



Via iuris

ISSN: 1909-5759

Fundación Universitaria Los Libertadores

De las Heras-García, Manuel Ángel  
**Proyecciones de la tutela judicial y su repercusión en materia  
de nacionalidad, adopción, filiación y compensación\***

Via iuris, núm. 24, 2018, Enero-Junio, pp. 30-52

Fundación Universitaria Los Libertadores

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=273960216003>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UDEM  redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc  
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso  
abierto

## Proyecciones de la tutela judicial y su repercusión en materia de nacionalidad, adopción, filiación y compensación\*

Projections of legal protection and its impact on nationality, adoption, filiation and compensation.

Projeções da proteção judicial e seu impacto na nacionalidade, adoção, filiação e compensação

Projections de la protection judiciaire et son impact sur la nationalité, l'adoption, la filiation et l'indemnisation

*Manuel Ángel De las Heras-García*

*Universidad de Alicante, Spain*

manuel.delasheras@ua.es

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-9055-5573>

Fecha de recepción: 11 Julio 2017

Fecha de aprobación: 21 Diciembre 2017

### Resumen:

En el presente estudio se constata que la doctrina jurisprudencial que se da en torno al artículo 24.1 de la Constitución Española - el precepto más invocado estadísticamente de cuantos la integran- ha incrementado de manera notable su ámbito de actuación, de manera que influye en numerosas parcelas del derecho civil. Entre otros extremos ha amplificado su ámbito subjetivo al prescindir del criterio de la nacionalidad e, incluso, de la residencia legal en el territorio nacional, lo cual provocó la modificación de la Ley Orgánica 4/2000 reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España. Asimismo, permitió la intervención en los procedimientos de adopción de quienes, inicial y transitoriamente, tan solo eran acogedores de los menores de edad, y contribuyó a la reforma de los artículos 133 y 136 del Código Civil en materia de filiación. De igual forma, tras un examen del precepto, sus antecedentes y, en particular, sus principales manifestaciones -conforme a la interpretación llevada a cabo por nuestros más altos tribunales- se advierte su influjo en una institución tan longeva como es la compensación de créditos, de modo que contribuye a solucionar una cuestión sobre la que recaían numerosas decisiones contradictorias.

**Palabras clave:** adopción, compensación judicial de créditos, filiación, nacionalidad, principio pro actione, tutela judicial.

### Abstract:

In this paper it is verified that the jurisprudential doctrine relapsed around the Art. 24.1 of the Spanish Constitution -the most statistically invoked precept of this rule- has significantly increased its scope of action influencing numerous plots of Civil Law. The analyzed norm has amplified its subjective scope by dispensing with the criterion of nationality and even the one of legal residence in the national territory, causing the reform of the Organic Law 4/2000 regulating the rights and freedoms of foreigners in Spain, among other provisions; thus, it has allowed intervention in the adoption procedures of those who, initially and temporarily, were only hospitable to minors, contributing also to the reform of Arts. 133 and 136 of the Civil Code in matters of filiation. After analyzing the precept, its antecedents and, in particular, its main projections according to the interpretation carried out by our highest courts, it is even noticed its influence in an institution as antique as the compensation of credits contributing to solve a question on which many contradictory decisions were coming.

**Keywords:** Adoption, judicial compensation of credits, filiation, nationality, judicial protection, principle pro actione.

### Resumo:

No presente estudo constatou-se que a doutrina jurisprudencial dada ao artigo 24.1 da Constituição espanhola- o preceito mais invocado estatisticamente de quantos a integram- aumentou significativamente seu alcance, de maneira que influi em numerosas partes do direito civil. Entre outros extremos ampliou seu âmbito subjetivo para dispensar o critério da nacionalidade e até mesmo da residência legal no território nacional, o que levou à alteração da Lei Orgânica 4/2000 que regulamenta os direitos e liberdades dos estrangeiros na Espanha. Permitiu também a intervenção nos procedimentos de adoção daqueles que, inicial e transitoriamente recebiam apenas menores de idade, e contribuiu para a reforma dos artigos 133 e 136 do Código Civil relativos à filiação. Da mesma forma, após um exame do preceito, seus antecedentes e, em particular, suas principais manifestações - de acordo com a interpretação realizada pelos mais altos tribunais-, constata-se sua influência em uma instituição de longa duração como a compensação de créditos, o que contribui a resolver uma questão sobre a qual caem muitas decisões contraditórias.

**Palavras-chave:** adoção, compensação judiciária de créditos, filiação, nacionalidade, principio pro actione, proteção judicial.

### Résumé:

Dans la présente étude, on constate que la doctrine jurisprudentielle donnée autour de l'article 24.1 de la Constitution espagnole le précepte le plus invoqué statistiquement du nombre de sa composition- il y eut augmentation significative de son champ

d'application, de sorte sont nombreuses les influences de parcelles de droit civil. Entre autres a amplifié la portée subjective en faisant abstraction du critère de nationalité et même de résidence légale sur le territoire national, ce qui a conduit à la modification de la loi organique 4/2000 réglementant les droits et libertés des étrangers en Espagne. Elle a également permis l'intervention dans les procédures d'adoption de ceux initialement et transitoirement, viennent d'accueillir des mineurs, et a contribué à la réforme des articles 133 et 136 du Code civil en ce qui concerne l'affiliation. De même, après examen de la disposition, ses antécédents et en particulier, ses principales manifestations -selon l'interprétation effectuée par nos plus hautes juridictions, son influence est perçue dans une institution de longue durée comme la compensation de crédits, de sorte que cela aide à résoudre un problème sur lequel tombent de nombreuses décisions contradictoires.

**Mots-clés:** adoption, indemnisation judiciaire des crédits, filiation, nationalité, principe de l'action, protection judiciaire.

## Introducción

La Constitución Española (CE) es, ante todo, la norma reguladora de la estructura del Estado y, además, la primaria -o *norma normarum*- que “despliega y proyecta su incidencia sobre todas las ramas del Derecho”, y es “de aplicación directa y preferente en el ámbito de los derechos fundamentales” (Martín, 2003, pp. 37-41). De esta manera, sus disposiciones constituyen el, *Vertice nella gerarchia delle fonti*. La Costituzione fonda l'ordinamento, integra la pluralità delle fonti nell'unità del sistema giuridico e garantisce l'integrazione del pluralismo sociale in unità política. Le norme costituzionali (regole o principi) sono direttamente applicabili nei rapporti di diritto civile: non occorre che una legge ordinaria le recepisca. (Perlingieri & Femia, 2014, pp. 32-33).

Esta eficacia directa se irradia en todas las ramas de nuestro ordenamiento, y de manera particular en el ámbito del derecho civil<sup>1</sup>, pues abarca los principios generales más significativos y una detallada regulación sobre las fuentes legales y reglamentarias (Bercovitz, 2011, pp. 25-26).

En el ámbito jurisdiccional, la silenciada -aunque percibida- anterior tensión que sostuvieron las más altas instancias judiciales españolas -de una parte, el Tribunal Supremo (TS)<sup>2</sup>, y de otra, el Tribunal Constitucional (TC)<sup>3</sup>- parece haber llegado a su fin,<sup>4</sup> en atención a que la Carta Magna es la:

Norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos. (Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, art. 5.1)<sup>5</sup>.

El principal objetivo que persigue este análisis radica en poner de relieve la enorme trascendencia que, sin ánimo exhaustivo, ostenta tan solo un único precepto de la CE (en concreto el art. 24, y en especial su ordinal primero referido a la tutela judicial efectiva) en relación con todo el ordenamiento, las numerosas proyecciones jurisprudenciales que ha desarrollado y la doctrina que recae en torno a este, en virtud de la cual se reformulan ciertos institutos civiles (en concreto, la nacionalidad, la adopción, la filiación y la compensación judicial de créditos) que han demandado -y todavía algunos interesan- ciertas reformas normativas.

El hecho de que la Carta Magna no vino a constitucionalizar todas las reglas procesales para hacer depender del riguroso cumplimiento de estas el derecho al proceso debido, “es algo que hoy ha de entenderse pacífico, como lo es que el principio de interpretación de toda norma jurídica conforme a la Constitución es predicable del proceso civil”, al cual incorpora nuevas nociones y principios y requiere una “sensibilidad más profunda” de los tribunales (Arias, 1993, p. 503) en la observancia de derechos y garantías concretos.

## Metodología

En general, este trabajo utiliza el método conocido como “hipotético-deductivo”, el cual consiste en establecer hipótesis y explicitar sus consecuencias lógicas (Bunge, 1987, p. 31)<sup>6</sup>, habida cuenta que, desde luego, todas teorías “formales o factuales, son sistemas hipotético-deductivos” (Bunge, 1987, p. 253). La deducción contribuye a vincular la teoría y la observación y permite así deducir, a partir de la teoría, las afirmaciones que hayan sido objeto de previa observación<sup>7</sup>.

Como se sabe, esta metodología presenta tres etapas principales (susceptibles de subdividirse en otras diversas fases). En primer lugar, el momento de la observación (en nuestro caso, advertir cómo la copiosa interpretación que lleva a cabo el TC con respecto al art. 24 de la CE ha sido capaz de engendrar diversas derivaciones que inciden en nuestro derecho positivo, sobre todo en el orden civil); en segundo término, se encontraría la enunciación de las eventuales premisas o hipótesis (precisamente las que lleva a cabo el mismo TC u otros tribunales en la actividad que los caracteriza); y, por último, la revisión, demostración o confrontación de las conjeturas o suposiciones alcanzadas (valiéndonos, además de resoluciones judiciales, de las aportaciones de la doctrina científica). No obstante, presenta como principal inconveniente su permisividad y, por tanto, siempre queda abierta a discusión (así sucede en la inmensa mayoría de las ocasiones en el mundo jurídico, dado que la ciencia del derecho, inexacta por definición, se englobaría dentro del conjunto de disciplinas experimentales por cuanto la contrastación con la experiencia no admite, de manera absoluta, apreciar una hipótesis como cierta o verdadera sino, a lo sumo, tan solo mera y transitoriamente aceptable)<sup>8</sup>.

En menor medida, adoptamos también la metodología histórica al disponer de suficientes fuentes o evidencias y quedar cumplimentados el resto de presupuestos que requiere su utilización<sup>9</sup>, y se tolera investigar y aclarar específicos fenómenos a la vez que determinar similitudes con el objetivo de establecer alguna hipótesis sobre su origen común.

## Resultados y discusión

### Sobre la trascendencia del derecho al debido o equitativo proceso en España.

#### *Referencia a ciertos datos estadísticos.*

En numerosas ocasiones se ha destacado la extraordinaria importancia que reviste el art. 24 de nuestra CE, llegándose a calificar como “norma de cabecera de todo el Derecho procesal español”, puesto que las restantes disposiciones procesales son mero desarrollo de este (Pérez, 2007, p. 417); lo adjetiva también la doctrina como “precepto estrella” que prosigue las líneas marcadas por otras constituciones europeas (así, el art. 24 del Texto Fundamental italiano de 1947<sup>10</sup>, o el art. 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949), y en particular por los arts. 6 y 13 del CEDH<sup>11</sup> que encarnan. Es, al fin y al cabo, uno de los preceptos más socorridos por la inmensa generalidad de los agentes jurídicos. En concreto, este art. 24 de la CE reza así:

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión<sup>12</sup>.
2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción

*de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos*<sup>13</sup>.

En primer lugar, recoge tal precepto el derecho fundamental al proceso debido, equitativo o, en definitiva, a la “tutela judicial efectiva”<sup>14</sup>, la cual permite la entrada a la jurisdicción a fin de lograr un específico pronunciamiento acerca de aquello que se suscite ante los tribunales de justicia -condicionante inherente a la propia idea de Estado de derecho-, y se caracteriza por equivaler a un derecho de conformación legal y de discutible naturaleza. Ciertos autores la consideran un derecho instrumental con propia sustantividad que participa de los derechos de libertad y de prestación (Cámara, 2012, pp. 271-272); por el contrario, para aquéllos que se adhieren a los pronunciamientos de nuestro TC tan solo supondría un derecho de prestación (Pérez, 2007, pp. 416-417) que se halla, en cualquier caso, integrado por un conglomerado de derechos y garantías procesales del cual surge el interruptor que conecta a los ciudadanos con el Poder Judicial (arts. 117-127 de la CE). Esto posibilita que cualquier persona logre la efectiva defensa y reparación en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos con sometimiento estricto a los valores constitucionales, los principios de legalidad e igualdad y, en particular, los derechos fundamentales y las libertades públicas consagrados en la secc. 1ª, cap. II del tít. I de la misma CE. Lo anterior significa que el sujeto “il quale ritenga che un suo diritto è stato leso, per ottenere tutela può e deve rivolgersi al giudice” (Nívarra, Ricciuto & Scognamiglio, 2011, p. 69), si se tiene presente la excepcionalidad que suponen los casos tolerados de autotutela (como sucede, p. ej., con la eximente de legítima defensa en el orden penal)<sup>15</sup>. Esta tutela judicial efectiva proclama “un diritto inviolabile del singolo, garantito dalla Costituzione” que “puo essere promossa da chiunque pretenda di avere un diritto, o un interesse giuridicamente tutelato, nei confronti di chi contesti tale diritto o appaia comunque controinteressato” (Paradiso, 2012, p. 110). Sin embargo, merced a una interpretación extensiva, el TC ha aumentado de manera considerable el tenor del art. 24 -aun a costa de complicarlo- al razonar que su primer número abarca todo un elenco de derechos a una predisuelta actividad jurisdiccional<sup>16</sup>.

