



Roj: **SAP M 1566/2018 - ECLI: ES:APM:2018:1566**

Id Cendoj: **28079370182018100038**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **18**

Fecha: **01/02/2018**

Nº de Recurso: **829/2017**

Nº de Resolución: **37/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JESUS CELESTINO RUEDA LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Decimoctava

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 6 - 28035

Tfno.: 914933898

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2016/0086913

Recurso de Apelación 829/2017

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 61 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 603/2016

APELANTE: Dña. Noemi

PROCURADOR D.ISIDRO ORQUIN CEDENILLA

APELADO: MINISTERIO DE JUSTICIA, DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA 37/2017

TRIBUNAL QUE LO DICTA :

ILMO SR. PRESIDENTE :

D. LORENZO PÉREZ SAN FRANCISCO

ILMOS SRES. MAGISTRADOS:

D. PEDRO POZUELO PÉREZ

D.JESÚS C RUEDA LÓPEZ

En Madrid, a uno de febrero de dos mil dieciocho.

La Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos sobre **nacionalidad** española en virtud de la Ley de Memoria Histórica, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 61 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como apelante demandante Dña. Noemi representada por el Procurador Sr. ORQUIN CEDENILLA y de otra, como apelado demandado MINISTERIO DE JUSTICIA, DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO representado por Sr. ABOGADO DEL ESTADO, seguidos por el trámite de juicio ordinario.

Visto, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JESÚS C RUEDA LÓPEZ.



ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 61 de Madrid, en fecha 04/10/2017, se dictó sentencia , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Orquin Cedenilla, en nombre y representación de Noemi , absolviendo de los pedimentos contenidos en la misma a la Administración General del Estado (Dirección General de los Registros y Notariado), con imposición a la demandante del pago de las costas causadas. " .

SEGUNDO.- Por la parte demandante se interpuso recurso de apelación contra la meritada sentencia, admitiéndose a trámite y sustanciándose por el Juzgado conforme a la Ley 1/2000, se remitieron los autos a esta Audiencia.

TERCERO.- Que recibidos los autos en esta Sección se formó el oportuno rollo, en el que se siguió el recurso por sus trámites. Quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 04/10/2017.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión litigiosa que se ha planteado en el presente proceso consiste en la pretensión de la demandante de que sea declarada su **nacionalidad** española de origen con fundamento legal en la D. A. Séptima apartado primero de la Ley 52/2007 de 26 de diciembre .

La norma establece que "1.- 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 desde la entrada en vigor de la presente disposición adicional. Dicho plazo podrá ser prorrogado por acuerdo del Consejo de Ministros hasta el límite de un año. 2.- Este derecho también se reconocerá a los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la **nacionalidad** española como consecuencia del exilio".

Como se ha dicho, la pretensión de la actora se funda en el apartado primero de tal disposición y no en el segundo a pesar de afirmarse en la demanda que era nieta de un español de origen, quizá porque no existe acreditación alguna de que su abuelo D. Víctor , nacido en España, hubiera perdido la **nacionalidad** española o hubiera tenido que renunciar a ella como consecuencia del exilio, hasta el punto de que ni tan siquiera consta en autos en qué fecha partió de España ni desde luego los motivos por los que lo hiciera, siendo así que el padre de la demandante D. Abelardo nació en Bolivia el NUM000 de 1939, cuatro días después de fallecer su padre, fruto al parecer de un segundo matrimonio de su abuelo, el cual había contraído anteriormente otro del que había tenido al menos otro hijo, D. Dionisio , se ignora en qué lugar y por ende desde cuando el abuelo residía en Bolivia.

