



Roj: **STS 4845/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:4845**

Id Cendoj: **28079110012016100639**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/11/2016**

Nº de Recurso: **3706/2015**

Nº de Resolución: **665/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 14 de noviembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada con fecha 1 de septiembre de 2015, por la Audiencia Provincial de A Coruña Sección 6ª, en el rollo de apelación 143/2015, dimanante de los autos de juicio ordinario número 502/2014 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Santiago de Compostela. Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente el procurador de los tribunales don Luis Arredondo Sanz, en nombre y representación de don Alberto. Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrida el Abogado del Estado, personándose ante esta Sala y actuando en representación de la Dirección General de los Registros y del Notariado como parte recurrida. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz**

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora de los Tribunales doña Susana Sánchez Barreiro, en nombre y representación de don Alberto, formuló demanda de juicio ordinario para la protección de derechos fundamentales, debiendo ser parte la Dirección General de los Registros y del Notariado, así como el Ministerio Fiscal.

El suplico de la demanda es como sigue:

«[...] se dicte en su día sentencia en que se declare que mi representado es español de origen, con cuantos pronunciamientos accesorios procedan, ordenando la corrección registral de su nacionalidad, con declaración de nulidad y cancelación de cuantas inscripciones registrales nieguen a mi representado tal condición, con expresa imposición de costas a quien se opusiera a tan legítima pretensión.»

2.- Por Decreto de 14 de octubre de 2014, se admitió a trámite la demanda, dando traslado a las partes para contestar.

3.- El Ministerio Fiscal contestó a la demanda y suplicó al Juzgado:

«SOLICITA AL JUZGADO: que habiendo por presentado en tiempo y forma este escrito y por contestada la demanda, mande dar a los autos el curso legal correspondiente hasta dictar sentencia que sea pertinente en atención a los hechos que resulten probados.»

4.- El Abogado del Estado contestó a la demanda y suplicó al Juzgado:

«SUPLICA: que teniendo por presentado este escrito con sus copias, lo admita y, previos los trámites legales oportunos, dicte sentencia desestimando la demanda, declarando que el interesado no ostenta la nacionalidad española de origen española desde su nacimiento.»

5.- El Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Santiago de Compostela dictó sentencia el 4 de marzo de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:



«Desestimar la demanda interpuesta por don Alberto frente a la Dirección del Registro y del Notariado y el Ministerio Fiscal, y todo ello sin expresa imposición de costas.»

#### **SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia*

1.- La representación procesal de don Alberto , interpuso recurso de apelación contra la anterior resolución, correspondiendo su tramitación a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de A Coruña que dictó sentencia el 1 de septiembre de 2015 con la siguiente parte dispositiva:

«Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de don Alberto , se confirma la sentencia de 4 de marzo de 2015 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Santiago dictada en el juicio ordinario nº 143/15, sin hacerse imposición de las costas de la segunda instancia.»

#### **TERCERO.-** *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- La representación procesal de don Alberto , interpuso contra la anterior resolución recurso de casación con base en un único motivo por infracción de los artículos 11 y 14 de la Constitución Española , como consecuencia de la incorrecta aplicación de la norma al caso, esto es, del artículo 17.2 del Código Civil en su redacción dada por la Ley de 15 de julio de 1954.

2.- La Sala dictó Auto el 15 de junio de 2016 con la siguiente parte dispositiva.

«1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Alberto , contra la sentencia dictada, con fecha 1 de septiembre de 2015, por la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección 6.ª, en el rollo de apelación 143/2015 , dimanante de los autos de juicio ordinario número 502/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Santiago de Compostela.

»2.º) Entréguese copias del escrito de interposición del recurso formalizado, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, y al Ministerio Fiscal para que formalicen su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría. »

3.- Dado traslado a las partes, el Ministerio Fiscal y el Abogado el Estado impugnaron el recurso de casación interpuesto interesando la confirmación de la sentencia recurrida.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo del recurso el 25 de octubre de 2016 en que tuvo lugar.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

##### **PRIMERO.-** *Resumen de Antecedentes.*

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que a continuación se exponen:

1.- Don Alberto nació el NUM000 de 1974 en Río Piedras, Puerto Rico, siendo hijo de madre de nacionalidad española y de padre con nacionalidad norteamericana.

2.- La madre ostentaba nacionalidad española de origen y el señor Alberto optó el día 13 de junio de 1994 por la nacionalidad española y la vecindad civil gallega, en virtud de la disposición transitoria tercera de la ley 18/1990 .

3.- El 25 de noviembre de 2008 el señor Alberto presentó solicitud interesando la rectificación de su nacionalidad por opción, a fin de que conste como de origen.

4.- El Juez encargado del Registro Civil Central de Madrid desestimó la petición por auto de 28 de diciembre de 2010, contra el que interpuso recurso de apelación ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante D.G.R.N)

5.- La D.G.R.N dictó auto desestimatorio del recurso el 27 de enero de 2014, porque consta que nació en Puerto Rico en 1974 de padre norteamericano y madre española, con lo que resultaría de aplicación el artículo 17 CC , según redacción de la Ley de 15 de julio de 1954, vigente en el momento del nacimiento del interesado, que establece en su párrafo 2º que son españoles «los hijos de madre española, aunque el padre sea extranjero, cuando no sigan la nacionalidad del padre», quedando pues patente la regla general de transmisión de nacionalidad española únicamente a través del padre, que en este caso ostentaba la nacionalidad norteamericana. Por tanto, afirma la D.G.R.N, el promotor no adquirió al nacer la nacionalidad española porque, de acuerdo con la legislación vigente en ese momento, adquirió «*iure sanguinis*» la nacionalidad norteamericana del padre.



**6.-** Alberto consideró que tal resolución era perjudicial para sus intereses, y formuló contra la D.G.R.N demanda para la protección de derechos fundamentales.

En ella razona, desde una crítica con fundamento en legislación ordinaria, una errónea aplicación del artículo 17 CC , versión de la ley de 15 de julio de 1954, por entender que al nacer de madre de nacionalidad española su nacionalidad era española, ya que no siguió en acto voluntario la nacionalidad del padre. Mantiene que era español al tiempo de nacer.

Para el supuesto de que no se admitiese su tesis, en aplicación de legislación ordinaria en los términos por él interpretados, considera que la petición sería indiscutible a la luz de la Constitución, aunque hubiese nacido antes de la entrada en vigor de ésta. Y ello, en virtud de lo dispuesto en los artículos 11, 4 , 39, Disposición Derogatoria y Final CE .

**7.-** El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda con los siguientes argumentos:

(i) No cuestionándose la nacionalidad española de origen de la madre, concluye que el demandante no adquirió la nacionalidad española de origen por ser hijo de madre española, al corresponderle, por ser hijo de padre nacional norteamericano, la misma nacionalidad de éste, y ello en recta aplicación del artículo 17 CC , versión de la ley de 15 julio 1954.

(ii) Este precepto contraviene las normas constitucionales por discriminatorio y contrario al artículo 14 CE de 1978 .

Tras hacer un recorrido jurisprudencial respecto del efecto de las normas preconstitucionales, cual es el caso, que dan lugar a una inconstitucionalidad sobrevenida por mor de la Disposición Derogatoria 3 CE , afirma que, tras la entrada en vigor de la Constitución, se ha de entender derogado, el citado artículo hasta el punto que se subsanó por ley 51/1982, y concluye que será español el nacido de madre española después de la entrada en vigor de la Constitución, más no los nacidos con anterioridad en cuanto nos encontramos ante una situación consolidada. En tales supuestos, con cita del TC, la aplicación retroactiva tan sólo podrá tener lugar cuando dichas situaciones no hayan agotado sus efectos con anterioridad a la promulgación de la Constitución.

**8.-** Alberto interpuso recurso de apelación contra el anterior sentencia, correspondiendo su conocimiento a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de A Coruña, que dictó sentencia desestimatoria del recurso el 1 de septiembre de 2015 .

**9.-** En su motivación confirma la argumentación de la sentencia de primera instancia, tanto en lo relativo a la interpretación y aplicación del artículo 17 CC en la redacción por Ley 15 de junio de 1954, como en lo atinente a su derogación por inconstitucionalidad sobrevenida, tras la promulgación de la Constitución de 1978. Al tratarse de una situación agotada en sus efectos quedaría fuera del debate jurídico la aplicación retroactiva de la igualdad constitucional para determinar la nacionalidad española de sus hijos.

A ello añade un argumento concluyente:

«...debe señalarse que cuando la propia norma postconstitucional ha establecido mecanismos legales a los que podría haberse acogido quien se viera afectado por la situación preconstitucional de desigualdad, para hacer desaparecer los efectos de tal normativa preconstitucional y obtener el reconocimiento del interés o estatus que correspondería de haber regido anteriormente el mismo sistema legal y de valores postconstitucional, se hace evidente que no procede que este reconocimiento de la condición de español de origen se obtenga judicialmente mediante una pretendida extensión retroactiva de efectos de la normativa posterior, evidenciando la existencia de esta normativa postconstitucional que el sistema legal no permitía entender que las personas cuya nacionalidad se regía por la normativa preconstitucional contasen en cuanto a la nacionalidad con la condición que esta nueva normativa permite que se les reconozca.

»Ello no sólo se refiere a la opción que permitía ejercitar la Disposición Adicional Séptima. 1 de la Ley 52/2007 de 26 de diciembre, que ya estaba en vigor cuando el demandante planteó la solicitud que da lugar al presente proceso, para obtener el reconocimiento de la condición de español de origen ("las personas cuyo padre o madre hubiese sido Originariamente español podrán optar a la nacionalidad española de origen si formalizan su declaración en el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de la presente Ley y en desde la entrada en vigor de la presente Disposición Adicional"), sino que ya se reconocía en la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 18/90 ("quienes no sean españoles a la entrada en vigor de esta Ley, y lo serían por aplicación de los arts. 17 ó 19 del Código Civil , podrán optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años demás condiciones previstas en los arts. 20 y 23 de dicho Código ").



»En definitiva, el demandante es español y el ordenamiento ha establecido, en varias ocasiones, cauces para que se le reconozca una condición de español de origen que la norma que el propio demandante estima aplicable le negaba»

**10.-** El demandante interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia al amparo del ordinal primero del artículo 477.2 LEC y lo estructuró en un único motivo:

Por infracción de los artículos 11 y 14 de la Constitución Española, como consecuencia de la incorrecta aplicación de la norma al caso, esto es, del artículo 17.2 del Código Civil en su redacción dada por la Ley de 15 de julio de 1954.

[...] la sentencia infringe el artículo 11.1 de la C.E., en cuanto que, de facto, no respeta la ley de aplicación en cuanto a la nacionalidad de mi representado y, por tanto y como consecuencia de ello, incumple el mandato del artículo 11.2 de la C.E., en cuanto priva del reconocimiento de su nacionalidad a un español de origen.

También infringe la sentencia recurrida, [...] el principio de no discriminación ínsito en el art. 14 de la C.E., en cuanto a la doble discriminación padecida por el recurrente, por razón de su lugar de nacimiento (extranjero) y las circunstancias de éste, es decir, ser su padre extranjero y su madre (mujer) española.

**11.-** La Sala dictó auto el 15 junio 2016 admitiendo el recurso y, tras el oportuno traslado, se opuso a él el Abogado del Estado, si bien previamente entendió que existía causa de inadmisibilidad del recurso por falta, en esencia, de concurrencia del supuesto que permita la admisibilidad en la modalidad de casación por vulneración del derecho fundamental al amparo del artículo 477. 2. 1º LEC, así como por defectos de técnica casacional.

**12.-** El Ministerio Fiscal solicitó la desestimación del recurso, argumentando que: «Ello supone que Juez puede dejar de aplicar una norma preconstitucional y contraria a la CE, pero no aplicar la norma Suprema con retroactividad plena a situaciones consolidadas conforme a Ley vigente en el momento que surgió la situación de hecho que había de regularse, y para solventar la situación contraria al art. 14 CE respecto a la discriminación en cuanto a que los hijos de madre española en cualquier caso también son españoles de origen, se dictó la ley 51/1982, estableciendo la nacionalidad de origen para los hijos de padre o madre española, dejándose sin efecto la normativa vigente al momento del nacimiento del recurrente.

»La cuestión queda así definitivamente fijada en cuanto que la Ley vigente en el momento del nacimiento de D. Alberto es clara, al seguir la nacionalidad del padre norteamericano, no podía obtener la nacionalidad de origen del madre, y tenemos que situarnos en ese momento y observar que la evolución legislativa en defensa de la igualdad de género en la materia que nos ocupa fue adaptándose a la CE, pero ello no supone que se pueda crear retroactivamente una situación generalizada de inseguridad jurídica contraria al art. 9.3 CE, situación del recurrente que se ajusta a la norma vigente en el momento de su aplicación.»

### **Recurso de casación.**

#### **SEGUNDO.- Admisibilidad del recurso.**

**1.-** El demandante identificó el proceso que iniciaba como juicio ordinario para la tutela de los derechos fundamentales, y el Ministerio Fiscal en la contestación a la demanda mantuvo su legitimación por el artículo 249.1.2º LEC. Además se admitió por esta Sala, por el mismo cauce y sobre la recuperación de la nacionalidad de origen el recurso 1669/2013, y aunque la sentencia que desestima el mismo nº 507/2014, de 30 de septiembre precisa que (...) *el artículo 11.2 CE no es un derecho fundamental, recogido en el artículo 53,2 CE, que establece como derechos fundamentales los reconocidos en el artículo 14 y en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I,* en el presente supuesto se alega expresamente infracción del artículo 14 CE.

**2.-** Determinado el cauce de acceso, y sin despreciar las observaciones que hace la Abogacía del Estado, la sala se inclina por la flexibilidad, una vez que ya fue admitido el recurso en su día, pues en el fondo, aparte la interpretación de la legalidad ordinaria, que ha quedado fuera del debate, late en él un problema de discriminación por razón de sexo que merece la adecuada respuesta, sin prejuzgar en esta fase sobre la contravención o no de ese derecho fundamental, previsto en el artículo 14 CE.

**TERCERO.- Decisión de la Sala sobre el recurso cuyo planteamiento aparece recogido en el resumen de antecedentes.**

**1.-** La inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 17 CC, en la redacción por la ley de 15 de julio de 1954, a consecuencia de la Disposición Derogatoria 3 de la Constitución de 1978, no se pone en tela de juicio por la sentencia recurrida, siendo la norma suprema de inmediata aplicación tras la promulgación de ésta. El propio legislador, consciente de ello, modificó la normativa por la Ley de 13 julio de 1982, en la que ya no discrimina entre padre y madre sino que declara que «son españoles de origen:1.- Los hijos de padre o madre



españoles...». Tal precepto no sufrió modificación en la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, pero sí es importante destacar que una de las carencias principales, señaladas por la doctrina, en relación con las reformas legales de nuestro Código Civil de 1954, 1975 y 1982 fue precisamente la de no incorporar un régimen transitorio que facilitase la transición entre la regulación anterior y la posterior, más que de forma limitada.

Para paliar estos graves problemas de interpretación se incorporaron a la Ley 18/1990 tres Disposiciones Transitorias. En la primera se parte del principio general de irretroactividad de las leyes, pero, como afirma en su preámbulo, este principio general «queda matizado en las dos disposiciones siguientes, que obedecen al propósito de favorecer la adquisición de la nacionalidad española *para situaciones producidas con anterioridad ...*» (énfasis añadido).

Por la íntima conexión entre ambas, el epígrafe viii de la Instrucción de la D.G.R.N de 20 de marzo de 1991 dedicó su estudio al conjunto de ellas. La adquisición de la nacionalidad española por opción -con efectos de nacionalidad de origen-, contenida en la disposición transitoria segunda, comprende como ámbito principal los casos de hijo de española, nacido antes de la entrada en vigor de la Ley 51/1982, de 13 de julio, al cual le correspondiera seguir, según la legislación entonces vigente, la nacionalidad extranjera del padre, que sería el supuesto que aquí se enjuicia.

**2.-** Ello se compadece con lo razonado por la sentencia recurrida, que lejos de negar un derecho fundamental motiva como la propia normativa constitucional ha establecido mecanismos legales para superar situaciones producidas con anterioridad tributarias de desigualdad, con la finalidad de que desapareciesen los efectos de la normativa preconstitucional.

**3.-** Por todo ello aparece correctamente citada la sentencia de 9 de diciembre de 1986, pues confirma la doctrina que cita la sentencia recurrida sobre la inconstitucionalidad sobrevenida de una norma tras la promulgación CE, así como la no aplicación retroactiva de ésta cuando afecte a situaciones agotadas con anterioridad a su promulgación. Pero añade que la recurrente gozó de una disposición transitoria que no aprovechó para recuperar su nacionalidad.

**4.-** Es lo que reprocha al recurrente la sentencia de apelación, pero no sólo en relación con la D.T. Segunda de la Ley 18/1990, sino también con la opción que permite ejercitar en la Disposición Adicional Séptima.1 de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, que se encontraba en vigor cuando el demandante inició el proceso que se enjuicia.

Resulta contradictorio que el recurrente postule la protección de un derecho fundamental que el legislador ha cubierto, según lo expuesto, así como que el promotor anuncie en el Hecho Octavo de la demanda que se acoge a tal protección pero sin abandonar la presente; lo que a todas luces contradice el interés de protección demandado.

El motivo se desestima.

**CUARTO.-** El aplicación de los artículos 394.1 y 398. 1 LEC procede imponer a la parte recurrente las costas del recurso, con pérdida del depósito que se hubiese constituido para recurrir.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.º** Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Alberto, contra la sentencia dictada con fecha 1 de septiembre de 2015, por la Audiencia Provincial de A Coruña Sección 6ª, en el rollo de apelación 143/2015, dimanante de los autos de juicio ordinario número 502/2014 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Santiago de Compostela. **2.º** Confirmar la sentencia recurrida, declarando su firmeza. **3.º** Imponer a la parte recurrente las costas del recurso, con pérdida del depósito que se hubiese constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.