Corolario de lo anterior es que el precepto referido constituye, con una diferencia abismal, la disposición más alegada en la esfera de los derechos fundamentales y, dentro de esta, sobresale la reiteradísima invocación de la tutela judicial tal y como se desprende de la estadística facilitada por el propio TC en las diversas memorias anuales que confecciona. La tabla 1 sintetiza los datos publicados en el último quinquenio.

TABLA 1  
Datos suministrados por el Tribunal Constitucional

Datos oficiales:	Asuntos totales registrados	Recursos fundados en el art. 24 ce	Recursos invocando la tutela judicial efectiva	Asuntos inadmitidos
Memoria te 2012	7294	5964	5564	7298
Memoria te 2013	7573	5914	5421	5348
Memoria te 2014	7878	5570	5593	6662
Memoria te 2015	7369	5416	5325	7880
Memoria te 2016	6774	4957	4889	7028

Entre otros aspectos, de los datos oficiales suministrados se deduce que en los asuntos de nuevo ingreso ante el Registro General del TC predominan los recursos de amparo constitucional<sup>17</sup> y, en estos, la generalidad de los recurrentes solicita el amparo para una o varias de las garantías procesales reconocidas en el art. 24 de la CE, de manera que es, muy de lejos, la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1) la que más se invoca, seguida de los derechos a la presunción de inocencia, a un proceso con todas las garantías, a la prueba pertinente para la defensa, a la defensa y a la asistencia letrada, así como a un proceso sin dilaciones indebidas. A la luz de tal estadística se percibe una tenaz y casi invariable alegación (a veces precipitada o impetuosa) de la referida previsión constitucional en los recursos interpuestos que, por otra parte, mayoritariamente resultan ser denegados, *ab initio*, mediante el correspondiente auto o providencia de inadmisión.

En lo sucesivo trataremos de centrarnos en este art. 24.1 de la CE sin perjuicio de subrayar que algunas de las garantías previstas en su segundo ordinal extienden su esfera objetiva de aplicación a cualquier especie de proceso<sup>18</sup>, y no son exclusivas, por tanto, del de naturaleza penal<sup>19</sup>.

## Ámbito subjetivo de la tutela judicial: su influjo en la nacionalidad, la adopción y la filiación.

A partir de una interpretación literal de la norma analizada<sup>20</sup> parece claro que la titularidad de los derechos en ella registrados corresponde a todas las personas -lo que reproduce el art. 4 de la LOPJ<sup>21</sup>-, bien sean nacionales o bien extranjeras, naturales o colectivas, públicas (STC 26/2008, de 11 de febrero, FJ 4º)<sup>22</sup> o particulares, siempre que ostenten capacidad procesal e, incluso, también incumben a todo ente al cual el ordenamiento le confiera la necesaria capacidad para ser parte (art. 6.1 de la LEC), puesto que si la tutela judicial efectiva, en su doble aspecto objetivo y subjetivo, no se proclamase como derecho universal, “el Estado no podría pretender la titularidad del monopolio de la coacción física legítima” (Pérez, 2007, p. 415). A pesar de no tener reconocida la condición jurídica de persona, asimismo se engloba en el ámbito subjetivo del precepto al *nasciturus* concebido y no nacido mediante la figura de su legal representante de conformidad con lo dispuesto en el art. 29 del CC<sup>23</sup>, y en los arts. 6.1.2º y 7.3 de la LEC<sup>24</sup> (De las Heras, 2014, pp. 26-28).

Con relación a las personas físicas, el supremo intérprete constitucional desechó el criterio de la nacionalidad o de “pertenencia de una persona a una determinada comunidad estatal” (Bercovitz, 2011, p. 141), y del cual suele derivarse el estatuto personal -según consagra el art. 9.1 del CC-<sup>25</sup> a la hora de comprender incluidos en este art. 24.1 de la CE, tanto a españoles como a extranjeros, y prescinde también de que la residencia en el territorio nacional se ajuste o no a la estricta legalidad. En efecto, tras la impugnación por el Defensor del Pueblo del art. 2.a de la LAJG<sup>26</sup>, el cual exceptuaba del tradicionalmente conocido como «beneficio de pobreza» (art. 119 de la CE) a los extranjeros que residieran de manera irregular en España (excepto para causas penales y en lo atinente al derecho de asilo)<sup>27</sup>, la STC núm. 95/2003, de 22 mayo, Pleno (contando con un voto particular) determinó inconstitucional y nula la locución “legalmente” de tal precepto, al argumentar que la nacionalidad no puede justificar, en ningún supuesto, una desigual concesión de la tutela judicial efectiva sin indefensión.

En la misma línea, la STC núm. 236/2007, de 7 de noviembre, Pleno, declaró no ajustada a la Carta Magna, por inconstitucional, la exigencia legal de ser “extranjero residente” para el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita<sup>28</sup>, lo cual provocó la nueva dicción del art. 22.1 de la Ley Orgánica 4/2000 reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social -operada por Ley Orgánica 2/2009-, de modo que se proclamó desde entonces que, con independencia de su situación administrativa, los extranjeros que se hallasen en territorio español gozarán del “derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan, en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles”, y reconoció asimismo en su art. 22.2 este derecho a la asistencia letrada:

En los procedimientos administrativos que puedan llevar a su denegación de entrada, devolución, o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de protección internacional, así como a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice. Estas asistencias serán gratuitas cuando carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita (Ley Orgánica 2/2009, art 22.2).

De otra parte, en el marco del derecho de familia también se amplió el campo subjetivo de la tutela judicial al permitir ser parte en un proceso de adopción<sup>29</sup> a quienes transitoriamente hubiesen acogido a los menores de edad, reconociéndose, por tanto, a tales acogedores un interés legítimo susceptible de protección.

Valga recordar que por Ley 21/1987 el CC español experimentó una relevante modificación en materia de adopción reformándose, entre otros aspectos, todo su cap. V, tít. VII, lib. I que pasó a rubricarse “De la adopción y otras formas de protección de menores” (arts. 172 a 180), incorporándose la denominada “tutela

administrativa o legal” atribuida a las entidades públicas de protección de menores con respecto a quienes se encontrasen en situación de desamparo<sup>30</sup>. Una de tales formas de protección la constituye el acogimiento o:

Modo de ejercicio de la guarda del menor, en aquellos casos en que ésta ha sido asumida por la entidad pública competente a iniciativa de los padres, o cuando ha sido asumida la tutela como consecuencia de una declaración de desamparo. (Serra, 2016, p. 364).

Mediante este ejercicio se lleva a cabo la tutela o guarda administrativa al integrar al menor en una familia (modalidad de acogimiento familiar que se considera preferente) o, en otro caso, en un establecimiento adecuado a tal fin (acogimiento residencial o institucional que resulta ser residual y, por motivos obvios, más drástico que el anterior).

Al respecto, la STC núm. 124/2002, de 20 de mayo, Sala 2ª, tras dejar sentado en su FJ 4º que los procedimientos de oposición a una declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción “dado su carácter instrumental al servicio del Derecho de familia (STC 4/2001, de 15 de enero, F. 4), no se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas”, sino que en dichos procedimientos se amplían por ley las facultades judiciales para garantizar los intereses que deben ser tutelados -entre los que sobresale el interés superior del menor<sup>31</sup>- vino a declarar en su FJ 6º que, en atención a la condición de acogedores preadoptivos de los actores y al objeto del procedimiento en el cual se ventilaba la oposición tanto a la declaración de desamparo como a la formalización judicial del acogimiento preadoptivo, se apreciaba en tales acogedores un claro interés legítimo, de modo que se pudiesen personar y fueran oídos, dado que la decisión judicial que recayera y, por consiguiente, el mantenimiento y la confirmación judicial del acogimiento preadoptivo -o, en caso contrario, su revocación- afectaba a su esfera jurídica. Razona en esta ocasión el TC que si se confirmase el desamparo, los acogedores proseguirían en su condición de familia de acogida y podrían instar la adopción de los menores mientras que, por el contrario, si aquel se revocase el eventual acogimiento familiar, quedaría anulado y concluiría, por tanto, que, “siendo los demandantes de amparo titulares de un interés propio y cualificado, vinculado al objeto del procedimiento, no cabe duda de que poseen un interés legítimo para personarse y ser oídos en el mismo”. Esta doctrina fue pronto continuada por la jurisdicción ordinaria y puede mencionarse, en el mismo sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 197/2002, de 11 octubre, Sección 10ª, recaído al ser denegado, con carácter previo, el trámite de audiencia a los abuelos acogedores (FJ 2º).

En la actualidad, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia ha venido a dar (otra vez) nueva redacción a casi todo el referido cap. V, tít. VII, lib. I del CC - caracterizándose tal reforma, en particular, por su marcada desjudicialización -, e incorpora otras modificaciones en numerosos cuerpos legales, como, por ejemplo, la LEC, “afin de reforzar la tutela judicial efectiva en defensa de los derechos e intereses de los menores, introduciendo mejoras en los procedimientos ya existentes, orientadas a hacerlos más efectivos y aclarando puntos que en la práctica han generado interpretaciones contradictorias” (Epígrafe V de su preámbulo)<sup>32</sup>

Asimismo, en materia de filiación<sup>33</sup>, y, en concreto, con respecto a las acciones de reclamación de una filiación extramatrimonial, la secc. 1ª de la Audiencia Provincial de Ciudad Real promovió una cuestión de inconstitucional frente al primer párr. del art. 133 del CC<sup>34</sup>, encargado de regular la reclamación de filiación no matrimonial -hoy habitual, en contra de lo que sucedía hasta hace escaso tiempo-<sup>35</sup>, que se considera verdadera en sentido biológico a fin de que esta se determine por sentencia firme (art. 120.3ª del CC) sin posesión de estado<sup>36</sup>. Esta Audiencia Provincial entendía que dicha norma limitaba la legitimación del hijo para reclamar la filiación no matrimonial cuando no existía posesión de estado, puesto que excluía tal posibilidad al progenitor no matrimonial (o sea, al padre en la inmensa generalidad de los supuestos), de manera que parecía obviar una jurisprudencia consolidada de la Sala de lo Civil del TS que, desde finales de la década de los ochenta del pasado siglo y pese a la literalidad de tal disposición, ampliaba la legitimación activa al progenitor no matrimonial que no lograse demostrar la referida posesión de estado.

La STC núm. 52/2006, de 16 de febrero, Pleno -con remisión a la anterior STC núm. 273/2005- corroboró en su FJ 2º que, en dicho supuesto, “el legislador ha ignorado por completo el eventual interés del progenitor en la declaración de la paternidad no matrimonial”, al considerar que el precepto impedía al progenitor no matrimonial acceder a la jurisdicción si no concurría la posesión de estado, obstaculizándole solicitar la investigación de la paternidad, de manera que:

En la ponderación de los valores constitucionales involucrados realizada por el legislador se ha anulado por completo uno de ellos, sin que la eliminación del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE), guarde la necesaria proporcionalidad con la finalidad perseguida de proteger el interés del hijo y de salvaguardar la seguridad jurídica en el estado civil de las personas. Pues bien, el sacrificio que se impone no resulta constitucionalmente justificado (STC núm. 52, 2006, FJ 2º).

En similar sentido, la STC núm. 138/2005, de 26 mayo, Pleno -resolutoria de la cuestión de inconstitucionalidad suscitada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 17 de Madrid- declaró inconstitucional el primer párr. del art. 136 CC<sup>37</sup> por obstruir la impugnación de una paternidad al marido que conociera no ser el progenitor biológico del hijo inscrito como suyo después de transcurrido el año prevenido legalmente en que tuviera lugar la inscripción de filiación ante el Registro Civil, dado que dicho precepto permitía que el cómputo del término anual previsto para el ejercicio de la acción de impugnación transcurriera, aunque el marido desconociese no ser el progenitor biológico de quien hubiera sido inscrito como hijo suyo, lo que suponía, por tanto, una injustificada limitación del art. 24.1 de la CE al establecerse como *dies a quo* para el cómputo la fecha en que se hubiese producido la inscripción registral de la filiación. En su FJ 4º, *in fine*, el TC considera que este art. 136 del CC limita el:

Acceso a la jurisdicción del padre que descubre no serlo una vez transcurrido un año desde la inscripción registral de la filiación, sin que esa limitación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) guarde proporcionalidad con la finalidad perseguida de dotar de seguridad jurídica a la filiación matrimonial (Fundamento jurídico FJ 4º )<sup>38</sup>.

No extraña, por ende, la inconstitucionalidad del referido párrafo si atendemos a que el proceso por el cual se permite ejercitar las acciones de filiación parte de dos principales premisas. De una parte, la libre investigación de la paternidad (art. 39.2 de la CE) y, de otra, la exigencia de un principio de prueba, el cual requiere que la pretensión se base en supuestos fácticos fundamentados (vid. art. 767 de la LEC), puesto que a fin de:

evitar la simple especulación del juzgador, no le es factible a este inferir las relaciones sexuales de la mera cercanía de los presuntos padres o de cualquier conducta o relación social que aparezca acreditada, sino de aquellos hechos que, por su naturaleza intrínseca, permiten establecer -con un grado confiable de certeza- que esa relación íntima se presentó, durante el periodo de la probable concepción del demandante (Jaramillo, 2002, p. 19)<sup>39</sup>.

Con cierta demora *legislatoris* desde la declarada inconstitucionalidad, la Ley 26/2015 proporciona ahora nueva dicción a ambos preceptos al ocuparse la LJV (arts. 23 a 26) de los expedientes de autorización o aprobación judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial.

Por último, en conexión con esta esfera subjetiva de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE) debe señalarse que esta no ampara el “acceso de los poderes públicos a la jurisdicción en defensa de sus potestades y actos”, por cuanto la CE confiere derechos fundamentales a los ciudadanos frente a los poderes públicos, mas no tolera que tales poderes se basen en derechos fundamentales para la defensa de sus actos<sup>40</sup>.

### *Ámbito material u objetivo.*

Expresa la reseñada STC núm. 26/2008, en su FJ 5º, que el primer contenido de la tutela judicial efectiva “es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso para poder promover



la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas”. Sin embargo, esta tutela no se agota en tal significación pues comprende -merced a una amplia interpretación- otras derivaciones, entre las cuales sobresale para el ámbito civil el denominado principio *pro actione* (por tal razón, su estudio lo abordamos aparte), de manera que es posible referir con la mayor brevedad posible las siete que siguen:

*La denominada “garantía de indemnidad”.* En conformidad con nuestra doctrina constitucional, no se daría debido cumplimiento a la tutela judicial solo con la actividad desarrollada por los tribunales, puesto que el art. 24.1 de la CE impone, además, una salvaguarda de indemnidad, en el sentido de que del mero ejercicio de una acción o, incluso, de aquellos actos preparatorios o previos a un proceso, no cabe derivar ningún efecto nocivo para la persona que los realiza<sup>41</sup>. Esta misma “garantía de indemnidad” descarta efectos perniciosos en la esfera jurídico-material de una persona cuando ejercita su derecho a obtener la tutela judicial; sin embargo, quedará excluida esta propia “indemnidad” si los hechos que justifican una decisión perjudicial son legítimos o, al menos, extraños a cualquier fin contrario a la observancia de los derechos fundamentales<sup>42</sup>.

*La producción o dictado de una resolución fundada, coherente y razonable sobre el fondo de la cuestión planteada al margen de cuál sea el fallo recaído.* Esto es, un tribunal debe decidir lo que integra el petitum del demandante y, además, *secundum legem*, o sea, ajustándose al sistema de fuentes (exigencias derivadas de los arts. 120.3 de la CE, 218 de la LEC y art. 1.7 del CC), lo cual impide a aquél confeccionar un pronunciamiento, por regla general, en equidad o de acuerdo con su leal saber y entender (Díez-Picazo, 2003, p. 368; Pérez, 2007, pp. 422-423). Con esto se trata de soslayar decisiones judiciales arbitrarias, discrecionales o desatinadas en derecho, porque la obtención de una resolución motivada y razonable sobre el fondo integra el contenido esencial de la tutela judicial<sup>43</sup>. No obstante, este control basado en probables arbitrariedades o infundadas motivaciones de ciertas decisiones conlleva el riesgo de equiparar -a veces- el TC a una entidad supervisora y externa de la aplicación del derecho<sup>44</sup>.

*El empleo de las impugnaciones o recursos -ordinarios o no- previstos legalmente.* Esto, pese a que, con frecuencia, su aplicación carezca de acoplamiento constitucional por gozar el legislador de una amplia autonomía para establecer las hipótesis según las cuales aquéllos resulten oportunos contra las resoluciones (de manera que no se puede alegar indefensión alguna si no se hallase previsto, con carácter previo, un órgano *ad quem* que permita combatir un eventual error consumado por un tribunal *ad quo*, salvo que esto aconteciera en la esfera penal por mandato del art. 14.5 del PIDCP<sup>45</sup>, en relación con el art. 10.2 de la CE). El legislador no viene obligado, por lo general, a instituir impugnaciones pero, de encontrarse establecidas, su acceso pasa a componer también la tutela judicial efectiva<sup>46</sup>.

*La proscripción de la reformatio in peius o reforma peyorativa.* Por cuanto se impide que al interponer un recurso la posición inicial del recurrente se agrave, constituyendo, además, una fuente o principio general del derecho que proyecta su energía en todas las ramas del ordenamiento -a pesar de algunos titubeos iniciales, por fortuna sobrepasados, en cuanto se refería al orden penal-. A dicha doctrina han acudido numerosas veces nuestros tribunales al enfatizar que, pese a no recogerse en el art. 24.1 de la CE, posee vertiente constitucional por simbolizar un principio intrínseco de la tutela judicial, al cual se llega por el sistema de recursos y desemboca en la denegación de la indefensión. De manera simultánea representa también una consecuencia lógica del deber de congruencia en un segundo o ulterior grado jurisdiccional, e imposibilita así al órgano *ad quem* superar los términos en que se haya planteado un recurso y le impide empeorar el contenido del pronunciamiento recurrido<sup>47</sup>.

*La “inmodificabilidad o intangibilidad” de las resoluciones firmes y su ejecución posterior (art. 118 de la CE).* Esto es, que los procesos terminen, sean eficaces y los pronunciamientos recaídos no constituyan un mero brindis al sol, habiéndose, por el contrario, de cumplir en su integridad (Díez-Picazo, 2003, p. 369; Pérez, 2007, p. 423) a pesar de que ciertos bienes resulten inembargables<sup>48</sup> (Montero et al., 2010, p. 266)<sup>49</sup>. Al

respecto, no resulta admisible que, bajo apariencia o excusa de aclaración de una sentencia (art. 93.1 de la LOTC, art. 267 de la LOPJ; art. 214 de la LEC) se reemplace o corrija pronunciamiento alguno<sup>50</sup>.

*La propagación del derecho a la tutela judicial a la llamada “tutela cautelar”.* Esto equivale a que, frente a la formulación de una petición de medidas cautelares a fin de intentar resguardar la ejecución de una concreta resolución ya recaída o patrocinar la efectividad de otra futura, la tutela judicial efectiva exige una decisión razonable y justificada sobre tal solicitud, siempre que confluyan los antecedentes legales para esto (De las Heras, 2001, pp. 15-21), puesto que la tutela judicial misma “no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso” (Martín, 2003, p. 90).

*La prohibición de “indefensión”.* Recogida, *in fine*, en el precepto alude a la ausencia de aquellas actividades de declaración o de prueba que, al no ser atribuibles a la parte que la sufre, incide en el resultado del proceso<sup>51</sup>. La producción de indefensión supone tanto un acto u omisión del tribunal (elemento subjetivo) como la inobservancia de alguna previsión jurídico-procesal (elemento objetivo), lo cual es determinante para valorarla (Pérez, 2007, pp. 423) el perjudicial desenlace que se produzca para la parte que la sufra (efecto material de indefensión). El TC ha equiparado la “indefensión” - desprovista de todo vestigio histórico- con la negación del ejercicio del derecho de defensa imputable a la posible parcialidad del órgano judicial al reclamar su existencia, de una parte, la demostración de una vulneración procesal que restrinja el ejercicio del derecho de defensa “traducida en un perjuicio material para el interesado” y, de otra, que dicha restricción no obedezca a la conducta de quien la invoque (Pérez, 2007, p. 425)<sup>52</sup>.

### *Relevancia del principio hermenéutico “pro actione”.*

Postula tal principio que los tribunales observen la “interpretación más favorable para la efectividad del derecho constitucional del actor” (Martín, 2003, p. 89), y se identifican con aquél principio favorable a la acción, al proceso e, incluso, a la obtención de un primer pronunciamiento sobre el fondo (De la Oliva et al., 2012, p. 147) que incita a efectuar una interpretación usual y amplia de las exigencias de acceso al proceso al aplacar la severidad o rigidez de los tribunales, con el fin de rechazar las solicitudes o reivindicaciones que se les formulen. Este *pro actione* constriñe a los juzgadores a interpretar y aplicar los requisitos procesales de modo proclive para la efectiva incoación del proceso, y propugna rechazar aquellos formalismos enervantes que entorpezcan el ejercicio de acciones judiciales (Díez-Picazo, 2003, p. 366). Esto equivale, en suma, a que las causas legales de inadmisión de una demanda se entiendan en el sentido más favorable a la efectividad del derecho de acceso, de manera que la regla general será la admisibilidad de cualquier demanda civil y, en cambio, la salvedad la constituirá su inadmisión siempre que esté justificada (Montero et al., 2010, p. 261).

El principio *pro actione* impone a los tribunales la tarea de allanar el libre acceso al proceso puesto que un examen estrecho, p. ej. de la “legitimación”, que sirva para apoyar la inadmisión de la acción será susceptible de contrariar el art. 24.1 de la CE. Bajo este ángulo, el TC ha considerado que, si bien la decisión sobre la efectiva presencia de los presupuestos y requisitos procesales constituye, *ab initio*, una cuestión de estricta legalidad ordinaria que solo compete a los tribunales, no obstante, a él le incumbe analizar aquellas decisiones judiciales en las cuales dichos presupuestos procesales se interpretan de modo arbitrario, irrazonable o al incurrir en palmario error. Por tratarse del acceso a la jurisdicción, este análisis o revisión también procederá cuando las disposiciones procesales se interpreten de manera en exceso formalista o desproporcionada, en relación con los propósitos protegidos y los intereses que se privan. Así, entonces, estando por ello en juego la obtención de una primera decisión judicial, los cánones de control de constitucionalidad se amplían como consecuencia de la proyección del principio *pro actione*, con el objeto de evitar que determinadas aplicaciones o interpretaciones de los presupuestos procesales eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida, de manera que,

Los órganos judiciales deben llevar a cabo una ponderación de los defectos que adviertan en los actos procesales de las partes guardando la debida proporcionalidad entre el defecto cometido y la sanción que debe acarrear, procurando siempre que sea posible la subsanación del defecto, favoreciendo la conservación de la eficacia de los actos procesales y del proceso como instrumento para alcanzar la efectividad de la tutela judicial. (STC núm. 330/2006, de 20 noviembre, Sala 1ª, FJ 2º<sup>53</sup>, y STC núm. 155/2012, de 16 julio, Sala 2ª, FJ 3º)<sup>54</sup>.

En el orden jurisdiccional civil, al principio pro actione se refiere, entre otras, la STS núm. 356/2013, de 17 mayo, Sala 1ª, Sección 1ª<sup>55</sup>. Este propio principio pro actione ha desplegado su eficacia en un instituto tan longevo como es la compensación de créditos, cuyo somero examen emprendemos a continuación.

### *Acerca de la compensación y sus clases.*

En el art. 1156 del CC la compensación<sup>56</sup> ocupa el penúltimo lugar de las causas de extinción de las obligaciones, y se regula en la secc. 5ª, cap. IV, tít. I, lib. IV del CC (arts. 1195 a 1202). Frente al pago o cumplimiento -“modo normale di estinzione del rapporto obbligatorio” (Nivarra et al., 2011, p. 344)- la compensación actúa cuando “dos personas, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra” (art. 1195 del CC); por su parte, el art. 1202 del CC recoge su principal efecto extintivo. De la conexión de ambos preceptos podemos definirla como aquella manera de suprimir, en la proporción coincidente, las deudas de dos partes que, por derecho propio, son mutuamente acreedoras y deudoras, provocándose, por tanto, la extinción de ambos créditos de ser iguales -caso de compensación total, infrecuente en la práctica- o, en otra hipótesis, el crédito superior disminuirá hasta la concurrencia del inferior que subsiste por la diferencia -supuesto de compensación parcial que suele ser lo habitual- (De las Heras, 2017, pp. 1-2)<sup>57</sup>. Podemos diferenciar hasta cuatro tipos de compensación<sup>58</sup>: legal, convencional o contractual, facultativa<sup>59</sup> y judicial; así, en ajustado resumen:

*La compensación legal* (llamada también “forzosa” o “automática”) opera por ministerio de la ley cuando concurren los cuatro requisitos previstos por el CC<sup>60</sup>, a no ser que los interesados la excluyan de modo expreso mediante pacto (art. 1255 del CC)<sup>61</sup>. El CC solo refiere esta clase y constituye, en su caso, la parcial una salvedad al principio de indivisibilidad del pago. De concurrir tales requisitos su eficacia radica en “extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente, aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y deudores” (art. 1202 del CC), tratándose de una eficacia automática, *ipso iure* o de pleno derecho y, además, con carácter retroactivo al instante de la concurrencia de las deudas, pues no precisa siquiera el conocimiento de las partes interesadas. En conformidad con nuestra doctrina mayoritaria, atendido el principio de justicia rogada o dispositivo que, por lo general, funda nuestro sistema procesal civil, la compensación no puede ser, de una parte, declarada de oficio por el tribunal de manera que debe alegarse en juicio (arts. 19 y 408 de la LEC)<sup>62</sup>, y, de otra, es renunciabile en cualquier momento por los interesados, dado que sus eventuales beneficios revisten un carácter estrictamente privado.

*La compensación contractual o convencional.* Opera por pacto *inter partes* y conforme a los acuerdos que libremente se hayan estipulado, en aras de la extinción recíproca de las obligaciones. Lo característico de esta compensación voluntaria es que no precisa los presupuestos del art. 1196 del CC, de modo que rige en toda su extensión el principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 del CC) y requiere tampoco que las deudas compensables sean homogéneas<sup>63</sup>.

*La compensación facultativa* (variante de la precedente) es aquella en la cual el impedimento para que opere la compensación legal resulta eliminado -de manera unilateral- por la parte a quien pudiera favorecer<sup>64</sup>. En definitiva, constituye una facultad, de ahí su *nomen*, del interesado en provocar, por su sola voluntad, la concurrencia de los presupuestos de la compensación legal al ser aludida esta clase (p. ej., en SAP de Sevilla núm. 927/2002, de 26 diciembre, Sección 6ª, FJ 2º<sup>65</sup>).

*La compensación judicial.* Opera en aquellos supuestos en que no resulta pertinente la legal por la ausencia, *ab initio*, de alguno de sus presupuestos que, sin embargo, se obtiene después durante la tramitación del proceso o con ocasión de este. El caso más frecuente de compensación judicial tiene lugar al concurrir un crédito líquido a la iniciación del pleito con otro ilíquido cuya existencia e importe son determinados en el fallo de la correspondiente resolución judicial transformándolo -desde entonces- en líquido, por lo que, en general, lo que se produce no es otra cosa que la eliminación de un inconveniente -la inicial iliquidez- que imposibilitaba la compensación legal.

Hemos de tener presente que en los casos de compensación convencional, facultativa o judicial, la eficacia de la compensación legal solo se producirá desde la concurrencia de los requisitos analizados. Además, dado que se obtienen, respectivamente, por razón del pacto, la renuncia de quien se halle facultado o, en su caso, por el fallo judicial sus efectos no se retrotraerán -al contrario que en la legal- a un momento anterior. Por tanto, se mantiene que, en realidad, estos tipos de compensación convencional, facultativa y judicial tan solo representan tres vías para conseguir que las obligaciones reúnan los requisitos de la compensación legal (Albaladejo, 2011, p. 320).

### *Influencia del principio pro actione en la compensación judicial de créditos.*

Hemos visto que la compensación judicial actúa cuando, inicialmente, no resulta procedente la legal por ausencia de algunos de sus presupuestos que, sin embargo, se obtienen luego con ocasión de la tramitación de un proceso en el que el tribunal puede decidir contrarrestar la pretensión del demandante con algún alegato que ha hecho valer el demandado; o, en otro caso, al finalizar el proceso aquella obligación -que inicialmente no era compensable- reúne ya todos los requisitos convirtiéndose, por tanto, en compensable. Por tanto, esta clase de compensación necesita que se promueva un pleito mediante la oportuna demanda solicitándose la extinción de una deuda por compensación (pese a que falte alguno de sus requisitos); también, en otro caso, al contestar a dicha demanda -supuesto más habitual- el demandado pida que se reconozca un crédito mantenido frente al actor y se concrete su cuantía y aporta, para ello, las oportunas pruebas a fin de que en la resolución judicial que se dicte se determinen los importes de los que, efectiva y recíprocamente, sean acreedores y deudores de ambas partes<sup>66</sup>.

Un delicado problema ha sido el que se produce con respecto a la forma procesal adecuada de alegar -una vez formulada la demanda- una compensación judicial por el demandado advirtiéndose, sobre el particular, ciertas vacilaciones. Así, para cierto sector doctrinal y jurisprudencial la compensación judicial exige “que el demandado plantee una reconvencción<sup>67</sup>, pidiendo el reconocimiento del crédito que tenga contra el demandante y la determinación de su cuantía” (De Verda & Chaparro, 2016, p. 272, con base en las SSTs 7 de diciembre de 2007, 30 de abril y 6 de noviembre de 2008; Cordero & Marín, 2015, p. 288) si bien, en otras ocasiones, se exige solo demanda reconvenzional para el caso de que alguno de los créditos a compensar resulte controvertido por las partes con respecto a su exigibilidad y, por el contrario, cuando la compensación judicial se solicita con relación a un crédito ilíquido se permite invocarla al demandado, indistintamente, tanto por vía de reconvencción como de excepción<sup>68</sup>, al precisarse entonces realizar una simple operación aritmética. No obstante, incluso en este último caso cohabitan resoluciones contradictorias; mientras algunas admiten que se pida mediante excepción siempre que la cantidad que se compensa no origine un crédito a favor del demandado (SSTS de 7 de junio de 1983, 31 de mayo de 1985, 7 de marzo de 1988 y 16 de noviembre de 1993), en cambio, otras resoluciones consideran que siempre se debe formular por vía reconvenzional al exigir una actuación y pronunciamiento expreso del juez, al margen de cuál sea el importe del crédito. Esta polémica parecía haberse resuelto por la nueva redacción dada al antes referido art. 408 de la LEC (titulado “Tratamiento procesal de la alegación de compensación y de la nulidad del negocio jurídico en que se funde la demanda. Cosa juzgada”), el cual prevé un nuevo trámite de alegaciones a fin de que el actor se pueda

oponer a la compensación, aunque se alegue de contrario mediante excepción: “En la forma prevenida para la contestación a la reconvencción, aunque el demandado sólo pretendiese su absolució n y no la condena al saldo que a su favor pudiera resultar” (art. 408.1); y “con el resultado a que haya lugar según lo que cada parte pruebe” (Lacruz-Berdejo et al., 2007, p. 295). Sin embargo, no ha sido así y perviven aún varias decisiones discrepantes.

En esta dirección, la SAP de Murcia núm. 322/2011, de 23 noviembre, Sección 5ª -con cita de abundantes resoluciones- admite por vía de excepción la petición de compensación judicial de una deuda ilíquida y determinable. No obstante, por el contrario, con respecto a otra deuda distinta sobre la que los litigantes venían discutiendo su propia exigibilidad determina (en su FJ 6º) que la alegación de compensación judicial no siempre cabe mediante excepción sino que, en ocasiones, el demandado debe oponerla a través de reconvencción<sup>69</sup> con apoyo en que “se requiere una actuación y pronunciamiento expreso del Juez”, solución por la que asimismo se inclinan la SAP Tarragona, Sección 1ª, S de 5 junio 2007; SAP de Madrid, sec. 10ª, de 13 de noviembre de 2007; SAP Vizcaya, Sección 3ª, de 16 de diciembre de 2008; SAP de Granada, sec. 5ª, de 5 de junio de 2009 o SAP Pontevedra (6ª) de 9 de diciembre de 2010.

Frente a este criterio restrictivo, mayor flexibilidad ofrece la SAP de La Rioja núm. 156/2012, de 30 de abril, cuyo FJ 3º aborda este mismo problema inclinándose por no considerar precisa la demanda reconvenccional en todo caso, con base tanto en el art. 408 de la LEC como en “una reiterada doctrina jurisprudencial que indica que el demandado para impugnar la demanda, no tiene necesidad de alegar expresa y nominalmente excepciones, pues bastando con la invocación de hechos de los que las mismas resulten”, lo cual impide rechazar la compensación aunque no se haya invocado “explícitamente a través de reconvencción”. Con remisión a lo declarado en la SAP de Madrid de 13 de octubre de 2011, resume su postura y reconoce que, si bajo la anterior LEC la jurisprudencia admitía la compensación legal por vía de excepción pero exigía la reconvencción cuando se trataba de compensación judicial por requerirse un previo pronunciamiento (STS de 11 de octubre de 1988, 2 de febrero de 1989, 12 de junio y 16 de noviembre de 1993, 24 de marzo y 9 de abril de 1994, 27 de diciembre de 1995 y 7 de diciembre de 2007), desde la vigencia del art. 408 de la actual LEC la situación ha cambiado al permitirse al actor que discuta esta alegación en la forma “prevenida para la contestación a la reconvencción”, con base en la doctrina del TC que señala:

Las normas de procedimiento han de interpretarse de tal forma que el proceso sirva de mecanismo para alcanzar una resolución definitiva de la controversia que enfrenta a las partes sin que se produzca indefensión para ninguna de ellas, huyendo de interpretaciones formalistas y rigoristas que no conseguirían más que dilatar la solución del conflicto (SAP Madrid (s. 9ª), 2011, FJ.2º).

Concluye que, de lo contrario, se quebraría la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE)<sup>70</sup>.

Suscitado así el problema formal sobre cómo invocar en el escrito de contestación una compensación judicial de créditos, la Sala 1ª de nuestro Alto Tribunal se ha inclinado por esta segunda posición en la STS núm. 427/2013, de 13 junio, Sala 1ª, Secc. 1ª que, con la pretensión de zanjar la disputa mediante el principio *pro actione* implícito en el art. 24.1 de la CE, se pronuncia a favor de admitir la compensación judicial pedida por el demandado al margen de la cuál sea la manera procesal en que se verifique -mediante reconvencción o excepción-<sup>71</sup>, si se considera que, al pronunciarse “en sentido contrario la sentencia recurrida infringe el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente e impide una contestación judicial a su pretensión con la que pretendía compensar la reclamación de la parte demandante”. No obstante, a fecha de hoy representa la única resolución del TS recaída en este sentido y, por tanto, no constituye aún jurisprudencia en el sentido dispuesto por el art. 1.6 del CC al requerirse, al menos, dos sentencias que adopten la propia dirección.

Esta clara incidencia del principio *pro actione* en la compensación judicial de créditos ha sido adoptada, entre las más recientes, por SAP de las Islas Baleares núm. 325/2016, Secc. 5ª, de 14 noviembre, FJ 4º, y la SAP de Salamanca núm. 174/2017, Secc. 1ª, de 23 marzo, FJ 2º; por el contrario, otras resoluciones persisten todavía en exigir la reconvencción expresa del demandado a fin de invocar una compensación judicial como

sucede en la SAP de La Coruña núm. 95/2015, de 26 marzo, Sección 3ª, FJ 6º<sup>72</sup>, o en la SAP de Valencia núm. 108/2015, de 22 de abril, Sección 8ª, FJ 1º<sup>73</sup>, con la correlativa inseguridad jurídica que esto supone.

## Conclusiones

La doctrina del TC ha ampliado con creces el contenido de la tutela judicial efectiva sin indefensión prevenida en el art. 24.1 de la CE, de manera que resulta ser el derecho que más veces se invoca de cuantos integran el acervo de derechos fundamentales en los recursos de amparo constitucional, e inspiran así todo el ordenamiento jurídico.

En la esfera jurídico-civil, la titularidad de este derecho se ha extendido a las personas físicas tanto nacionales como extranjeras, sin atender a la exigencia relativa a que la residencia en el territorio nacional se ajuste, en todo caso, a la legalidad vigente para ser titular de este derecho. De forma paralela, esto ha implicado también el reconocimiento de la asistencia jurídica gratuita, lo cual ha provocado las correspondientes reformas legales.

En el marco del derecho de familia la tutela judicial efectiva ha permitido detectar un interés legítimo en los acogedores a fin de que se puedan personar y sean merecedores de la debida audiencia en aquellos procesos y procedimientos encauzados a la adopción o acogimiento preadoptivo de menores de edad en situación de desamparo.