SEGUNDO.- No siendo aplicable el apartado segundo, la pretensión de la demandante sólo se sustenta en el apartado primero, no apreciándose por esta Sala error alguno en la resolución recurrida que parte de la doctrina establecida por la DGRN en muy numerosas resoluciones, entre ellas la de 30 de mayo de 2016 que establece que "...La redacción incorporada a la Disposición Adicional Séptima de la Ley 52/2007 tampoco incluye la referencia a los abuelos en su primer apartado (que mantiene la fórmula tradicional de "las personas cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español"), aunque sí en el apartado segundo, si bien el ejercicio de la opción queda condicionado en este caso a un régimen jurídico distinto, pues no es suficiente que el abuelo o abuela hubiere sido español, ya que tal derecho sólo se reconoce a "los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la **nacionalidad** española como consecuencia del exilio" (en la tramitación parlamentaria no fueron aprobadas las enmiendas que pretendían el reconocimiento del derecho de opción a las "personas que sean descendientes en primer o segundo grado de un español o española de origen", pasando la segunda generación de descendientes (nietos) al apartado segundo de la Disposición Adicional Séptima).

XIII. De todo lo anterior y del propio carácter excepcional de la Ley que requiere criterios de interpretación estricta, resulta que no están comprendidos en el apartado primero de la Disposición Adicional Séptima de la Ley 52/2007 los hijos mayores de edad de padre o madre español en virtud de haber optado a la **nacionalidad** española de origen conforme a esta misma Disposición. Así resulta también de la Exposición de Motivos de dicha Ley, según la cual ésta "amplía la posibilidad de adquisición de la **nacionalidad** española a los descendientes hasta el primer grado de quienes hubiesen sido originariamente españoles", sin perjuicio de incluir, a través del apartado 2 de la misma Disposición Adicional Séptima, a otros descendientes más allá del primer grado-nietos-, "de quienes perdieron la **nacionalidad** española por exilio a consecuencia de la Guerra



Civil o la Dictadura", y así lo confirma la interpretación oficial recogida en la directriz sexta de la Instrucción de 4 de noviembre de 2008 de esta Dirección General...."

Este mismo criterio se ha mantenido por la secc. 19ª de esta Ilma Audiencia Provincial en su sentencia de 8 de abril de 2015 en cuya virtud "....- El recurso, ya se anticipa, no puede prosperar. Consideran, por una parte, los recurrentes que la aplicación de la Instrucción de 4 de noviembre de 2008 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en la resolución de los expedientes de opción a la **nacionalidad** española instados por los reclamantes en la litis, denegada -primero- por el Encargado del Registro Civil Consular de Lima y confirmada tal denegación por Resoluciones dictadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado (documentos nº 1, 2 y 3 de la contestación a la demanda), atenta contra el derecho fundamental a la **nacionalidad** de los demandantes.

Es cierto que la Constitución Española se refiere a la **nacionalidad** en el Capítulo Primero "De los españoles y los extranjeros" del Título I, regulador "De los derechos y deberes fundamentales", señalando en el apartado 2 del artículo 11 que "Ningún español de origen podrá ser privado de su **nacionalidad**" y también lo es que en el apartado 1 del referido artículo se recoge "La **nacionalidad** española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la ley". Es, pues, en este contexto en el que debe resolverse la petición formulada por los demandantes, ciudadanos con **nacionalidad** peruana, que solicitaron la **nacionalidad** española en los expedientes antes citados, a tenor de lo dispuesto en el apartado 1 de la Disposición Adicional séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, antes citada, que establece "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 desde la entrada en vigor de la presente Disposición adicional".

No cabe duda que los demandantes no pueden pretender obtener la **nacionalidad** española de origen mediante la opción a que se refiere la Disposición Adicional transcrita, por cuanto ellos mismos reconocen que fue su padre el que ya ejerció tal derecho de opción. Mantienen ahora que su padre,, por el hecho de la referida opción no se desprende de su condición primigenia de español por ser hijo de española de origen, y alegan también que son bisnietos de D..... natural de Vizcaya (España) y nietos de Dª de **nacionalidad** española de origen. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la petición formulada lo fue a tenor exclusivamente de lo dispuesto en el primero de los apartados de la Disposición Adicional séptima de la referida Ley, no del apartado segundo que establece también el derecho de optar a la **nacionalidad** española de origen "a los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la **nacionalidad** española como consecuencia del exilio", por lo que no nos detendremos en la concurrencia de tales circunstancias (su parentesco y la pérdida o renuncia de la **nacionalidad** por parte de su abuela como consecuencia del exilio), por no poder mudar ahora en esta alzada los términos del debate tal y como quedaron establecidos en la instancia y lo fueron en los expedientes citados (artículo 456 de la Ley Procesal Civil). Tampoco podemos, como pretenden los recurrentes, cambiar el supuesto de hecho del que se partió en la instancia y que no fue otro que su padre adquirió la **nacionalidad** de origen de forma sobrevenida a tenor de la Disposición Adicional citada y no como consecuencia de su nacimiento.

