|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 185/1990 |
| Fecha | de 24 de abril de 1990 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Don Francisco Tomás y Valiente, don Francisco Rubio Llorente, don Antonio Truyol Serra, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Eugenio Díaz Eimil, don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, don Jesús Leguina Villa, don Luis López Guerra, don José Luis de los Mozos y de los Mozos, don Álvaro Rodríguez Bereijo y don José Vicente Gimeno Sendra. |
| Núm. de registro | 42-1990 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 42/1990 |
| Fallo | Por lo expuesto, el Pleno del Tribunal Constitucional, de conformidad con el art. 37.1 de la LOTC, acuerda que no ha lugar a admitir la cuestión de inconstitucionalidad núm. 42/1990, interpuesta por el Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Barcelona. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. El Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Barcelona, en procedimiento de divorcio núm. 298/1989, instado al amparo de lo dispuesto en el art. 86.4 del Código Civil contra persona de nacionalidad británica en ignorado paradero, promovió ante este Tribunal, mediante Auto de 30 de noviembre de 1989, cuestión de inconstitucionalidad respecto de las disposiciones adicionales primera y tercera de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por posible vulneración del art. 24 de la Constitución.

Se dice en la fundamentación del Auto de planteamiento que las Leyes cuya constitucionalidad se cuestionan son la disposición adicional primera en relación con la tercera de la Ley 30/1981, que no han sido modificadas en lo que concierne al caso por lo dispuesto en el art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, donde se establece globalmente la competencia (jurisdicción) de los Juzgados y Tribunales españoles en materia de separación y divorcio. El precepto constitucional que se supone infringido es el 24 de la Constitución, pues en virtud de la inteligencia conjunta de las disposiciones adicionales primera y tercera de la Ley expresada se priva de la eficaz y legítima tutela jurisdiccional a la súbdita española que postula el pronunciamiento de su divorcio de este órgano jurisdiccional. Tras establecer, con sobrada amplitud, la disposición primera la jurisdicción de los Tribunales españoles, la disposición adicional tercera, para un caso como el presente inexplicablemente (pues sólo contempla cómo fueron principales el del último domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado ex abundancia, el del lugar en que se halle o el de la última residencia), restringe el más amplio criterio de la disposición adicional primera, y, de facto, impide en un caso como éste la interposición de la demanda de divorcio a la súbdita española que no ha tenido su domicilio conyugal en España y su marido vive en Inglaterra.

Finaliza la fundamentación del Auto señalando que la Sentencia que se dictase en este procedimiento adolecería del vicio absoluto de incompetencia, que resulta insubsanable, y así, propiamente hablando, la cuestión que se suscita ante el Tribunal es de índole negativo por no existir en el presente caso órgano jurisdiccional alguno en todo el territorio nacional para el enjuiciamiento válido, con vulneración en lo dispuesto en el art. 24 de la Constitución.

2. La Sección Segunda del Pleno, en providencia dictada el 1 de febrero último acordó tener por recibidas las actuaciones del Juzgado promovente de la cuestión, y conforme a lo dispuesto en el art. 37.1 de la LOTC que se oyera al Fiscal General del Estado para que en el plazo de diez días y en orden a la admisibilidad de la cuestión, informase sobre los siguientes extremos: a) No aportación de las alegaciones de las partes y del Ministerio Fiscal sobre la pertinencia de plantear la cuestión; b) No haberse dado audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la presunta inconstitucionalidad de la disposición adicional primera de la Ley 30/1981, ni indicarse en dicho trámite el precepto constitucional vulnerado, y c) Ser notoriamente infundada la cuestión planteada (arts. 35.2 y 37.1 de la LOTC, respectivamente).

3. El Fiscal General del Estado, en su escrito de 21 de febrero último evacua el traslado conferido. Manifiesta que la presente cuestión de inconstitucionalidad presenta dos defectos de forma, que conducen a su inadmisión, conforme dispone el art. 37.1 de la LOTC, ya que no se aportan las alegaciones de las partes, demandante y Ministerio Fiscal, respecto de la pertinencia de plantear la cuestión (art. 35.2 de la LOTC) ni tampoco se acredita que el órgano judicial haya especificado en la resolución judicial de 27 de septiembre de 1989 en la que da audiencia a las partes, el precepto constitucional que se estima vulnerado.