Asimismo, en materia de filiación ha supuesto la reforma del art. 133 CC, lo cual ha facilitado que un progenitor -casi siempre el padre- reclame una filiación extramatrimonial carente de posesión de estado, y ha conllevado también a la modificación del art. 136 del CC que dificultaba impugnar la paternidad al marido que ignorase no ser el progenitor biológico del hijo inscrito como suyo.

La tutela judicial efectiva no se reduce al acceso a la jurisdicción al ostentar relevantes derivaciones como son la garantía de indemnidad, la motivación y congruencia de todas las decisiones judiciales, la utilización del sistema de recursos establecido, la prohibición de la reforma peyorativa, la inmodificabilidad de las resoluciones firmes y su ulterior ejecución, la tutela cautelar o la proscripción de indefensión. De todas estas diversas proyecciones de la tutela judicial se destaca de sobremanera y en el orden civil el principio hermenéutico *pro actione*, en conformidad con el cual los tribunales han de sortear formalismos innecesarios o interpretaciones restrictivas a la hora de apreciar los presupuestos necesarios para que los litigantes obtengan una resolución sobre la concreta cuestión que sometan a aquellos. Esto parece lógico porque bastante padecen ya los titulares del derecho fundamental al analizar con el intervalo temporal, a veces desproporcionado, que han de aguardar a fin de lograr un primer pronunciamiento -al margen de los gastos y molestias que se suponen producidos-, para que, además, se les conmine a una escrupulosa observancia del sinfín de requisitos procesales contenidos en la Ley adjetiva. No obstante, tampoco consideramos descabellado proponer que la eficacia de este *pro actione* se comenzase a observar también por el propio TC (órgano que lo delimita e interpreta) a la vista del considerable número de recursos de amparo que sus diversas salas y secciones inadmiten de plano desde el inicio mismo de su interposición, tal y como se desprende de los datos oficiales contenidos en las memorias anuales que publica.

Merced al principio *pro actione* se ha procurado solucionar un concreto inconveniente advertido en el seno del derecho de obligaciones, en concreto, en la manera en que el demandado puede invocar una compensación judicial de créditos al contribuir tal principio a que esta no tenga que ser necesariamente formulada mediante expresa demanda reconventional, y baste así que se alegue por vía de excepción. A esta solución se llega también por la vía del art. 408.1 de la LEC. No obstante, esta interpretación no es uniforme y todavía persisten algunas decisiones discordantes que, con apoyo en criterios más restrictivos, siguen inclinándose por exigir al demandado el empleo de la reconvencción expresa en tales casos. Sería deseable que la Sala de lo Civil del TS

se pronunciase pronto sobre esta delicada cuestión con el objeto de consolidar la postura iniciada en el 2013, acorde con el principio *pro actione*, y establecer así jurisprudencia al respecto.

## Referencias Bibliográficas

- Albaladejo, M. (2011). *Derecho civil II. Derecho de obligaciones*. Madrid: Edisofer.
- Arias, J. M. (1993). Breve examen de algunos aspectos del derecho a la tutela judicial. En *Cuadernos de derecho judicial. Principios constitucionales en el proceso civil* (pp. 503-547). Madrid: CGPJ.
- Audiencia Provincial de Valencia. Secc. 10ª. Auto n.º 197/2002 (Pastor Alcoy; 11 de octubre de 2002).
- Audiencia Provincial de Sevilla. Secc. 6ª. SAP n.º 927/2002 (Núñez Ispa; 26 de diciembre de 2002).
- Audiencia Provincial de Murcia. Secc. 5ª. SAP n.º 322/2011 (Larrosa Amante; 23 de noviembre de 2011).
- Audiencia Provincial de La Rioja. SAP n.º 156/2012 (Aramendía Ojer; 30 de abril de 2012).
- Audiencia Provincial de La Coruña. Secc. 3ª. SAP n.º 95/2015 (Fernández-Porto García; 26 de marzo de 2015).
- Audiencia Provincial de Valencia. Secc. 8ª. SAP n.º 108/2015 (Brines Tarraso; 22 de abril de 2015).
- Audiencia Provincial de las Islas Baleares. Secc. 5ª. SAP n.º 325/2016 (Ramón Homar; 14 de noviembre de 2016).
- Audiencia Provincial de Salamanca. Secc. 1ª. SAP n.º 174/2017 (Carbajo Cascón; 23 de marzo de 2017).
- Tribunal Constitucional. Sala 2ª. STC n.º 45/2002 (Pérez Vera; 25 de febrero de 2002).
- Bercovitz, R. (2011). *Manual de derecho civil. Derecho privado y derecho de la persona*. Madrid: Bercal.
- Bunge, M. (1987). *La investigación científica: su estrategia y su filosofía* (trad. M. Sacristán). Barcelona: Ariel.
- Cámara, G. (2012). El derecho a la tutela judicial efectiva. En F. Balaguer (Coord.), *Manual de derecho constitucional* (Vol. II, pp. 270-295). Madrid: Tecnos.
- Carrión, S. (2016). La adopción. En J. R. De Verda y Beamonte (Coord.), *Derecho civil IV (derecho de familia)* (pp. 350-371). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [CDFUE]. Arts. 47 y 48.7 de diciembre de 2000 (adaptada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007 y recogida en el art. 2 de la LO 1/2008, de 30 de julio, por la que España ratifica el Tratado de Lisboa -a virtud del cual se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea-).
- Constitución Española, [CE]. Arts. 9, 10, 14-29, 33, 38, 39, 117-128, 149 y 166-169. Diciembre 27 de 1978. BOE núm. 311, 29 diciembre 1978 (España).
- Costituzione della Repubblica Italiana, [CI]. Art. 24. GU núm. 298, 27 diciembre de 1947. (Italia).
- Constitución Política de Colombia, [CPC]. Arts. 29, 33 y 86. Gaceta Constitucional núm. 114, 4 de julio de 1991 (Colombia).
- Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [CEDH]. Arts. 6 y 13. Noviembre 4 de 1950.
- Cordero, E., & Marín, M. J. (2015). Extinción de las obligaciones (II). Otras causas de extinción. En A. Carrasco Perera (Dir.), *Lecciones de derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos en general* (pp. 281-302). Madrid: Tecnos.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos [DUDH]. Arts. 8, 10 y 11. 10. Diciembre 10 de 1948.
- Díez-Picazo, L. M. (2003). *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Thomson-Civitas.
- Díez-Picazo, L., & Gullón, A. (1990). *Sistema de derecho civil. Vol. II*. Madrid: Tecnos.
- Gómez, E. (1979). *Derecho procesal civil. Vol. I. Parte general. El proceso declarativo ordinario*. Madrid: Artes Gráficas y Ediciones.
- Jaramillo J, C. I. (2002, enero-diciembre). Acreditación de la paternidad extramatrimonial. Rad. 6919. S.C. 2002-05-21. Revista Corte Suprema de Justicia, (15), p. 19.
- Lacruz, J. L., Sancho, F. A., Luna, A., Delgado, J., Rivero, F., y Rams, J. (2007). *Elementos de Derecho civil, II. Derecho de obligaciones, Vol. I*. Madrid: Dykinson.

- De las Heras, M. A. (2001, octubre). Tutela cautelar efectiva en la nueva LECiv. *Revista TSJ y AP*, (10), 11-51.
- De las Heras, M. A. (2008, enero-junio). Ética, poder judicial y su responsabilidad en España: ¿Hay necesidad real de un Código ético para la judicatura? *Revista Criterio y Conducta*, (3), 159-216.
- De las Heras, M. A. (2009). Otra vía para depurar eventuales responsabilidades judiciales. En M. L. Atienza, R. Evangelio, M. D. Mas y M. P. Montes (Coords.), *Pensamientos jurídicos y palabras dedicados a Rafael Ballarín Hernández* (pp. 293-307). Valencia: Universitat de València.
- De las Heras, M. A. (2014). *Jurisdicción, ADR'S y derecho civil*. México: Poder Judicial del Estado de Nuevo León.
- De las Heras García, M. A. (2017). La compensación. *Big Data Jurist (ISDE)*. Recuperado de en <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/71574>
- Ley 1/1996. Ley de Asistencia Jurídica Gratuita [LAJG]. 10 enero de 1996. Art. 2. BOE 12 enero 1996, núm. 11.
- Ley 1/2000. Ley de Enjuiciamiento Civil [LEC]. 7 de enero de 2000. Arts. 6, 7, 19 138, 214, 218, 408, 465 y 767. BOE 8 enero 2000, núm. 7.
- Ley 15/2015. Ley de la Jurisdicción Voluntaria [LJV]. 2 julio de 2015. Arts. 23-26 y 33-42. BOE 3 julio 2015, núm. 158.
- Ley 26/2015. Ley de modificación del sistema de protección adolescencia. 28 julio 2015. Preámbulo y art. 2º. BOE 180.Ley 2/2009.
- Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de y libertades de los extranjeros en España y su integración de diciembre de 2009.
- Ley 10/1995. Ley Orgánica del Código Penal [CP]. 23 noviembre de 1995. Art. 20. BOE 24 noviembre, núm. 281.
- Ley 6/1985. Ley Orgánica del Poder Judicial [LOPJ]. 1 julio de 1985. Arts. 5, 7, 267, 418 y 419. BOE 2 julio 1985, núm. 157.
- Ley 1/1996. Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor [LOPJM]. 15 enero de 1996. Art. 2. BOE 17 enero 1996, núm. 15.
- Ley 4/2000. Ley Orgánica reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. 11 enero de 2000. Arts. 20 y 22. BOE 12 enero 2000, núm. 10.
- Ley 2/1979. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC). 3 octubre de 1979. Artículos 1, 39, 41, 93. BOE 5 octubre 1979, núm. 239.
- Código Civil. Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil 24 de julio de 1889 BOE-A-1889-4763 (España).
- Martín, L. (2003). *Constitución Española. 25 Aniversario*. Elcano: Thomson-Aranzadi e Ilustre Colegio de Abogados de Murcia.
- Montero, J., Gómez, J. L., Móntón, A., y Barona, S. (2010). *Derecho jurisdiccional I. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch .
- Nivarra, L., Ricciuto, V., & Scognamiglio, C. (2011). *Istituzioni di Diritto Privato*. Torino: G. Giappichelli.
- De la Oliva Santos, A., Díez-Picazo Giménez, I., & Vegas Torres, J. (2012). *Curso de Derecho Procesal Civil, I. Parte General*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [PIDCP]. Art. 14.19. Diciembre 19 de 1966.
- Paradiso, M. (2012). *Corso di Istituzioni di Diritto Privato*. Torino: G. Giappichelli .
- Pérez, J. (2007). *Curso de Derecho Constitucional (revisada y puesta al día por Carrasco M. Durán)*. Madrid: Marcial Pons.
- Perlingieri, P., & Femia, P. (2014). Costituzione, codice civile, leggi ordinarie. En P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile* (pp. 32-34). Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Quicios, S. (2001). Artículo 133. En R. Bercovitz Rodríguez-no (Coord.), *Comentarios al Código Civil* (pp. 250-252). Elcano: Aranzadi.
- Quicios, S. (2011). La compensación. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Manual de derecho civil. Obligaciones* (pp. 99-108). Madrid: Bercal .



- Ramírez, J. F. (2002, enero-diciembre). Constitución y derecho procesal. *Revista Corte Suprema de Justicia*, (15), 41-42.
- Roca, J. (2012). Disposición final 3ª: «Reforma del Código Civil». En J. A. Cobacho-Gómez, y A. Leciñena-Ibarra, (Dir.), *Comentarios a la Ley del Registro Civil (1567-1577)*. Elcano: Thomson-Reuters, Aranzadi.
- Roca, J., & de las Heras García, M. A. (2012). Artículo 4: “Hechos y actos inscribibles”. En J. A. Cobacho Gómez, y A. Leciñena Ibarra, (Dir.), *Comentarios a la Ley del Registro Civil (121-176)*. Elcano: Thomson-Reuters, Aranzadi.
- Sáez-Rosenkranz, I. (2016, julio). El método histórico aplicado a la investigación educativa. *Reire. Revista d’Innovació i Recerca en Educació*, 9(2), 106-113.
- Serra, A. (2016). La tutela administrativa, la situación de desamparo y el acogimiento. En J. R. de Verda y Beamonte, (Coord.), *Derecho civil IV (Derecho de familia)* (pp. 355-370). Valencia: Tirant lo Blanch .
- Tribunal Constitucional (TC). Memoria 2012. Memoria 2013. Memoria 2014. Memoria 2015. Memoria 2016. Recuperado de <https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Paginas/default.aspx>
- Tribunal Constitucional. Sala 2ª. STC n.º 124/2002 (Conde Martín de Hijas; 20 de mayo 2002).
- Tribunal Constitucional. Pleno. STC n.º 95/2003 (Jiménez-Sánchez; 22 de mayo 2003).
- Tribunal Constitucional. Pleno. STC n.º 138/2005 (Zapata-Pérez; 26 de mayo de 2005).
- Tribunal Constitucional. Pleno. STC n.º 156/2005 (García-Calvo y Montiel; 9 de junio de 2005).
- Tribunal Constitucional. Pleno. STC n.º 52/2006 (Gay Montalvo; 16 de febrero de 2006).
- Tribunal Constitucional. Sala 1ª. STC n.º 243/2006 (Casas Baamonde; 24 de julio de 2006).
- Tribunal Constitucional. Sala 1ª. STC n.º 330/2006 (Aragón Reyes; 20 de noviembre de 2006).
- Tribunal Constitucional. Pleno. STC n.º 236/2007 (Casas Baamonde; 7 de noviembre de 2007).
- Tribunal Constitucional. Sala 2ª. STC n.º 26/2008 (Conde Martín de Hijas; 11 de febrero de 2008).
- Tribunal Constitucional. Pleno. STC n.º 141/2008 (Aragón Reyes; 30 de octubre de 2008).
- Tribunal Constitucional. Sala 1ª. STC n.º 142/2009 (Casas Baamonde; 15 de junio de 2009).
- Tribunal Constitucional. Sala 2ª. STC n.º 6/2011 (Pérez Vera; 14 de febrero de 2011).
- Tribunal Constitucional. Pleno. STC n.º 108/2012 (no consta ponente; 22 de mayo de 2012).
- Tribunal Constitucional. Sala 2ª. STC n.º 155/2012 (Pérez de los Cobos Orihuel; 16 de julio de 2012).
- Tribunal Constitucional. Pleno. STC n.º 201/2013 (González-Trevijano Sánchez; 5 de diciembre de 2013).
- Tribunal Constitucional. Pleno. STC n.º 140/2016 (Martínez-Vares García, 21 de julio de 2016).
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Secc. 4ª. STEDH (P. Hirvelä; 8 de enero de 2013).
- Tribunal Supremo. Sala 1ª. STS n.º 325/2006 (Ferrándiz Gabriel; 3 de abril de 2006).
- Tribunal Supremo. Sala 1ª, Secc. 1ª. STS n.º 533/2009 (Marín Castán; 30 de junio de 2009).
- Tribunal Supremo. Sala 1ª, Secc. 1ª. STS n.º 595/2009 (Corbal Fernández; 5 de octubre de 2009).
- Tribunal Supremo. Sala 1ª, Secc. 1ª. STS n.º 495/2012 (Xiol Ríos; 20 de julio 2012).
- Tribunal Supremo. Sala 1ª, Secc. 1ª. STS n.º 356/2013 (Arroyo Fiestas, 17 mayo de 2013).
- Tribunal Supremo. Sala 1ª, Secc. 1ª. STS n.º 427/2013 (Arroyo Fiestas; 13 de junio de 2013).
- Tribunal Supremo, Sala 1ª, Secc. 1ª. STS n.º 18/2017 (Baena Ruiz; 17 de enero de 2017).
- De Verda y, J. R., y Chaparro, P. (2016, febrero). Algunas notas sobre el pago y la compensación en clave jurisprudencial, *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (6), 250-273.

## Notas

**Para citar este artículo:** De las Heras, M. (2018). Proyecciones de la tutela judicial y su repercusión en materia de nacionalidad, adopción, filiación y compensación. *Revista Via Iuris*, (Nº 24), pp.1-44.

- \* Artículo de reflexión resultado del trabajo desarrollado tanto en el marco del Grupo de Investigación en materia de Discapacidad y Familia (Vigrob-175), como en el Grupo de Investigación en materia de responsabilidad extracontractual (Vigrob-213). Universidad de Alicante (España). Alicante (España).
- 1 Como lo acredita, p. ej., el reforzamiento de los derechos de la personalidad merced a la férrea defensa constitucional de los derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 15 a 29 sin olvidar la mención a la objeción de conciencia recogida en su art. 30.2), lo que impulsa una transformación del derecho de la persona; la actual ordenación legal del matrimonio resultante de la interpretación del principio de igualdad (art. 14, en especial, en lo relativo al nacimiento y al sexo) que, junto con la protección dispensada a la familia, a la infancia y a la maternidad (art. 39) ha supuesto una notable alteración del derecho de familia e innovaciones significativas en el derecho de sucesiones; el afianzamiento de la economía de mercado y la autonomía privada como consecuencia del reconocimiento de la propiedad privada (art. 33.1) y la libertad de empresa (art. 38) solo delimitadas por la función social y la subordinación de la riqueza nacional al interés general (arts. 33.2 y 128.1), e, incluso, ha fijado límites precisos en la conservación, la modificación y el desarrollo de los derechos civiles forales y la atribución de competencias legislativas a las respectivas comunidades autónomas en las cuales tales derechos perduran (art. 149.1.8).
  - 2 Tal como lo dispone el art. 123.1 de la CE, “el Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales”.
  - 3 Al establecer el art. 1.1 de la LOTC, “el Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica”.
  - 4 Sobre todo si leemos ciertos pronunciamientos de antaño que develaban esta pugna entre ambas instituciones y, por lo general, un desmesurado espíritu crítico, próximo a la descalificación, de parte del supremo intérprete de nuestra Carta Magna con respecto a concretos tribunales inferiores (De las Heras, 2009, p. 296), susceptible de engendrar quizás algún tipo de responsabilidad ya disciplinaria (arts. 418.6 y 419.2 de la LOPJ), ya civil (art. 1902 del CC) o, incluso, deontológica (De las Heras, 2008, pp. 188-192), máxime si atendemos a que los dictados deontológicos no comprenden simples tratados de deberes morales sin consecuencias en el ámbito disciplinario sino que, por el contrario, imponen obligaciones de necesario cumplimiento y basan sus infracciones desde tiempo inmemorial en el ejercicio de las facultades disciplinarias, tal y como lo expresa la propia STC núm. 201/2013, de 5 de diciembre, Pleno, Fundamento Jurídico (FJ) 8º con cita de otras. Por fortuna, este precedente y tirantez entre ambas “potencias” jurídicas, parece haber finalizado al evidenciarse la “superioridad de armas” del supremo intérprete constitucional que, al margen de otros extremos, ostenta una velada potestad cuasi-legislativa mediante la facultad que se le reconoce de poder declarar nulas e inconstitucionales (art. 39 LOTC) y, por ende, desterrar de nuestro ordenamiento algunas disposiciones que han provocado un replanteamiento y una transformación de ciertos institutos afectantes, y de manera singular a la esfera del derecho civil tanto en su aspecto material o sustantivo como procesal.
  - 5 Sin obviar tampoco que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico” (art. 9.1 de la CE), extremo que parecen ignorar ciertos movimientos regionales contemporáneos de censurable y marcado carácter secesionista.
  - 6 De tal manera que las diferentes hipótesis —o enunciados fácticos generales susceptibles de ser verificados— se comprueban al examinar las predicciones que implican y, por tanto, si la evidencia lograra mostrar que una predicción es correcta conseguirá confirmar la teoría; sin embargo, si la evidencia resultase ser incompatible con la predicción rebatirá entonces la teoría y, por consiguiente, cualquier otra evidencia dejaría de ser significativa. Este método consiste “en desarrollar una teoría empezando por formular sus puntos de partida o hipótesis básicas y deduciendo luego sus consecuencias con la ayuda de las subyacentes teorías formales”, de modo que los “axiomas de una teoría formal son (...) hipótesis en sentido lógico, mientras que los axiomas de una teoría factual son hipótesis en los dos sentidos: el lógico y el epistemológico y metodológico: van más allá de la experiencia y son además rectificables” (Bunge, 1987, p. 253).
  - 7 Contra poniéndose al método inductivo que solo implica aglomerar conocimientos e informaciones de manera aislada.
  - 8 En definitiva, tanto en la ciencia factual como, incluso, en diversas parcelas de la propia matemática numérica todo aquello que se puede lograr constituye, como mucho, meras “soluciones aproximadas, por lo que el método de aproximaciones sucesivas es indispensable” (Bunge, 1987, p. 35).
  - 9 Resumibles en los tres que siguen: (a) explicación de los fenómenos y sus causas (lo cual procuramos verificar al describir las plurales proyecciones contenidas en el art. 24 de la CE en conformidad con la nutrida jurisprudencia recaída al efecto, así como los aspectos más relevantes de los institutos civiles que abordamos); (b) examinar la realidad social en la que se produce el tema de análisis (porque, p. ej., los problemas planteados antes en materia de nacionalidad, adopción o filiación no son similares a los de ahora), dado que reflexionar sobre “el contexto en el que se inserta el tema investigado permite dotar de mayor densidad a la explicación, puesto que en Historia no se busca la generalización, sino la explicación de casos particulares de un momento y un lugar determinado”; y, por último, (c) atender a que únicamente se pueden explicar ciertas situaciones, incluso las pasadas, de acuerdo con su propia realidad (Sáez-Rosenkranz, 2016, pp. 107-108).

- 10 Dispone el art. 24 de la Costituzione della Repubblica Italiana (CI): “Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa e' diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione. La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari”.
- 11 Se titula el art. 6 “Derecho a un proceso equitativo”, mientras que su art. 13 se rubrica “Derecho a un recurso efectivo”. Bajo tal ángulo también merecen mención los arts. 8, 10 y 11 de la DUDH, el art. 14 del PIDCP o los arts. 47 y 48 de la CDFUE.
- 12 Precepto que se reproduce innecesariamente en el art. 7.3 de la LOPJ.
- 13 De modo paralelo a como se pronuncian, a título de muestra, los arts. 29 y 33 de la Constitución Política de Colombia (CPC) de 1991 y también, aunque de manera más restringida, su art. 86.
- 14 Aunque, a veces, ciertos autores no las empleen como expresiones sinónimas al indicarse que, “una rápida mirada de la Constitución y de la producción jurisprudencial de la Corte Constitucional nos permite verificar el fenómeno e identificar al lado de supremas garantías, como el debido proceso, el derecho de defensa, la imparcialidad y la igualdad procesal, otras tan novedosas como la tutela judicial efectiva” (Ramírez, 2002, p. 41).
- 15 Según el art. 20.4º del CP: “Están exentos de responsabilidad criminal: 4º El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos”.
- 16 Entre otros, la eventual enmienda o rectificación de deficiencias formales en que puedan incurrir los interesados —o, incluso, el de alcanzar en cualquier caso un pronunciamiento sobre el fondo respecto de la primitiva cuestión deducida ante los tribunales—, a lo cual habría que añadir que ciertas garantías previstas en el art. 24.2 de la CE no quedan circunscritas o no son de excepcional empleo en la esfera del proceso penal, sino que, por el contrario, resultan aplicables a los restantes órdenes jurisdiccionales (De las Heras, 2014, 19-22).
- 17 De acuerdo con el art. 41 de la LOTC: “1. Los derechos y libertades reconocidos en los arts. 14 a 29 de la Constitución serán susceptibles de amparo constitucional (...) sin perjuicio de su tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia (...) 2. El recurso de amparo constitucional protege (...) frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos (...) así como de sus funcionarios o agentes”.
- 18 Así, en primer término, el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley equivale, sobre todo, al derecho a un juzgador ecuaníme, neutral, establecido legalmente y, por consiguiente, nunca preestablecido para un supuesto específico puesto que tolerar otra cosa abriría la puerta a una eventual manipulación de los pleitos habiéndose criticado, sin embargo, el inconveniente referido a que el TC tenga declarado que una eventual inobservancia de las disposiciones de reparto de los heterogéneos asuntos judiciales no se puede invocar a través del recurso de amparo (Díez-Picazo, 2003, p. 373). En segundo lugar, la defensa y asistencia técnica constitucionalmente consagrada persigue garantizar la prohibición de indefensión aspirando a que las partes en litigio se hallen, en cierto modo, equilibradas y partan ambas — al menos en apariencia— con cierta paridad procesal sin contemplar su dimensión financiera, gracias al establecimiento del beneficio de justicia gratuita (art. 119 de la CE). Lo propio puede mantenerse con respecto a los derechos a un proceso público (proclamado también en el art. 120.1 de la CE, así como en el art. 138 de la LEC) sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, y aquel otro de utilizar los medios de prueba pertinentes.
- 19 Por el contrario, el resto de garantías consagradas en el art. 24.2 de la CE son específicas del proceso penal (Pérez, 2007, pp. 425-439; Díez-Picazo, 2003, pp. 369-384) y, con matices, del procedimiento administrativo sancionador, tal y como tiene expresado, con cita de abundantes pronunciamientos, la STC núm. 142/2009, de 15 de junio, FJ 4º: “Al ejercicio de las potestades sancionadoras de la Administración le son de aplicación las garantías procedimentales previstas en el art. 24.2 CE, si bien no mediante su aplicación literal, sino en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base de dicho precepto y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 CE (...) En concreto, hemos reconocido que el derecho a no declarar contra sí mismo, en cuanto garantía instrumental del derecho de defensa, rige y ha de ser respetado, en principio, en la imposición de cualesquiera sanciones administrativas, sin perjuicio de las modulaciones que pudiera experimentar en razón de las diferencias existentes entre el orden penal y el administrativo sancionador”.
- 20 Elemento gramatical de cualquier *interpretatio legis* y al que acudir en primer término conforme dispone el art. 3.1 del CC: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras”.
- 21 Esto es: “La jurisdicción se extiende a todas las personas (...) en la forma establecida en la Constitución”.
- 22 Al determinar que, “las personas públicas son titulares, también, del derecho de acceso al proceso”, aunque “esta vertiente del art. 24.1 CE sólo tutela a las personas públicas frente a los Jueces y Tribunales, no en relación con el legislador”.
- 23 “El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables”, precepto que es necesario relacionar con el art. siguiente con nueva redacción dada por la Ley de Registro Civil de 2011 (Roca, 2012, pp. 1567 y ss.).

- 24 De manera que puede ser parte en los procesos civiles: “2º El concebido no nacido, para todos los efectos que le sean favorables” (art. 6.1.2º de la LEC) de manera que por los *nasciturus* “comparecerán las personas que legítimamente los representarían si ya hubieren nacido” (art. 7.3 de la LEC).
- 25 Así se lee en el CC: “La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión”.
- 26 Norma que se ha reformado en diversas ocasiones; recientemente por Ley 2/2017, de 21 de junio.
- 27 Pese a que el art. 20.1 de la Ley Orgánica 4/2000 reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social tuviera entonces dispuesto que “los extranjeros tienen derecho a la tutela judicial efectiva”.
- 28 Pues mantiene su FJ 13º, que el requisito de residencia contrariaba los arts. 2, 10.1, 24.1 y de la CE, además del art. 10 de la DUDH, art. 14.1 del PIDCP y el art. 6.1 del CEDH.
- 29 Entendiendo por adopción aquél “acto judicial, por el cual se hace efectiva la voluntad de una persona o pareja de que legalmente sea hijo suyo quien no lo es por naturaleza” (Carrión, 2016, p. 350), al recogerse el art. 108 del CC que “la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”.
- 30 De acuerdo con el párrafo 2º del vigente art. 172 del CC: “Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”.
- 31 El vasto art. 2 de la LOPJM en vigor —reformado por Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio— se rubrica, precisamente, “Interés superior del menor”, e incorpora ahora los criterios tanto jurisprudenciales del TS como los de la Observación general núm. 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño.
- 32 Para el hipotético caso de no plantearse oposición, el expediente de adopción aparece regulado hoy en los arts. 33 a 42 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV).
- 33 Siendo la filiación aquél estado civil consistente en el “vínculo que liga a los progenitores con sus hijos y que provoca la cualidad de hijo, hija, padre o madre en sus distintas modalidades (matrimonial, no matrimonial o adoptiva)”, lo que ubica a la persona en una específica “situación jurídica de la que derivan derechos y deberes” (Roca & De las Heras, 2012, p. 130).
- 34 Cuyo párrafo primero establecía: La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponde al hijo durante toda su vida”.
- 35 Sobre todo por la desafección social predominante hoy en torno al matrimonio y la subsiguiente proliferación de las uniones de hecho o *more uxorio*.
- 36 Lo más frecuente es que se reclame la paternidad por cuanto la “maternidad no suele ser objeto de procesos” (Quicios, 2001, p. 251).
- 37 El cual disponía con anterioridad: “El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento”.
- 38 Al pronunciarse, en idénticos términos, la STC núm. 156/2005, de 9 junio, Pleno, contaron ambas resoluciones con dos votos particulares.
- 39 Con todo, tales especulaciones judiciales existen; puede citarse la reciente STS núm. 18/2017, de 17 enero, Sala 1ª, Secc. 1ª que, no obstante, cuenta con el magistral voto particular de Salas Carceller.
- 40 De manera particular cuando se trata de actos que sancionan al ciudadano (Martín, 2003, p. 89).
- 41 En el FJ 2º de la STC núm. 6/2011, de 14 febrero, Sala 2ª, se sostiene que la posible violación de derechos fundamentales no se limita en exclusiva a apreciar el dolo o, en su caso, la culpa en quien ocasiona un daño (elementos subjetivos de compleja verificación), pues resulta suficiente que concurra una relación causal entre la conducta antijurídica y el resultado que la norma prohíbe, de manera que se transgrede esta “garantía de indemnidad” si se logra acreditar, en un momento previo o ulterior, el establecimiento de cierta sanción o la producción de determinados perjuicios a alguien por el solo hecho de ejercitar su derecho a la tutela judicial (lesión intencional) o, en su caso, derivarse de tal ejercicio cualquier consecuencia desfavorable causalmente vinculada sin necesidad de que concurra *animus nocendi* alguno (lesión objetiva contraria a la garantía de indemnidad).
- 42 Véase al respecto la STS núm. 595/2009, de 5 octubre, Sala 1ª, Sección 1ª, FJ 5º, dictada en proceso civil sobre protección de los derechos fundamentales de la persona frente a lo establecido en los Estatutos de cierto Grupo Parlamentario.
- 43 Tal como lo expresa la STC núm. 243/2006, de 24 julio, Sala 1ª, FJ 5º, *in fine*.
- 44 Exponiéndose con esto a evolucionar —pese a sus conocidas y reiteradas negativas en este sentido— a una especie de instancia última que desautoriza o reemplaza a los órganos judiciales ordinarios en la principal función que tienen atribuida (De la Oliva, Díez-Picazo, Giménez & Vegas-Torres, 2012, pp. 146-147; Montero, Gómez, Montón & Barona, 2010, p. 264).
- 45 “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”.

- 46 Y esto aunque se advierta, en este ámbito de los recursos, que el principio *pro actione* —del cual enseguida nos ocupamos— no actúa con su propia eficacia inicial puesto que, entre otras razones, la mayoría de las veces ha intervenido ya algún sujeto que obtuvo la tutela judicial y cuyo legítimo interés bien puede residir en que la resolución —impugnada en un momento ulterior— devenga firme y, por ende, se ejecute cuanto antes (Cámara, 2012, p. 278), por lo cual se destaca que la intensidad del principio *pro actione* en las siguientes etapas procesales resulta ser más exigua que en la fase inicial. Asimismo (De la Oliva, p. 147; Pérez, pp. 419-421), al considerar este último desatinada la constitucionalidad de un ordenamiento en el que solo existiese una única instancia, porque esto difícilmente se podría conciliar “con la interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) y vacía parcialmente de contenido algunas de las exigencias constitucionales en el ejercicio de la función jurisdiccional como la motivación de las sentencias”. Expresa la STC núm. 140/2016, de 21 julio, Pleno, FJ 12º, que “el principio hermenéutico *pro actione* no opera con igual intensidad en la fase inicial del proceso, para acceder al sistema judicial, que en las sucesivas, conseguida que fue una primera respuesta judicial a la pretensión cuya es la sustancia medular de la tutela y su contenido esencial, sin importar que sea única o múltiple, según regulen las normas procesales el sistema de recursos”.
- 47 Puesto que si se admitiese que el tribunal *ad quem* pudiera, de *motu proprio*, alterar la resolución recurrida en perjuicio del impugnante, se introduciría un instrumento disuasorio en el régimen establecido de los recursos desacorde con la tutela judicial efectiva (véase el FJ 5º de la STC núm. 141/2008, de 30 octubre, Pleno). En sentido contrario, la reforma peyorativa supondría perjudicar o agravar la posición jurídica del impugnante por el solo hecho de haber deducido un recurso, o sea, sin que se interponga “impugnación directa o incidental de la contraparte y sin que el empeoramiento sea debido a poderes de actuación de oficio del órgano judicial” (Cámara, 2012, p. 278). La propia Sala 1ª —o de lo Civil— del TS tiene declarado que la prohibición de la reforma peyorativa implica que el órgano *ad quem* se circunscriba a resolver, con carácter exclusivo, los asuntos que le sean suscitados y no otros (*tantum devolutum quantum appellatum*), habida cuenta de que incurrir en *reformatio in peius* conculcaría la tutela judicial efectiva por incongruencia *extra petita*. En consecuencia, al tribunal *ad quem* solo le incumbe conocer y decidir las cuestiones promovidas al abarcar, por ende, tanto las suscitadas de modo expreso en el recurso como aquellas que se consideren comprendidas en el objeto que accede a la segunda instancia por ser dependientes o accesorias del mismo (STS núm. 533/2009, de 30 junio, FJ 7º; STS núm. 495/2012, de 20 julio, FJ 7º —ambas provenientes de la Sala 1ª, Sección 1ª—) lo que, de otra parte, se encuentra proclamado en el art. 465.5 de la LEC.
- 48 Acerca de tal extremo, el TC ha reputado contrario al art. 24.1 de la CE el privilegio de la inembargabilidad de bienes públicos “en la medida en que comprenda a bienes patrimoniales no afectos directamente a un uso o servicio público” (Martín, 2003, p. 89).
- 49 Lamenta este último autor que la STC núm. 58/1983 declarase constitucional una ejecución dineraria como sustitutiva de la específica e incorporara, por tanto, cierta incertidumbre acerca de que la ejecución de una resolución se efectúa, en verdad, en sus propios términos.
- 50 Puesto que su objetivo se restringe únicamente a una eventual rectificación de ostensibles errores de naturaleza material o aritmética, o sea, que solo debe limitarse a la explicación de algún concepto oscuro o, en su caso, a la enmienda de alguna omisión o contradicción advertidas en la resolución sin posibilidad de verificar cualesquiera otras suposiciones o comentarios, véase al respecto ATC núm. 108/2012, de 22 mayo, Pleno, FJ 1º, y los que cita. En suma, se quebraría la tutela judicial cuando, fuera de los cauces legales, un tribunal variase el contenido de su decisión, aun al razonar que esta no se acomodaba a la legalidad vigente.
- 51 Las mayores dificultades de la indefensión emergen en cuestiones de prueba (Díez-Picazo, 2003, p. 367), e implican su interdicción una genérica previsión final interconectada con los derechos consagrados en la propia norma que operan como “parámetro para concretar cuándo se ha dejado indefensa (esto es, sin tutela judicial) a una parte ante o en el proceso”, de manera que requieren proteger el derecho a la defensa contradictoria a través de la alegación y acreditación de los correspondientes derechos e intereses en conflicto dentro de un contexto procesal en el que se observen los principios de bilateralidad e igualdad y se rechaza que pueda recaer alguna decisión *inaudita parte*, salvo que se produzca la incomparecencia deliberada o concurra culpa censurable de algún litigante (Cámara, 2012, pp. 279 y 280; señala, asimismo, que para el TC la idea de “indefensión” abarca el resto de transgresiones de los derechos constitucionales comprendidos en el art. 24 de la CE y su prohibición consolida la exigencia de aplicar e interpretar las disposiciones legales de la manera más benévola para la efectividad del derecho fundamental). No obstante, en ciertas ocasiones el TC reduce la esfera de la indefensión distinguiendo entre una indefensión jurídico-procesal y otra material o con relevancia constitucional (Montero et al., pp. 264-265).
- 52 Sea como fuere, deliberar acerca de la indefensión supone evaluar hipótesis: “en qué medida habría cambiado el resultado de haberse llevado a cabo lo que se ha omitido” (De la Oliva, 2012, p. 149), lo cual evidencia que, en última instancia, constituye una tarea que entraña una enorme dificultad pese a poder referirse a ciertas muestras concretas de ella (así, Arias, 1993, pp. 506-507, o; De las Heras, 2014, p. 48, nota n.º 59). En definitiva, la proscripción de la indefensión demandará una especial atención en la aplicación de específicos preceptos que a menudo son se interpretados interpretan de modo restrictivo, sobre todo, los referidos a una posible denegación de determinados medios probatorios sugeridos

- por los litigantes en relación con lo que conforma, de manera mediata o inmediata, el objeto del pleito tal como ocurre, p. ej., con el art. 283 de la LEC.
- 53 Se añade que en tal ponderación “debe atenderse a la entidad del defecto, a su incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida y a su trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso, así como a la voluntad y grado de diligencia procesal apreciada en la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado”.
- 54 La aplicación *ad hoc* de este principio ha permitido, entre otras cosas, corregir defectos o evitar que el requerimiento de ciertas fianzas o cauciones, aun legalmente previstas, resultasen desorbitadas. Al respecto, declara la STC núm. 45/2002, de 25 febrero, Sala 2ª, en su FJ 2º, que si bien la prestación de fianza como requisito para ser parte en un proceso no vulnera, *per se*, el contenido esencial del art. 24.1 de la CE, no obstante, habrá que valorarse también en cada supuesto si el importe de la misma exigido por los tribunales resulta ser razonable o, por el contrario, desproporcionado en relación con los recursos patrimoniales de quien deba prestarla porque en esta última hipótesis constituiría un “impedimento u obstáculo insalvable para el ejercicio de la acción lo que conduciría, en la práctica, a la indefensión” (en similar dirección la STEDH de 8 de enero de 2013 consideró vulnerado el art. 6.1 del CEDH al estimar excesivas las tasas requeridas para acceder a la jurisdicción al advertir una ruptura del justo equilibrio entre el interés recaudatorio del Estado y el del demandante para interponer su pretensión). Recientemente, la STC núm. 140/2016 de 21 julio, Pleno, ha venido a declarar inconstitucional, en parte, la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (conocida como «Ley de tasas» dispuestas por el legislador tanto para acceder a la jurisdicción como para interponer recursos) norma muy reprobada por la inmensa generalidad de los agentes jurídicos (en especial, letrados, procuradores, jueces, magistrados, fiscales y secretarios judiciales).
- 55 Al declarar que su observancia requiere una interpretación estrecha de los obstáculos procesales que imposibilitan la tutela judicial efectiva, debiéndose entender aquél principio “no como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión, sino como la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o que resulten desproporcionadas al valorar los fines que se pretenden preservar y los intereses que sacrifican” (FJ 3º, antepenúltimo párr.).
- 56 Al concebirla Modestino como “*compensatio est debiti et crediti inter se contributio*” (D.16,2,1), entretanto que en *Las Partidas* (5,14,20) se describe como “manera de pagamiento porque desata la obligación de la deuda”, lo cual equivale a “descontar un debito por otro” (Lacruz et al., 2007, p. 289). Tradicionalmente, se ha incluido la compensación, junto con la confusión, en los “*modi satisfactori*” de extinción de las obligaciones distintos al cumplimiento; por el contrario, el perdón o remisión de la deuda, la imposibilidad sobrevenida de la prestación inimputable al deudor o la novación representarían aquellos otros “*modi non satisfactori*” (Nivarra et al., 2011, p. 345).
- 57 Nuestra jurisprudencia la ha calificado de “permuta de deudas” (SSTS de 21 de marzo de 1932 y 25 de junio de 1962); “pago abreviado” o “forma de pago” (SSTS de 23 de octubre de 1978, 12 de abril, 31 de mayo y 26 de octubre de 1985), e, incluso, se ha asimilado a “pesar o balancear dos obligaciones” (Albaladejo, 2011, p. 314, con cita de la STS 11 de marzo de 1929); definiéndose en fecha más reciente como “neutralización de dos obligaciones en la cantidad concurrente” (STS núm. 325/2006, de 3 abril, Sala 1ª, FJ 3º).
- 58 Su *ratio essendi* no es otra que la de proveer a las partes la ventaja de facilitar el pago de las obligaciones al suplir dos o más cumplimientos mediante un simple cálculo aritmético (por lo general, al importe mayor de una obligación se le restaría, en su caso, el importe inferior de otra). Su objetivo, por ende, es evitar la duplicidad del pago en atención al importe de los créditos, de modo que puede hablarse de una compensación completa o total —de coincidir la cuantía de las deudas debidas— o, en caso contrario, incompleta o parcial entendiéndose, en todo caso, como una modalidad de pago simplificado o abreviado —e, incluso, “supresión de dos pagos” (Albaladejo, 2011, p. 314; de Verda y Chaparro, 2016, p. 269)— que suministra a cada uno de los deudores una doble utilidad: de una parte, facilita el pago de la deuda sin emplear dinero y, de otra, supone una garantía para la efectividad del crédito al impedir la insolvencia de la parte que pague en un ulterior momento (función de garantía de la compensación), reduciéndose a un solo cumplimiento los dos pagos que, en principio, resultarían procedentes (Albaladejo, 2011). Sin embargo, el fundamento último de la compensación se encontraría en la naturaleza torticera y contraria al principio general de *bona fides* (recogido en el art. 7 del CC) de aquella conducta del que demanda un crédito y es, a la vez, deudor de la otra parte demandada: *dolo facit qui petit quod redditurus est* (De las Heras, 2017, pp. 3-4); o, lo que es igual, sería contrario a la buena fe pretender cobrar aquello que después se debe reintegrar (Díez-Picazo & Gullón, 1990, p. 192).
- 59 Otros autores, como de Verda y Chaparro (2016, p. 269) solo distinguen la legal, la convencional y la judicial.
- 60 A saber: 1º.- Que dos personas, por “derecho propio” sean recíprocamente acreedoras y deudoras (art. 1195 del CC), esencial reciprocidad que implica que los créditos resulten compensables porque sus titulares se hallan vinculados por prestaciones de igual naturaleza, debiendo estar cada uno de los obligados principalmente siendo, a la vez, acreedor principal del otro (art. 1196.1º del CC). 2º.-Homogeneidad de las prestaciones, o sea, que consistan en una suma

pecuniaria —lo normal— o, siendo consumibles, sean de la misma especie y también de la misma calidad si esta última se hubiera designado (art. 1196.2º del CC aunque, en defecto de acuerdo entre las partes acerca de la calidad de las prestaciones fungibles y compensables, cabría aplicar el art. 1167 del CC referido a la entrega de cosa indeterminada o genérica). 3º.- Que ambos créditos estén vencidos (art. 1196.3º del CC) y resulten exigibles (art. 1196.4º). 4º.- Que las deudas sean líquidas y exigibles (art. 1196.4º del CC), esto es, que no haya duda acerca de su existencia y cuantía. Véase el tema con detalle en De las Heras (2017, pp. 5-9).

- 61 Asimismo, tampoco podrá operar la compensación cuando sobre algunas de las obligaciones se promueva retención o contienda por tercero notificada al deudor (art. 1196.5º del CC) o “cuando alguna de las deudas proviniera de depósito o de las obligaciones del depositario o comodatario. Tampoco podrá oponerse al acreedor por alimentos debidos por título gratuito” (art. 1200 del CC).
- 62 De conformidad con los cuales, “los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero” (art. 19.1 de la LEC); y “1. Si, frente a la pretensión actora de condena al pago de cantidad de dinero, el demandado alegare la existencia de crédito compensable, dicha alegación podrá ser controvertida por el actor en la forma prevenida para la contestación a la reconvención, aunque el demandado sólo pretendiese su absolución y no la condena al saldo que a su favor pudiera resultar (...) 3. La sentencia que en definitiva se dicte habrá de resolver sobre los puntos a que se refieren los apartados anteriores de este artículo y los pronunciamientos que la sentencia contenga sobre dichos puntos tendrán fuerza de cosa juzgada” (art. 408 de la LEC).
- 63 Al ser posible que dos sujetos “se presten servicios de naturaleza totalmente distinta, pactándose la neutralización de sus respectivas deudas” (De Verda & Chaparro, 2016, p. 270).
- 64 Lo que permite el art. 6.2 del CC, postura subrayada por Albaladejo (2011, p. 320).
- 65 Si se tiene en cuenta que antes se expresó que la “compensación convencional formulada por la Entidad demandada, mejor calificada con el carácter de «compensación facultativa» alegada por quien le interesa (STS de 14 de junio de 1.971); en todo caso con el efecto propio de la compensación judicial, concurren o no los requisitos de los arts. 1.195 y 1.196 del Código Civil (STS de 27 de diciembre de 1.995) tal como regula el Tribunal Supremo (SSTS de 11 de octubre de 1.998 y 2 de febrero de 1.989); y con arreglo a los datos correctos aportados con la contestación a la demanda; y no desvirtuados de contrario, en aplicación de los arts. 1.091, 1.157 y 1.258 del Código Civil”.
- 66 En concreto, algunos autores sostienen que no cabe compensación judicial si faltan los presupuestos esenciales de la compensación, esto es, la preceptiva reciprocidad entre deudores —que, reiteramos, lo han de ser principales y por derecho propio— y la debida homogeneidad de las prestaciones por lo cual, en último término, el ámbito de la compensación judicial se reduciría a los supuestos en que alguna de las deudas que se pretendan compensar no resulta exigible o permanece ilíquida en el momento de formularse la demanda (Quicios, 2011, p. 108, con cita de diversos pronunciamientos). De estos dos casos en que se suele admitir la compensación judicial la hipótesis más frecuente es la concurrencia de un crédito líquido al inicio del pleito con otro ilíquido cuya existencia e importe son fijados luego en el fallo de la resolución transformándolo en líquido y eliminándose, por tanto, aquél inconveniente (la preliminar iliquidez).
- 67 Recordemos que, en su caso, una reconvención no supone ni oposición ni respuesta del demandado a la demanda interpuesta en su contra sino que se trata de una “acción independiente, que se acumula a la primera, respecto de la cual el demandado pasa a ser «actor»... y el demandante primitivo, demandado», es decir, constituye “dentro del cuerpo de la contestación, una *demanda nueva*” (Gómez, 1979, p. 281) que formula el demandado contra el actor aprovechando el proceso iniciado por este último.
- 68 Valga subrayar que, en sentido estricto, la excepción es el “*derecho* de eludir una prestación *debida*”, esto es, el “derecho del demandado de excluir la prestación pretendida por el actor, no la inexistencia de la acción” (Gómez, 1979, p. 272).
- 69 Al entender, en el caso de autos, que una reclamación de daños “en modo alguno, como erróneamente se acepta en la sentencia apelada, puede ser resuelta sin la debida reconvención. No se trata de una pura cuestión de liquidez, pues la actora niega la existencia de daño alguno o de una mala praxis”, de manera que resultará necesaria “la propia declaración judicial del incumplimiento del contrato de obra, o cumplimiento defectuoso del mismo por parte del contratista, a los efectos de poder determinar el alcance y causa de los daños, la imputabilidad de dicha causa al propio contratista y el valor de las reparaciones necesarias, y solo después de estas concreciones sería posible acudir a la compensación judicial. Pero para todo ello es preciso acudir a una reconvención”.
- 70 En su versión a obtener una resolución fundada en derecho sobre el fondo de una de las cuestiones suscitadas en el proceso (con mención a diversas sentencias del TC) no compartiéndose que la alegación de un crédito compensable por el demandado para disminuir la deuda reclamada por el actor necesite plantearse por vía de reconvención expresa, pues basta que se invoque como una excepción más en la contestación porque lo que dispone el art. 408.1 de la LEC es que al plantearse tal excepción el actor “podrá” hacer alegaciones sobre esta en la forma prevenida para la contestación a la reconvención, criterio que, de otra parte, ha sido “mantenido de forma unánime por la doctrina de las Audiencias

Provinciales entre las que puede citarse la SAP de Valencia de 15/07/2010, Madrid de 15/09/2010 o Palencia de 11/10/2010”. Se observa que, pese a que no se mencione, esta segunda postura jurisdiccional en torno al problema examinado acude al principio *pro actione*.

- 71 Recoge en su FJ 2º que, con la actual LEC, cabe alegar un crédito compensable “sin discriminar entre compensación legal o judicial, postura razonable, pues el actor podrá oponerse por los trámites de la contestación a la reconvención, gozando la resolución recaída de los efectos de la cosa juzgada (art. 222.2 LEC). En suma, la excepción de compensación goza de un tratamiento procesal autónomo, pues pese a su *nomen* de excepción goza de naturaleza sustantiva, sirviendo de cauce para introducir acciones y hechos nuevos, por lo que tiene sustanciación procesal como si de reconvención se tratase, por lo que carece de sentido exigir, como en la sentencia recurrida que se formule reconvención expresa, pues la parte actora supo desde el primer momento que se articuló expresa y destacadamente la «compensación» y contestó a ella, en virtud del traslado que se le confirió (STS 26-12-2006. Rec. 468/2000). Por tanto, la compensación judicial puede ser opuesta al contestar la demanda como excepción”.
- 72 Según la cual “dependiendo de cuál sea el requisito que falte, podrá aducirse por vía de excepción; aunque lo normal es que se requiera la reconvención. La compensación judicial no precisa que las deudas compensables sean líquidas y exigibles en el momento de plantearse el litigio, pero sí resulta imprescindible la realidad del crédito del demandado frente al actor. Y el problema habitual es que tenga que ejercitarse la reconvención precisamente para declarar la existencia de ese crédito contra el demandante”.
- 73 Dispone esta sin paliativos que la “compensación judicial sí requiere la formulación de demanda reconvencional”.