Es evidente que no se dan las circunstancias para optar a la **nacionalidad** recogidas en el punto primero de la referida Disposición, pues la misma está prevista para los supuestos en que el padre o madre de quien pretende optar hubiese sido originariamente español y hubiese perdido tal condición, ya que si ello no hubiera sido así y siguiera siendo español, la **nacionalidad** de sus hijos les vendría atribuida como consecuencia de lo previsto en el apartado 1º del artículo 17 del Código Civil y no habrían de acudir a la facultad de optar que concede la referida Disposición Adicional. Es más si acudimos a lo dispuesto al respecto en la Exposición de Motivos de la Ley en la que se ubica esta Disposición, hemos de concluir que sólo a los descendientes hasta el primer grado le es aplicable la misma: "La presente ley amplía la posibilidad de adquisición de la **nacionalidad** española a los descendientes hasta el primer grado de quienes hubiesen sido originariamente españoles. Con ello se satisface una legítima pretensión de la emigración española, que incluye singularmente a los descendientes de quienes perdieron la **nacionalidad** española por el exilio a consecuencia de la Guerra Civil o la Dictadura...".

TERCERO.- Como es de ver el supuesto allí enjuiciado es muy similar al ahora examinado. Aunque afirma la actora que es hija de español de origen porque su padre era hijo de español de origen, lo cierto es que su padre está inscrito desde el año 2006 primero como español por opción conforme al artº. 20.2 C.c. entonces vigente y luego como español de origen conforme a ese párrafo primero de la 1 D.A 7ª de la Ley 52/2007, con lo que si el padre así se inscribió y así sigue inscrito sin que se haya efectuado modificación registral alguna, no es posible que la demandante, su hija, también haga uso de esa norma que solo se refiere a hijos de españoles de origen y no a nietos. No obstante ello, lo que afirma la recurrente es que esa inscripción de la **nacionalidad** de su padre en base a esa Disposición Adicional es errónea o fue erróneamente formulada porque el mismo era sin más español de origen porque su abuelo también lo era y nunca perdió esa **nacionalidad**. Sin embargo



lo que consta en el Registro sin modificación alguna es que su padre se nacionalizó español no por serlo de origen sino en virtud la tan citada D.A. 7ª y anteriormente por opción.

Pero en todo caso, conforme a la ley vigente cuando el abuelo de la demandante falleció, artº. 26 C.c ., en vigor a tal fecha y desde el 14 de agosto de 1889, "Los españoles que trasladen su domicilio a un país extranjero, donde sin más circunstancias que la de su residencia en él sean considerados como naturales, necesitarán, para conservar la **nacionalidad** de España, manifestar que ésta es su voluntad al Agente diplomático o consular español, quien deberá inscribirlos en el Registro de españoles residentes, así como a sus cónyuges, si fueren casados, y a los hijos que tuvieren".