La duda objeto de la presente cuestión se plantea respecto a la adecuación del art. 24.1 de la Constitución, de la disposición adicional primera en relación con la disposición adicional tercera de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que no han sido modificadas por lo dispuesto en el art. 22 de la LOPJ. La lectura de estos preceptos permite afirmar que no existe la falta de adecuación al derecho a la tutela judicial efectiva, denunciada por el órgano judicial. La disposición adicional primera establece la competencia de los Jueces españoles en atención a la nacionalidad de los litigantes y en su párrafo tercero afirma de forma categórica que el Juez español es competente «cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en Espada, cualquiera que sea la nacionalidad y la residencia del demandado». Esta norma, confirmada y ratificada por el art. 22.3 de la LOPJ, protege de manera absoluta al ciudadano español con domicilio en España y evita su posible indefensión o inferioridad en el proceso que pueda seguirse contra él en el extranjero. La disposición adicional primera establece una norma de obligado cumplimiento por el Juez, en relación con la jurisdicción y competencia en los procesos matrimoniales, en cuanto atribuye a los Jueces españoles el conocimiento de estos procesos por razón de nacionalidad española del demandante y declara una competencia territorial específica, atendida la residencia habitual del demandante, que no tiene en cuenta la residencia del demandado, «cualquiera que sea su residencia».

En cuanto a la disposición adicional tercera, dice el Fiscal que establece una norma de competencia ad intra para el conocimiento de los procesos de divorcio, nulidad y separación. Declarada la competencia del Juez español en dichos procesos, esta disposición ofrece una serie de fueros con carácter de principales, alternativos y subsidiarios para la determinación de la competencia territorial, constituyendo el punto de conexión el domicilio conyugal, el domicilio del demandado o el lugar en que se encuentre o en el que haya vivido, pues siempre que se encuentren en el territorio español como se deduce del empleo del término «partido judicial». Si no concurre este supuesto de hecho no es posible aplicar la disposición adicional tercera, es decir, si el domicilio del demandado o su residencia están situadas en el territorio español la competencia territorial se deferirá de acuerdo con esta disposición adicional porque entonces se da el supuesto fáctico de aplicación, pero si no concurre este supuesto de hecho, como sucede en este caso concreto, el Juez entiende que no existe precepto aplicable y por ello es incompetente para el conocimiento del proceso y no puede dictar Sentencia, lo que produce una situación de denegación del derecho a la tutela judicial efectiva respecto de la demandante, lo que supone la inconstitucionalidad negativa que se denuncia.

Se afirma en el escrito de alegaciones que el problema se centra en la búsqueda por el órgano judicial de la norma aplicable, es decir, la norma competencial territorial que determina cuál es el Juez español competente. El problema se reduce a esta búsqueda porque el órgano judicial únicamente lo único que pone de manifiesto es que existe un vacío normativo. El ordenamiento jurídico es total y no tiene lagunas ni vacíos. Un primer examen de las disposiciones adicionales permite afirmar que si no existe, en el supuesto de hecho, el punto de conexión que exige la disposición adicional tercera para determinar el Juez competente, es posible acudir a la disposición adicional primera que prevé este supuesto fáctico al establecer que si el demandante es español con residencia habitual en España, el punto de conexión para determinar la competencia es el de residencia del demandante. Esta disposición adicional no tiene en cuenta ni la nacionalidad ni la residencia del demandado, la competencia sólo se puede determinar por un único punto de conexión, por un sólo elemento fáctico y este elemento es la residencia del demandante. Es cierto que la disposición adicional tercera prohíbe, en su último párrafo, los pactos entre las partes que alteren las normas de competencia establecidas en dicha disposición con la finalidad de evitar que estos pactos de sumisión expresa puedan imponerse por una parte a la otra, pero esta prohibición por un lado sólo afecta a la disposición adicional tercera y- el supuesto fáctico contemplado está fuera de esta norma y por otro no se prohíbe la sumisión tácita, cuya finalidad, distinta de la expresa, es evitar precisamente que surja una cuestión de competencia. El art. 58.1 de la LEC faculta al actor para elegir el Juez que le parezca más oportuno sin que importe que no sea uno de los designados en abstracto por la norma de competencia territorial, porque basta la presentación de la demanda ante un Juez concreto para que se le otorgue la preferencia para conocer de ese proceso frente a todos los Jueces del mismo grado a no ser que el demandado impugne la competencia del Juez elegido por el actor. De aquí se deduce que el Juez podía asumir la competencia que le había sido deferida por la voluntad de la actora para aplicación de dicho precepto procesal y de esta manera salvar el pretendido vacío normativo.

Señala el Fiscal General del Estado que el supuesto fáctico regulado por la disposición adicional primera es distinto del regulado por la disposición adicional tercera y por ello en el supuesto concreto si no se puede aplicar un precepto, se puede aplicar el otro, pero ninguno de ellos es inconstitucional ni produce la falta de tutela alegada por el Juez e incluso si el órgano judicial estima que no son de aplicación, ha podido aplicar el art. 58.1 de la L.E.C. El Juez si no se impugna su competencia territorial en la forma prevista en la Ley, debe continuar conocimiento y dar una respuesta razonada a la pretensión de fondo deducida, por tratarse de un problema de competencia territorial que no produce nulidad (arts. 238.1 LOPJ), que no puede ser plantado de oficio por el órgano judicial (art. 74.1 L.E.C.) ni ser decidida, como alega el Juez de la Sentencia definitiva (art. 544, párrafo 1.º L.E.C.) al no tratarse de una excepción. El Juez ante quien se presenta la demanda debe examinar su competencia objetiva y funcional pero no la territorial aunque no la tenga por aplicación del fuero. Este problema de vacío legal no condiciona la Sentencia porque ésta es plenamente válida, como lo son los actos realizados por el Juez incompetente en las cuestiones de competencia (art. 115 de la L.E.C.).

Finaliza su escrito el Fiscal, diciendo que en el presente caso el Juez dictó una resolución con fecha 30 de marzo de 1989 en el que se declaraba incompetente. Se notifica al Ministerio Fiscal y éste interpone recurso de reposición y subsidiaria apelación en la que se mantiene la competencia del órgano judicial por aplicación de la L.E.C. (arts. 56 y ss.). El Juez estimó el recurso y continuó conociendo, lo que supone el reconocimiento de la realidad de su competencia territorial porque si no estaba conforme debió desestimar el recurso y admitir la apelación para que el correspondiente órgano judicial resolviera la cuestión debatida.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. En la presente cuestión de inconstitucionalidad se aprecia el incumplimiento de dos condiciones procesales que por sí mismas son causa de su inadmisión en este momento procesal. En el examen de las actuaciones remitidas junto con el auto de planteamiento de la cuestión se comprueba que no se aportan las alegaciones de las partes, en este caso la demandante, y el Ministerio Fiscal respecto de la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad (art. 35.2 de la LOTC). Asimismo, la providencia de 27 de septiembre de 1989 por la que se abrió dicho trámite de audiencia adolece de varios defectos que impiden satisfacer la finalidad del art. 35.2 de la LOTC, que dispone la realización del mismo para que «puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad». Dicho trámite, según ha manifestado este Tribunal Constitucional persigue comprobar si el Juez que propone el planteamiento de la cuestión se ciñe a un control concreto de las normas y complementariamente, contribuir a que el mismo pueda disipar o confirmar sus dudas sobre la presunta inconstitucionalidad (STC 21/1985). Por lo cual, en el trámite de audiencia debe identificarse el precepto constitucional que se considera vulnerado, así como quedar el Juez vinculado a interponer la cuestión de inconstitucionalidad sobre preceptos legales sometidos a este trámite de alegaciones. En este caso, en la resolución que abrió el trámite de audiencia no se indicó el precepto constitucional presuntamente vulnerado, por otra parte difícilmente deducible de la escueta argumentación de la providencia, y se sometió a alegaciones sólo la presunta inconstitucionalidad de la disposición adicional tercera de la Ley 30/1981, pero no la disposición adicional primera a lo que luego se extendería el planteamiento de la cuestión. Por todo ello, no procede la admisión de la cuestión planteada por no cumplir las condiciones procesales dispuestas en el art. 35.2 de la LOTC, en relación con el art. 37.1 de la misma Ley.

2. Además de las anteriores, concurre la tercera de las causas de inadmisión puestas de manifiesto en nuestra providencia de 1 de febrero de 1990: la notoria falta de fundamento de la cuestión planteada (art. 37.1 LOTC).

El supuesto de hecho que se plantea en el proceso origen de esta cuestión de inconstitucionalidad consiste en una demanda de divorcio interpuesta por una ciudadana de nacionalidad española y domicilio en nuestro territorio contra su cónyuge, de nacionalidad británica y residencia desconocida, habiendo tenido su domicilio conyugal fuera de Espada. El Juez de Primera Instancia ante el que se ha interpuesto la demanda considera que la disposición adicional tercera, en relación con la primera, de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, impiden la interposición de la demanda de divorcio ante la jurisdicción española, denegándole la tutela judicial efectiva que reconoce el art. 24.1 de la Constitución.

Al respecto, debe empezarse señalando que la competencia de los Jueces y Tribunales españoles para conocer de las demandas de divorcio entabladas por ciudadanos de nacionalidad española y que tengan su residencia habitual en Espada, cualquiera que sea la nacionalidad y residencia del demandado, viene afirmada tanto por la disposición adicional primera de la Ley 30/1981, como por el art. 22.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Sin embargo, la disposición adicional tercera de la Ley 30/1981 al establecer la competencia territorial de los Jueces dispone que ésta se determinará en primer lugar por el domicilio conyugal; alternativamente, por el último domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado, y subsidiariamente, por el lugar en que se halle el demandado o en el de su última residencia. No se contempla, por consiguiente, el supuesto, como es el caso del que trae origen el planteamiento de esta cuestión, de que el matrimonio no haya tenido su domicilio conyugal en España y el demandado no tenga ni haya tenido nunca su domicilio o residencia en Espada. Se produce, pues, una ausencia de previsión normativa expresa en el ordenamiento, al no disponerse en forma específica a quién corresponde la competencia territorial en el supuesto de autos.

La inexistencia de previsión expresa legal sobre la competencia de los órganos judiciales debe conciliarse, no obstante, con el deber que se impone a los Jueces y Tribunales de resolver en los asuntos de que conozcan (art. 1.7 Código Civil), para lo cual deberán utilizar los instrumentos jurídicos de que disponen dentro de sus facultades exclusivas de aplicación de la legalidad ordinaria (art. 117.3 C.E.). El Juez en este caso debe agotar en vía interpretativa las distintas posibilidades que se le ofrecen, acudiendo a la legislación supletoria en ausencia de previsión expresa para resolver la cuestión de competencia que se le suscitó, pero no proceder a plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante este Tribunal Constitucional pretendiendo que éste por vía de interpretación de la legalidad ordinaria supla una aparente laguna del ordenamiento, lo que, como es obvio, no nos corresponde.

En consecuencia, no se produce contradicción alguna entre la disposición adicional tercera de la Ley 30/1981 y el art. 24.1 de la Constitución, en tanto que la primera por el hecho de no contemplar expresamente la competencia territorial en el caso origen de esta cuestión de inconstitucionalidad, no impide de ningún modo la tutela judicial efectiva por los órganos jurisdiccionales españoles, asegurada por la disposición adicional primera de la Ley 30/1981 y el art. 22.3 de la LOPJ, no contradiciendo, en consecuencia, el precepto constitucional. En este sentido, cabe añadir que tampoco se cumple el juicio de relevancia que el art. 35.1 de la LOTC exige para el planteamiento de una cuestión. Efectivamente, de la validez de la disposición adicional tercera no depende el fallo de la Sentencia que corresponde dictar al Juez. Sólo en la hipótesis de que el precepto excluyese absolutamente la competencia del Juez español para dictar Sentencia de manera que le impidiese igualmente acudir a las normas supletorias de la legislación procesal, tendría sentido la cuestión. No ocurre, sin embargo, así. El vacío legal no condiciona la validez de la Sentencia, que seguirá siendo válida aunque el Juez careciese de competencia territorial, puesto que la falta de competencia territorial no produce la nulidad (art. 238.1 LOPJ). En cualquier caso, al Juez corresponde resolver, haciendo efectiva la tutela judicial en favor de la demandante (art. 11.3 LOPJ).

ACUERDA

Por lo expuesto, el Pleno del Tribunal Constitucional, de conformidad con el art. 37.1 de la LOTC, acuerda que no ha lugar a admitir la cuestión de inconstitucionalidad núm. 42/1990, interpuesta por el Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Barcelona.

Madrid, a veinticuatro de abril de mil novecientos noventa.