un crédito prescrito,

50 Vid. Comentarios PRINCIPIOS UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, cit., p.274 <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-s.pdf>

51 BADOSA COLL, F., *La prescripción en los Principios del Derecho Europeo de los Contratos*, en *Principios de Derecho Contractual Europeo y Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*, Madrid, 2009, p.279.

52 Vid. PARRA LUCÁN, *La compensación en derecho español y en los principios de derecho contractual europeo. Una comparación*, cit., p.332.

53 PICHONNAZ, *La compensation*, cit., pp.276 s.

aunque fuese compensable antes de haber prescrito”<sup>54</sup>. No obstante, “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, art. 14:503<sup>55</sup> y DCFR, art. 7:503)<sup>56</sup>”. En derecho romano no era invocable el crédito prescrito a efectos de compensación (D.16.2.14); por el contrario, sí era compensable una obligación natural (D.16.2.6)<sup>57</sup>.

Igualmente, el Código de Pavía art. 132.2 *in fine* lo reduce a un escueto “*Los créditos se extinguirán en las cantidades concurrentes*”. Y el DCFR art. III.- 6:107, (Efectos de la compensación), lo ajusta a aquello que sean “*coincidentes*”, expresión que también utiliza los PECL. Son dos formas diferentes de decir lo mismo pero con más influencia terminológica romana el Código de Pavía. Finalmente, apuntar que salvo en el Código de Pavía los otros tres Proyectos precisan que el pertinente artículo se refiere a los efectos de la compensación, en línea con el carácter didáctico en aras de una mayor claridad que facilite la interpretación. En definitiva, la compensación tiene una función muy práctica de simplificación ya que facilita un pago de modo abreviado que además es plenamente efectivo<sup>58</sup>.

10.- Y por lo que respecta a las clases de compensación, salvo el Código de Pavía, ninguno de los otros tres Proyectos hace referencia expresa a la cuestión<sup>59</sup>. En el Código de Pavía, arts. 132.3 y 6, se diferencia entre tipos de compensación<sup>60</sup>. En el párrafo 3 recoge la que se conoce como compensación judicial

54 BASOZABAL ARRUE, *Panorama europeo sobre la eficacia de la compensación: la retroacción en retroceso*, cit., p.149.

55 Sobre la compensación de un crédito prescrito, art. 14:503, *vid.* PARRA LUCÁN, *La compensación en derecho español y en los principios de derecho contractual europeo. Una comparación*, cit., pp.382 ss.

56 BASOZABAL ARRUE, *Claves para entender la compensación en Europa*, en *InDret* 4/2009, ([www.indret.com](http://www.indret.com)), cit., p.25.

57 *Vid.* PICHONNAZ, *La compensation*, cit., p.263.

58 *Vid.* ARCE FLÓREZ-VALDÉS, *Extinción del contrato y de las relaciones que nacen del mismo*, cit., p.533.

59 Mucho más pedagógico resulta el Nuevo Código civil y comercial argentino de 2015, arts. 922 y ss., pues indica las especies de compensación y las regula, así, establece que “*La compensación puede ser legal, convencional, facultativa o judicial*”.

60 A lo largo de todo el proceso de elaboración del Código de Pavía se ha puesto de manifiesto la necesidad de huir de la artificiosidad y buscar, por el contrario, unas bases comunes que permitan aunar a los distintos sistemas. Por inverosímil que parezca, amén de mantener como estandarte el principio de autonomía de la voluntad, propio de los ordenamientos europeos, destaca el reconocimiento unánime

y en el 6 la compensación voluntaria o convencional. Meridiana coincidencia con lo dispuesto en el derecho romano justinianeo. No obstante, procede reconocer que en derecho romano no es pacífica entre la doctrina la cuestión de las clases de compensación. Parece excluida del todo la compensación legal *sine facta hominis*<sup>61</sup>, pues el órgano judicial no podría declarar de oficio, sin previo conocimiento de la situación obligacional de las partes, la compensación por deudas. Se estima, pues, que los dos modos habituales de compensación de deudas entre las partes fueran, o bien por acuerdo de ambas, la conocida como compensación convencional, que requiere de la voluntad de ambas partes o bien por decisión del órgano judicial. Es decir, las partes pueden convenir en que la compensación se produzca, incluso si en dicho acuerdo aceptan que aún no se cumple alguno de los requisitos exigibles por ambas partes.

Pero también pudiera suceder que a falta de acuerdo entre las partes obligadas recíprocamente, una de ellas decidiera acudir al órgano judicial para que éste proceda en derecho y compense la reclamación de una deuda con otra propia frente a la parte demandada, de tal modo, que cumplidos los requisitos exigibles se alcance el acuerdo hasta la cantidad concurrente. Para ello sería preciso, se infiere de las fuentes, cumplir los requisitos de que los créditos fueran en dinero o de cosas fungibles de la misma especie, que las deudas a compensar estuvieran vencidas, siempre y cuando fueran válidas y exigibles, y que las dos obligaciones fueran líquidas, apareciendo la deuda que se opone con la suficiente claridad como para evitar cualquier dificultad de interpretación a este respecto. No obstante, este último requisito, recogido en C.4.31.14 “*et non multis ambagibus inmodata, sed possit iudici facilem exitum sui praestare*”, no ha recibido una interpretación muy acorde por parte de los interpretes del texto<sup>62</sup>.

Ciertamente, no es difícil percibir que la cuestión de las clases de compensación no ha ocupado mucho tiempo en la discusión de las Comisiones que han elaborado los Proyectos de futuro de la regulación europea en materia contractual, por cuanto es bastante evidente que la misma solamente se puede producir o por acuerdo de las partes o por decisión judicial a requerimiento de parte. Es la expli-

---

del origen e influencia del derecho romano y su proyección histórica en prácticamente todos los sistemas de derecho privado que ahora se pretenden unificar.

61 SOLAZZI, *La compensazione nel diritto romano*, cit., p.170.

62 ARIAS RAMOS, J. – ARIAS BONET, J.A., *Derecho romano II. Obligaciones. Familia. Sucesiones*, 15ª ed., Jaén, 1979, p.684 nt.598.

cación más convincente de tal omisión, salvo la mención a ambas modalidades en el Código de Pavía, arts. 132.3 y 6. En definitiva, lo que se busca es declarar que se quiere compensar, y cuando se acuda al juez será este quien dé por buena la compensación o tenga que proceder a su liquidación. Conviene recordar que los comentaristas de los Principios UNIDROT, art. 8.1, aceptan que “aunque no se reúnan las condiciones del presente artículo, las partes pueden sujetarse a los efectos de la compensación por la vía convencional. Igualmente, las partes pueden decidir que sus deudas recíprocas se compensen automáticamente en una fecha precisa o periódicamente. También, dos o más partes pueden acordar que sus deudas respectivas se extingan, por ejemplo, en virtud del llamado “netting”<sup>63</sup>.

Los PECL no se ocupan de manera expresa de la compensación convencional, aunque parece inferirse su admisibilidad. En un caso muy concreto, el previsto en el art. 13:102, se admite una suerte de compensación judicial que tiene lugar cuando, a pesar de ser la deuda incierta tanto en su cuantía como en su existencia, se aprecie que dadas las circunstancias no perjudique los intereses de la otra parte. Estamos, pues, ante la figura de la compensación judicial<sup>64</sup>.

11.- Otra circunstancia, cada día más frecuente, y que hace merecer el máximo reconocimiento a los redactores de los diferentes Proyectos, es la posibilidad de que las obligaciones se hayan contraído en moneda diferente. Estamos, pues, ante la circunstancia de tener que compensar obligaciones con moneda extranjera. La cuestión es abordada en tres de los Proyectos, así

UNIDROIT art. 8.2.- “Cuando las obligaciones sean de pagar dinero en diferentes monedas, el derecho a compensar puede ejercitarse siempre que ambas monedas sean libremente convertibles y las partes no hayan convenido que la primera parte sólo podrá pagar en una moneda determinada”.

PECL art. 13:103 (Compensación con moneda extranjera).- *En el caso de que las partes se deban dinero en distinta moneda, cada una de las partes podrá compensar su propio crédito contra el crédito de la otra, a menos que las partes hayan acordado que la parte que declara la compensación pague exclusivamente en una moneda específica.*

DCFR art. III.- 6:104 (Compensación con moneda extranjera).- *“En el caso de que las partes se deban dinero en distinta moneda, cada una de las partes podrá*

63 Comentarios PRINCIPIOS UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, cit., p.269 <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-s.pdf>

64 PARRA LUCÁN, *La compensación en derecho español y en los principios de derecho contractual europeo. Una comparación*, cit., pp.312 ss.



*compensar su propio derecho contra el derecho de la otra, a menos que las partes hayan acordado que la parte que declara la compensación pague exclusivamente en una moneda específica”.*

Por un lado, el DCFR art. III.-6:104 y el PECL art. 13:103, ambos con casi idéntica redacción, varían el término crédito por derecho, y, por otro, en el Proyecto UNIDROIT, art. 8.2, regulan la compensación en los supuestos en que las recíprocas obligaciones se hallen contraídas en moneda extranjera, lo que plantea un problema específico respecto del requisito de la homogeneidad<sup>65</sup>. Por tanto, salvo que se hubiera estipulado pagar la deuda en una moneda determinada, en cuyo caso no será posible la compensación con otra moneda, aunque fuera convertible, se admite que los pagos compensatorios puedan ser en divisas convertibles. Lo cierto es que los pagos que se hacen en monedas diferentes no son prestaciones de una misma naturaleza en el sentido previsto en el art. 8.1 de los Principios UNIDROIT<sup>66</sup>. Se trata de una regla que forma parte del patrimonio europeo común en materia de compensación<sup>67</sup>.

El Código de Pavía no hace ninguna alusión a esta circunstancia, probablemente porque entiende que es suficiente un poco de sentido común para resolverlo fácilmente. Es evidente que en los tres Proyectos que regulan la compensación en moneda extranjera se regula lo obvio; cada parte contrata en su moneda y como todas son convertibles, al menos las del espectro europeo, habrá de estarse al tipo de cambio en el momento de ejecutar la compensación. Ahora bien, si lo acordado fue que la compensación solamente fuera posible en una moneda específica habrá de convertirse a esa moneda aquella obligación que no lo esté y proceder posteriormente a la compensación. A este tipo de pacto excluyente de la compensación se oponen radicalmente Chamorro y Marcos<sup>68</sup>, si se hace so pretexto de identidad de moneda contenido en el art. 13:103. Por consiguiente, lo importante es que los pagos deben efectuarse en divisas

65 PARRA LUCÁN, *La compensación en derecho español y en los principios de derecho contractual europeo. Una comparación*, cit., pp.341 ss.

66 *Comentarios PRINCIPIOS UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, cit., p.270. <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-s.pdf>

67 BASOZABAL ARRUE, *Claves para entender la compensación en Europa*, en *InDret 4/2009*, ([www.indret.com](http://www.indret.com)), cit., p.24.

68 CHAMORRO, M. - MARCOS, F., *Autonomía de la voluntad y compensación. Derecho dispositivo y derecho impositivo en la liquidación simplificada de obligaciones de derecho privado*, en *La tercera parte de los Principios de derecho Contractual Europeo*, (coord. A. VAQUER), Valencia, 2005, pp.441 ss.

convertibles, salvo que las partes hayan acordado otra cosa diferente, como, por ejemplo, el pago en una moneda determinada. Por ello, si en un contrato se prevé expresamente que una parte cumpla su obligación en una moneda determinada, en ningún momento podrá exigírsele que cumpla su deuda en la moneda de la otra parte o en una moneda diferente de la indicada en el contrato.

En principio, pudiera parecer que esta situación dista mucho de lo que sucedió en el derecho romano. Nada más lejos de la realidad. Es cierto que hasta el s. III a.C. no comienza a acuñarse moneda de forma oficial en Roma. Quizás, con anterioridad, los lingotes bien de oro bien de plata que se utilizaban fueran unos equivalentes para intercambio más que una verdadera moneda. La moneda romana se acuñó normalmente en la ciudad de Roma, pero algunas veces se usaron cecas de otras ciudades de Italia o de otras provincias. Cuando toda Italia recibió la ciudadanía y el derecho romano, por providencia generalizadora del emperador Caracalla<sup>69</sup>, la moneda romana se convirtió en la de toda la península y en consecuencia los otros pueblos perdieron el derecho a acuñar la propia<sup>70</sup>. No obstante, para salvar las diferencias de valoración de monedas y hacer frente a la compensación de deudas contraídas en diferentes monedas, estaba la figura de los banqueros entre cuyas principales funciones (especulaciones) estaba la del cambio de moneda. El cambio, como dice Peñalver, es algo que iba ligado necesariamente al comercio, de tal modo que allí donde había intercambio comercial tenía que haber también cambio de moneda<sup>71</sup>. Es más, la compensación es una institución muy ligada a la actividad bancaria como lo pone de manifiesto Gayo en sus Instituta 4,64, en donde se informa que el banquero únicamente podrá litigar si previamente ha practicado la debida compensación<sup>72</sup>.

12.- Otra coincidencia importante es la relativa a los casos en que no podrá llevarse a cabo la compensación. Así,

PECL art. 13:107 (Exclusión del derecho de compensación).- “*La compensación no podrá ser efectuada: (a) cuando se excluya por acuerdo entre las partes; (b)*

69 Vid. TORRENT RUIZ, A., *La Constitutio Antoniniana. Reflexiones sobre el Papiro Giessen 40 I*, Madrid, 2012.

70 Vázquez HoyOs, A. M<sup>a</sup>., *La moneda romana*, en [http://www.uned.es/geo-1-historia-antigua-universal/ROMA/sistema\\_monetario\\_romano.htm](http://www.uned.es/geo-1-historia-antigua-universal/ROMA/sistema_monetario_romano.htm)

71 Vid. PEÑALVER, M.A., *La banca en Roma*, Madrid, 1994, pp.104 ss.

72 PEÑALVER, *La banca en Roma*, cit., pp.63 ss. C. SORIANO, *Banca, navegación y otras empresas en el derecho romano*, México, 2007, pp.112 ss.

contra un crédito en la medida en que ese crédito no se pueda embargar; y (c) contra un crédito que surja de un acto ilícito deliberado<sup>73</sup>”.

DFCR, art. III.- 6:108 (Exclusión del derecho de compensación).- “La compensación no podrá ser efectuada: (a) cuando se excluya por acuerdo entre las partes; (b) contra un derecho en la medida en que ese derecho no se pueda embargar; y (c) contra un derecho que surja de un acto ilícito intencional”.

Código de Pavía art. 132.4.- “La compensación no tiene lugar, y cabe la posibilidad de oponerse frente a quien la invoque, en cualquiera de los casos siguientes: cuando uno de los dos créditos derive de un acto ilícito extracontractual, o si una parte la impugna preventivamente por motivos idóneos, o cuando aquélla tenga por objeto la restitución de cosas depositadas o dadas en préstamo (comodato), o bien cuando haya habido una renuncia preventiva a la compensación, así como en cualquier otro caso previsto por la ley. Para las cuentas corrientes establecidas con motivo de relaciones comerciales, se aplicarán los usos. Deben respetarse las disposiciones relativas a los consumidores que se hallen en vigor en la Unión Europea y en sus Estados miembros”.

Curiosamente, los Principios UNIDROIT no hacen mención a la exclusión de la compensación en ningún supuesto. En el DFCR, art. III.- 6:108 se recogen tres supuestos en los que no será posible la compensación, supuestos, por lo demás obvios, y con similar redacción en los PECL art. 13:107. Un primer caso es el de la exclusión convencional, es decir, por acuerdo de las partes<sup>74</sup>, mediante la constitución de un *pactum de non compensando*. La dificultad reside en saber si excluyen de la compensación algún crédito singular o a todos los créditos que recíprocamente puedan existir entre las partes; un segundo caso, es cuando se trata de un

73 Un acto ilícito deliberado, o como se dice en DFCR art. III.- 6:108 “intencional” es una forma de evitar términos de etimología latina como dolo, y optar por términos más genéricos y descriptivos. En ambas redacciones, tanto de los PECL como del DCFR, se sustituye el término dolo por un adjetivo descriptivo del incumplimiento debido a la voluntad de las partes del contrato. Se busca con estos adjetivos contraponerlo a incumplimiento culposo del contrato, pero no es el único supuesto en que es utilizado, *vid.* EUGENIO OLIVER, *Principios de Derecho Europeo de los Contratos y Códigos civiles español y francés*, cit., pp.94 ss.

74 Caso que critican duramente CHAMORRO - MARCOS, *Autonomía de la voluntad y compensación*, cit., pp.438 ss., por ir contra el interés público. Dicen, que no debe habilitarse ninguna posibilidad de exclusión *ex ante* del ejercicio de la compensación. Se entiende que existe un interés público en propiciar en lo posible la compensación como alternativa al pago para cumplir las obligaciones y la solución extrajudicial de diferencias en cuanto a créditos exigibles. Por el contrario, dicen, y de acuerdo con el interés público, sí debe caber la posibilidad de que la autonomía de la voluntad realice a través de un negocio *ex ante* la ampliación o reducción de los límites dispuestos a la operatividad de la compensación.

crédito inembargable, pero inembargabilidad se refiere sólo al crédito principal, y el tercer caso, de evidente origen romano, es el del crédito que haya surgido de actos ilícitos dolosos. Sin embargo, el Código de Pavía art. 132.4 resulta a todas luces mucho más completo a la vez que complejo por cuanto fija un casuismo bastante más elaborado que los anteriores Proyectos. Por lo tanto, es posible que una de las partes se oponga a la compensación pero argumentando, motivando que se trata de alguno de los supuestos inmediatamente transcritos.

Se colige de los Proyectos que regulan la exclusión del derecho de compensación que las coincidencias son mayoría, así, es evidente: 1.- cuando las partes acuerdan prescindir de la compensación de deudas, incluso como renuncia preventiva; 2.- cuando el crédito haya surgido de un ilícito; 3.- cuando se trate de un crédito no embargable, los créditos privilegiados; 4.- cuando se trate de querer compensar con cosas que han sido entregadas en depósito o dadas en préstamo (comodato); 5.- cuando alguna de las partes haya efectuado una impugnación preventiva por razones evidentes y haya sido aceptada por el órgano judicial; y 6.- con carácter general, en cualquier otro caso previsto por la ley.

Una vez más nos encontramos con una clara influencia de origen romano respecto de las restricciones a la hora de efectuar una compensación. En derecho romano también fueron excluidos de los supuestos de compensación tanto el depósito<sup>75</sup> como el comodato<sup>76</sup>, igual que las *obligationes ex delicto*, es decir, las obligaciones de responsabilidad privada<sup>77</sup>. Justiniano lo recoge en su manual, I.4.6.30 de un modo evidente: “*excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi satis impium esse credidimus, ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur*”. En definitiva, no cabía oponer la compensación contra los créditos del fisco o de los municipios, ni tampoco cuando se pide la restitución de un depósito o un comodato, o de cosas arrebatadas con violencia<sup>78</sup>.

13.- Finalmente, otro apunte muy específico del fenómeno compensatorio es el referido a la compensación de una pluralidad de créditos y obligaciones.

UNIDROIT art. 8.4.- “(2) Si la notificación no especifica la obligación con la que es ejercitada la compensación, la otra parte puede, en un plazo razonable, decla-

75 Vid. PICHONNAZ, *La compensation*, cit., pp.265 ss.

76 C.4.23.4. PICHONNAZ, *La compensation*, cit., pp.269.

77 Vid. GUARINO, A., *Diritto privato romano*, 11ª ed., Napoli, 1997, p. 836.

78 C.4.31.14; C.4.34.11; I. 4.6.30.

*rar a la otra parte la obligación a la que se refiere la compensación. Si tal declaración no se hace, la compensación se referirá a todas las obligaciones proporcionalmente”.*

PECL art. 13:105 (Pluralidad de créditos y obligaciones).- “(1) *Si la parte que notifica la compensación tiene dos o más créditos contra la otra parte, la notificación se hará efectiva solo en el caso de que se identifique el crédito al que se refiere. (2) Si la parte que notifica la compensación tiene dos o más obligaciones que cumplir contra la otra parte, se aplicarán las disposiciones que se incluyen en el artículo 7:109<sup>79</sup> con las adaptaciones pertinentes”.*

DCFR art. III.- 6:106 (Dos o más derechos u obligaciones).- “(1) *Si la parte que notifica la compensación tiene dos o más derechos contra la otra parte, la notificación se hará efectiva solo en el caso de que se identifique el derecho al que se refiere. (2) Si la parte que notifica la compensación tiene dos o más obligaciones que cumplir contra la otra parte, se aplicarán las disposiciones sobre la imputación del cumplimiento con las adaptaciones pertinentes”.*

Una redacción muy similar, salvo el cambio de la expresión crédito por derecho, se presenta en los Proyectos, PECL y DCFR. En ambos se parte de la existencia de varios créditos y deudas que admiten compensación entre sí. Por ello, si una parte, la que compensa, tiene varios créditos contra la otra, la eficacia de la compensación dependerá de la identificación del crédito que quiera compensarse. Para la otra parte, que también compensa, para la elección de la deuda compensable se aplicarán las reglas de la imputación de pagos, con las debidas adaptaciones (art. 2:110). En los Principios UNIDROIT se regula la ausencia de declaración de imputación de deuda a compensar. Si en la notificación no se indican las deudas que se propone compensar la primera parte, y si tampoco la otra parte en un tiempo razonable declara a que deuda quiere afectar la compensación, se opta porque se extingan todas las deudas de la otra parte individualmente hasta el total del valor de la primera parte. El Código de Pavía no hace ninguna alusión al supuesto de existencia de pluralidad de créditos en el ejercicio del fenómeno compensatorio.

14.- Llegados a este punto, puede afirmarse que el objeto de la compensación, desde que en derecho justiniano se generalizara la institución, es servir de medio alternativo al pago en el cumplimiento de las obligaciones. Ello no significa que las partes no puedan perfectamente cumplir sus obligaciones sin recurrir a este medio de extinción de las mismas. En ningún texto consta su

---

79 En el art. 7:109 de los PECL se regula la imputación de pagos.

prohibición. Mientras acreedor y deudor cumplan con aquello que recíprocamente se adeudan, las respectivas obligaciones se extinguirán, al menos hasta la cuantía concurrente. Ahora bien, ya desde Roma y por diferentes razones, especialmente de economía procesal, se ha considerado que es mejor no pagar hasta la cantidad coincidente que tener que pagar y después reclamar.

Es cierto que en los diferentes Proyectos que hemos analizado, Principios UNIDROIT, PECL, Código de Pavía y DCFR, la compensación recibe un tratamiento particular en atención a los objetivos fundamentales que en cada uno de ellos se persigue. Prescindiendo del carácter internacional de los Principios UNIDROIT frente al carácter europeísta (no por ello menos internacional) del resto de Proyectos, se infiere de los cuatro un carácter abierto para adaptarse a la realidad cambiante en que vivimos y una gran versatilidad ante cualquier realidad contractual que se presente.

Por otro lado, todas las propuestas de armonización tienen una clara influencia de los diferentes ordenamientos nacionales de los redactores que han integrado las pertinentes comisiones compiladoras. Por lo demás, lógico, pues nadie puede librarse de la formación jurídica recibida. Y ello sin desconocer que en muchas ocasiones una misma norma jurídica romana se ha interpretado y plasmado de diferente forma en los ordenamientos jurídicos europeos. Es decir, todos se nutren de la previa experiencia comparada. Pero en el fondo, sin necesidad de estudios exhaustivos, pues nos llevaría a la confección de una monografía, y sin perder la rigurosidad de los estudios jurídicos, puede afirmarse que la compensación como modo de extinción de las obligaciones perdura no solo en toda la codificación civil vigente, sino también incluso en los Proyectos de armonización futura de derecho internacional. Quiero decir con ello que no hemos superado, en el sentido de prescindir, la influencia del derecho romano, pues no hemos logrado crear otra institución jurídica que permita alcanzar unos resultados sino iguales al menos tan similares a los que se alcanzan con la vieja compensación de origen romano. Es evidente, pues, que las pretendidas reglas comunes habrán de sustentarse sobre los cimientos colectivos de los ordenamientos jurídicos europeos, que no son otros que romanísticos, sin olvidar las matizaciones procedentes del *Common Law*.

En absoluto quiero que se me entienda que propongo una vuelta al derecho romano como derecho positivo, sería un gravísimo error. De ahí que comparta absolutamente la opinión de Sánchez Lorenzo<sup>80</sup> que ve el derecho romano como

---

80 SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo*, cit., pp.293 ss.

un saber jurídico básico y fundamental, y no como una disciplina de derecho positivo. Asimismo, se observa que en la elaboración de las propuestas analizadas para buscar una solución común a la extinción de las obligaciones por medio de la compensación, se está consolidando la vieja tendencia de no romper con la influencia de la historia en el proceso de formación del derecho europeo. Nos encontramos ante una manifestación tardía de todo el proceso codificador que comenzó allá en el siglo diecinueve, continuo en el veinte, y ahora también, en el veintiuno, con carácter supranacional. Este proceso viene a confirmar aquel otro que comenzó con la compilación del derecho privado en el *Corpus Iuris Civilis*, su posterior estudio por los glosadores, comentaristas, humanistas, racionalistas, etc., hasta llegar a la Pandectística y a la Escuela Histórica alemana y posteriores codificaciones civiles europeas.

En definitiva, aun cuando resulta obvio recordarlo, no se ha inventado nada nuevo, jurídicamente hablando, en materia de compensación. Salvo matices fruto de la evolución económica y como resultado de la ingeniería jurídica, seguimos dando unas soluciones similares a las del derecho romano. Además, no olvidemos la íntima relación existente entre sociedad y derecho, de ahí que las condiciones en las que se formó el derecho romano contrasten con las actuales circunstancias del tráfico jurídico en el ámbito europeo. Pero las propuestas de regulación futura sustancialmente no difieren prácticamente en nada de las soluciones romanas justinianas. El concepto, las clases, los requisitos, los efectos, la finalidad, los supuestos excluidos de compensación, etc., siguen siendo básicamente los mismos en el siglo VI d.C., que hoy y que previsiblemente que en un futuro, si alguno de estos Proyectos llega a tener vigencia internacional. Las posibles diferencias que pueden existir entre los Proyectos, o entre estos y el derecho romano, son, no diré que intrascendentes pero si menores, pues llevan a resultados semejantes. Y baso esta afirmación en que ninguno agota totalmente la posible regulación de la compensación, más bien se limitan a incluir unas reglas básicas en materia de requisitos y efectos<sup>81</sup>, así como en concepto y clases.

---

81 Opinión que mantiene PARRA LUCÁN, *La compensación en derecho español y en los principios de derecho contractual europeo. Una comparación*, cit., p.431, para los PECL, y que entiendo extensible al resto de propuestas de armonización.