No consta que el abuelo efectuara esa manifestación e incluso en la inscripción de nacimiento de su hijo, padre de la demandante, no consta que tuviera **nacionalidad** española, si bien ello se pretende obviar aportando una certificación, folio 38 de los autos, según la cual no consta que el abuelo de la actora haya efectuado trámite alguno para adquirir la **nacionalidad** boliviana en base a los arts. 36 a 38 de su Constitución actualmente 141 y 142; el problema es que esa Constitución y esos preceptos no existían cuando falleció el abuelo en 1939 sino, al parecer puesto que no se ha alegado o probado otra cosa por la actora, en esa fecha estaba vigente la Constitución Política de 1938, cuyo artº. 40 establecía que eran bolivianos por naturalización los extranjeros que, habiendo residido tres años en la República, obtengan carta de **nacionalidad** en la forma que determina la ley; y anteriormente mientras su abuelo vivía en Bolivia, también al parecer puesto que no se ha alegado o probado otra cosa por la actora, la vigente era su Constitución Política de 1880 cuyo artº. 32.2 establecía que son también Bolivianos los extranjeros que habiendo residido un año en la República declaren ante la Municipalidad del lugar en que residan su voluntad de avecindarse, con lo que ese certificado nada aporta más aún cuando incumbe a la demandante la carga de la prueba puesto que pretende contradecir lo que consta en el registro en relación con su padre. Y en el registro no consta que el mismo fuera español de origen porque lo era su padre sino como consecuencia de la aplicación del apartado primero de la D.A. 7ª tan citada. Por lo tanto incumbiría a la demandante probar que su abuelo nunca se avecindó, o que sí hizo declaración de su voluntad de conservar la **nacionalidad** española según el Código Civil español vigente a la fecha, o el motivo por el cual no se inscribió su defunción en el registro consular si es que seguía siendo nacional español o el porqué de que en la inscripción de nacimiento del padre no conste la **nacionalidad** del abuelo. (En similares términos STS de 30 de septiembre de 2014).

Por lo tanto la demandante no puede fundar su pretensión ni en el apartado 2 de la citada D.A. 7ª porque no consta que su abuelo se exiliara ni en su caso cuándo o porqué, ni puede hacer uso del apartado 1 porque la norma está reservada a los hijos de españoles originarios y no a los hijos de los hijos según la doctrina citada de la DGRN y de esta misma Audiencia, porque se trata de un derecho excepcional y limitado en el tiempo no extensible a todas las generaciones futuras, objeción que no puede salvarse sin más afirmando que su padre se equivocó cuando instó para él la aplicación del apartado 1 citado porque era español de origen sin necesidad de optar, obviando que cuando nació su padre no existía tratado de doble **nacionalidad** con Bolivia ni tampoco cuando alcanzó la mayoría de edad (en 1960 con 21 años) puesto que se firmó el tratado de doble **nacionalidad** el 12 de octubre de 1961 ratificado el 31 de marzo de 1964 y por lo tanto si era boliviano no era español aunque lo fuera su padre, abuelo de la actora, que a su vez tampoco consta que lo fuera cuando nació su hijo, de manera que aunque el abuelo lo fuera, el padre dejó de serlo, y así lo admite la demandante, conforme al artº. 22 C.c . vigente el 14 de febrero de 1960 y solo recuperó esa **nacionalidad** cuando optó en 2006 en base al artº. 20.2 C.c . (opción que implica que antes no era español) y cuando volvió a optar por la **nacionalidad** como de origen porque excepcionalmente lo permitió la Ley 52/2007.

En definitiva, si era español por opción su hija hoy demandante no es española de origen y no puede inscribirse como tal, y si era español de origen en virtud de esa normativa especial, el privilegio solo se estableció en ella a favor de los hijos de originariamente españoles pero no de los nietos.

Y siendo tal la conclusión a la que llegó la sentencia recurrida, procede su confirmación desestimándose el recurso formulado con imposición a la recurrente de las costas procesales causadas en esta alzada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

Por cuanto antecede en nombre de Su Majestad El Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Dª. Noemi representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Orquín Cedenilla contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez titular del Juzgado de 1ª. Instancia nº 61 de Madrid de fecha 4 de octubre de 2017 en autos de juicio ordinario nº 603/16



DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS íntegramente la misma con imposición a la recurrente de las costas procesales causadas en esta alzada. Con pérdida del depósito constituido.

Contra esta sentencia no cabe recurso alguno por razón de la cuantía, cabiendo en su caso recurso de casación por interés casacional si concurren las circunstancias previstas en el artº. 477.2.3 º y 3 LEC , y, también en su caso, extraordinario por infracción procesal en la forma prevista en la DF. 16ª LEC en relación con el artº. 469 LEC .

Así por esta nuestra sentencia de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Extendida y firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, e incorporada al libro de resoluciones definitivas, se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDO