



Roj: **SAP SS 139/2018 - ECLI: ES:APSS:2018:139**

Id Cendoj: **20069370022018100078**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Donostia-San Sebastián**

Sección: **2**

Fecha: **09/03/2018**

Nº de Recurso: **2038/2018**

Nº de Resolución: **107/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **IÑIGO FRANCISCO SUAREZ ODRIOZOLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

#### **AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA - SECCIÓN SEGUNDA**

#### **GIPUZKOAKO PROBINTZIA AUZITEGIA - BIGARREN SEKZIOA**

SAN MARTIN 41-1ª planta - C.P./PK: 20007

Tel.: 943-000712

Fax / Faxes: 943-000701

NIG PV / IZO EAE: 20.05.2-17/005871

NIG CGPJ / IZO BJKN :20069.42.1-2017/0005871

#### **Recurso apelación procedimiento ordinario LEC 2000 / Prozedura arrunteko apelazio-errekurtsoa. 2000ko PZL 2038/2018 - C**

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Donostia / Donostiako Lehen Auzialdiko 7 zk.ko Epaitegia

Autos de Procedimiento ordinario 377/2017 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: Braulio

Procurador/a/ Prokuradorea: OSCAR MEJIAS ABAD

Abogado/a / Abokatua: JAVIER BENGOTXEA

Recurrido/a / Errekurritua: Dirección GENERAL DE LOS REGISTROS Y NOTARIADO-SUBDirección GENERAL DE **NACIONALIDAD** Y ESTADO CIVIL

#### **SENTENCIA Nº 107/2018**

ILMOS/AS. SRES/AS.

D/Dª. YOLANDA DOMEÑO NIETO

D/Dª LUIS BLANQUEZ PEREZ

D/Dª IÑIGO SUAREZ DE ODRIOZOLA

En DONOSTIA-SAN SEBASTIAN a nueve de marzo de dos mil dieciocho.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 31 de octubre de 2.017 el Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de San Sebastián dictó sentencia , que contiene el siguiente Fallo:

"Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Mejias, en representación de D. Braulio , frente a la Dirección General de los Registros y del Notariado, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a la



demandada de las pretensiones dirigidas frente a ella, confirmando la resolución dictada por la demandada con fecha 17 de julio de 2014. Se imponen a la parte actora las costas del procedimiento."

**SEGUNDO.-** Notificada a las partes la resolución de referencia, se interpuso recurso de apelación contra ella, que fue admitido, y, elevados los autos a esta Audiencia, se señaló día para Votación y Fallo el 9 de marzo de 2.018.

**TERCERO.-** En la tramitación de este recurso se han cumplido todas las formalidades prescritas por la ley.

**CUARTO.-** Ha sido Ponente en esta instancia el Ilmo. Sr. Magistrado D. IÑIGO SUAREZ DE ODRIOZOLA.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.-

Antecedentes y recurso de apelación.

(1)D. Braulio ha presentado demanda contra la Dirección General de Registros y del Notariado postulando en el SUPPLICO el dictado de una sentencia "(-) acordándose concesión de la **nacionalidad** al interesado y la consiguiente anulación de la resolución denegatoria".

(2)Destacamos del escrito de demanda :

El demandante mediante escrito ante el Registro Civil de Donostia-San Sebastian presentado el día 16 de septiembre de 2009 acreditó haber nacido en territorio español en el año 1972 en Villa Cisneros ( Sahara Occidental) y solicitó el reconocimiento de la **nacionalidad** española al haber nacido y vivido en territorio español y ser hijo de españoles .

Para ello aportó fotocopia de los siguientes documentos ::

DNI expedido por la República Arabe Saharaui Democrática.

Certificado de empadronamiento expedido por el Ayuntamiento de Oiartzun el día 21 de Julio de 2009.

Recibo MINURSO.

DNI bilingüea de sus padres D. Leandro y Dña. Benita .

certificación expedida por la Unidad de Documentación de Españoles del Ministerio del Interior de fecha 15 de septiembre de 2006.

Libro de familia de sus padres.

Denuncia interpuesta ante la Comisaría de Abastos de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil de fecha 15 de mayo de 2009 en relación al extravío de su pasaporte argelino.

certificación literal de la inscripción de la **nacionalidad** española de su hermano D. Jose Ignacio con valor de simple presuncion efectuada el 12 de diciembre de 2008.

-La Encargada del Registro Civil de San Sebastian mediante Auto de fecha 13 de Noviembre de 2009 denegó la **nacionalidad** española con valor de simple presunción solicitada.

-Contra la citada Resolución se interpuso recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado afirmando la concurrencia de los requisitos de los artículos 17 y 18 del CC .La Dirección General de los Registros y del Notariado emitió resolución de fecha 17 de Julio de 2014 desestimando el recurso interpuesto pudiendo frente a la misma interponer demanda judicial en el orden civil ante el Juez de Primera Instancia correspondiente.

-En el SUPPLICO de la demanda judicial se postuló el dictado de sentencia "(...)" acordándose la concesion de la **nacionalidad** española al interesado y la consiguiente anulacion de la resolución denegatoria ".

-Con el escrito de demanda se aportó fotocopia de la siguiente documentacion :

Recibo MINURSO emitido por la Mision de las Naciones Unidas para el Referendum del Sahara Occidental .

certificación expedida por la Unidad de Documentacion de Españoles del Ministerio del Interior de fecha 15 de septiembre de 2006 dirigida al Registro Civil de Durango referida a los progenitores del demandante, D. Braulio y Dña. Benita , en el que consta respecto del primero el documento NUM000 expedido en Villa Cisneros el 18-8-1970 con validez para cinco años y respecto de la segunda el documento NUM001 expedido en Villa Cisneros el 26-8-1972 con validez para cinco años.

Otro Recibo MINURSO emitido por la Mision de las Naciones Unidas para el Referendum del Sahara Occidental.



Certificado de UDALINFO sobre solicitud de baja de inscripción en el Padrón de Habitantes respecto de Eulalio y Justo .

(2)El Abogado del Estado en representación de la Dirección General de los Registros y del Notariado presentó escrito de contestación a la demanda oponiéndose a la demanda.

(3) Previos los trámites de rigor se ha dictado sentencia de fecha 31 de octubre de 2017 por el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Donostia-San Sebastian en el Procedimiento Ordinario número 377/2017 desestimando íntegramente la demanda interpuesta con imposición de las costas del procedimiento.

(4)La representación procesal de D. Braulio interpuso recurso de apelación contra la citada resolución alegando , en esencia, lo siguiente :

-Infracción del artículo 17 del CC .

Se entiende que el demandante es hijo de españoles y ha nacido en España. El DNI solo se concede a los que ostentan **nacionalidad** española por lo que teniendo los padres DNI ha de deducirse que ostentaban la **nacionalidad** española con independencia de las calificaciones del Sahara español como territorio español, territorio nacional o territorio sometido a la autoridad del estado español lo cierto es que es España.

Se postuló el dictado de una resolución por la que se acogiera el recurso interpuesto y se anulara la resolución de la DGR de 28 de Julio de 2014 anulando la misma y concediendo la **nacionalidad** en los términos solicitados.

Por el Abogado del estado en representación de la Dirección General de los Registros y del Notariado se opuso en tiempo y forma al recurso interpuesto.

## SEGUNDO.-

Examen del recurso de apelación.

(1)Se ha presentado demanda por D. Braulio interesando la anulación de la resolución de la DGRN de fecha 28 de Julio de 2014 y, en consecuencia, la concesión de la **nacionalidad** española del demandante.

El demandante nació en Villa Cisneros ( Sahara ) en el año 1972 ostentando sus padres D. Jose Ramón y Dña. Custodia DNI bilingüe.

La solicitud formulada ante la DGRN lo fue en base a lo dispuesto en el artículo 17 c) del CC

Por consiguiente interponiéndose la presente demanda contra la resolución de la DGRN de 17 de Julio de 2014 que desestimó ,por no concurrir los requisitos del artículo 17.1 c) del CC ,la concesión de la **nacionalidad** española con valor de simple presunción promovida en su momento por el demandante la presente resolución en el ámbito civil, en congruencia por la razón del dictado de la resolución de la DGRN, ha de evaluar si concurren los El artículo 17.1 c) del CC dispone :

El artículo 17.1. c) del CC establece :

"1. Son españoles de origen :

(....)".

c) Los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de **nacionalidad** o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una **nacionalidad**.

(....)".

(2)La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha ocupado de advertir la imposibilidad asimilación, a los efectos de la **nacionalidad**, entre los originarios de los territorios africanos y los nacidos en España.

Resulta especialmente ilustrativa la Sentencia de 7 de noviembre de 1999 del Tribunal Supremo Sala 3ª:

" Dejando al margen el dato -que, por lo demás, de ninguna manera puede considerarse intrascendente- de que los preámbulos o exposiciones de motivos de las normas jurídicas carecen de eficacia vinculante directa, resulta llamativo la contundencia con que se produce el texto transcrito de la Ley de 1985 que, a Primera vista, quedaría desmentido por esa provincialización «de segunda clase» (sic) que introdujo el decreto citado de 1958.

La cosa resulta tanto más sorprendente cuando se conoce que una de las cuestiones más debatidas -también de las más oscuras- de la teoría general del Estado es precisamente la naturaleza de su territorio, hasta el punto de que hace tiempo que se echa en falta una teoría tónica del Estado. Lo cual no quiere decir, ni dice, que los iuspublicistas se hayan desinteresado del estudio del territorio, pues, como es notorio, viene de lejos la consideración de éste como elemento del Estado. Pero tampoco puede desconocerse que, al menos en el



plano del saber establecido o saber convencional, que, por serlo, es patrimonio de todos (saber exotérico), no es frecuente hallar una explicación de hechos tales como la distinción entre territorio metropolitano y territorio colonial, una distinción cuyo tratamiento jurídico no puede entenderse si se margina la carga política e incluso simbólica, que contienen. Análisis de este tipo son más bien escasos y parece que, por el momento, se encuentran reclusos en el ámbito del saber discrepante, patrimonio de unos pocos (saber esotérico).

A esta situación insatisfactoria de la investigación científica hay que añadir la actitud cambiante de la política colonial como consecuencia de lo mutable también de las relaciones internacionales, caracterización a la que no ha podido sustraerse, como es fácil de entender, la política española en África ecuatorial y occidental, y que se hace patente a través de una legislación que, si algún rasgo no posee, es precisamente el de la linealidad; antes al contrario el aspecto que ofrece a todo aquél que se aproxime a ella es el de que sigue un itinerario zigzagueante: a) en un primer momento dichos territorios se consideraron simplemente colonias; b) vino luego la fase de provincialización durante la

que se intenta su asimilación a la metrópoli; c) por último se entra en la fase de descolonización, que reviste la forma de independencia en Guinea Ecuatorial, de cesión

en Ifni, y de autodeterminación en el Sahara.

Y porque nuestra Sala conoce esto es por lo que tiene conciencia de que el problema que se esconde tras el recurso que estamos conociendo es de alto porte jurídico y constitucional, por lo que exige una madura reflexión. Afortunadamente, en la concreta materia que nos ocupa podemos contar con dos dictámenes del Consejo de Estado, uno sobre Guinea (Dictamen núm. 36017, de 20 de junio de 1968), y otro sobre Ifni (Dictamen 36.227, de 7 de noviembre de 1968), que pueden consultarse en Recopilación de doctrina legal, 1967-68, Madrid 1971, págs. 21-31 y en Recopilación de doctrina legal 1968-69, Madrid 1972, págs. 613-20. Estos dos dictámenes sirvieron de base en su día para un pormenorizado análisis doctrinal en el que se aborda también el problema de Sahara, y que se recoge en las páginas 356-418 del Libro jubilar del Consejo de Estado publicado en 1972 por el que entonces se llamaba Instituto de Estudios políticos. Un tratamiento del problema más breve, pero sumamente claro, que se apoya en los trabajos que acabamos de citar, y publicado junto con otros estudios sobre División territorial y descentralización, en 1975, por el Instituto Nacional de Administración local, facilita el acceso a los datos históricos indispensables para entender el problema.

Debemos decir que en este caso nuestra Sala considera conveniente citar las fuentes a las que ha acudido, no ya no sólo por lo delicado del tema que tenemos que abordar, ni porque, en la medida de lo posible este Tribunal Supremo procura mantener un fecundo diálogo con la doctrina científica, sino porque en esos dictámenes, el citado órgano consultivo estatal elaboró la noción de «territorio nacional», concepto que inspira la interpretación a la que ha ajustado luego el Gobierno español todo el proceso descolonizador ulterior, y que es clave para resolver el problema de fondo que la representación procesal de D. Casiano somete al enjuiciamiento casacional por nuestra Sala.

La idea conductora para un correcto entendimiento del problema que nos ocupa es que la expresión territorio español se emplea en el derecho positivo en una doble acepción: una acepción amplia, queriendo hacer referencia a todos aquellos espacios físicos que están bajo la autoridad del Estado español y sometidos a sus leyes; esta acepción incluye las "posesiones"; y una acepción restringida, que es la que, si se quiere hacer precisión, debemos llamar "territorio nacional" propiamente dicho, y del que quedan excluidos las colonias, las posesiones, y los protectorados.

Cierto es y el recurso de Casación que aquí debemos resolver así lo demuestra que los textos legales no siempre matizan la distinción entre las expresiones "territorio español" y "territorio nacional", pese a que, sólo diferenciándolas, es posible entender el sentido de esos textos.

No es del caso hacer aquí una teorización de las características opuestas que definen uno y otro espacio territorial. Pero quizá convenga apuntar, por hacer inteligible cuanto luego ha de decirse, que siendo -como es- el territorio el ámbito espacial sobre el que el derecho internacional reconoce soberanía al Estado, el llamado territorio metropolitano es un espacio vinculado, infungible, inalienable, imprescriptible, esencial (por cuanto pertenece al ser del Estado, a aquello sin lo que un determinado Estado no sería el que es), y cuya integridad, precisamente por todo ello, se protege específicamente, con protección reforzada además. Por contra, el territorio colonial es un territorio de libre disposición, fungible, alienable, prescriptible, accidental (no esencial), protegido con protección ordinaria, cuantitativamente valorable por cuanto se le puede tomar (y de hecho se le toma) como magnitud física (remitiendo por ello a ideas concretas y hasta, en su caso, groseramente crematísticas).

Pues bien, Guinea, Ifni, y Sahara eran territorios españoles que no formaban parte



del territorio nacional. Y porque esto era así es por lo que no se quebrantaba la integridad del territorio nacional por la realización de aquellos actos jurídicos y políticos que determinaron la independencia de Guinea (que hasta ese momento fue una dependencia de España), la cesión o, si se quiere, la «retrocesión» de Ifni a Marruecos, y la iniciación del proceso de autodeterminación del Sahara. y es que solamente puede considerarse «territorio nacional» aquel que, poblado de una colectividad de ciudadanos españoles en la plenitud de sus derechos, constituye una unidad administrativa de la Administración local española -en su caso, de parte de una de ellas- y que, cualquiera que sea su organización, no goce de otra personalidad internacional ni de otro derecho de autodeterminación que el que a la nación corresponda como un todo.

Repetimos: el Sahara español -y otro tanto ocurría con Ifni y Guinea ecuatorial- era, pese a su denominación provincial, un territorio español -es decir: un territorio sometido a la autoridad del Estado español- pero no era territorio nacional.

(-)."

Por lo que el posicionamiento del Alto Tribunal se resume de la forma siguiente :

Entiende que Guinea, Ifni, y Sahara constituían territorios españoles pero no formaban parte del territorio nacional. El concepto de territorio nacional excluye las colonias, las posesiones, y los protectorados. Por consiguiente el Sahara no era territorio nacional y , en consecuencia, no se asimilaba a España.

Por lo que el pedimento de la parte recurrente en base al artículo 17.1 c) del CC no puede ser acogido por no concurrir el requisito de "c) Los nacidos en España (...)" .

(3) No obstante la conclusión anterior el Tribunal va a hacer uso para el acogimiento de la pretensión de la parte demandante de la argumentación construida sobre la base del artículo 22.2 a ) y 22.3 del CC contenida en la sentencia dictada por esta misma Sección Segunda de fecha 24 de Noviembre de 2017 y dictada en el Rollo de Apelación número 2269/17 FJ CUARTO .

En aquella ocasión se trataba , al igual que ocurre en el supuesto actual, de la petición de concesión de **nacionalidad** española formulada por una persona nacida en el Sahara Occidental carente de **nacionalidad** y que llevaba residiendo en España durante más de un año de forma previa, legal y continuada.

Reproducimos la argumentación de la precitada resolución :

"(...)

Entendemos que los hechos probados no permiten declarar la **nacionalidad** de origen al amparo de lo dispuesto en el artículo Art. 17-1 del CC en los términos que se establecen en la Sentencia apelada una vez ponderado el criterio en cuanto al diferente tratamiento que merecen las expresiones "territorio español " y "territorio nacional " en los textos legales y que queda de manifiesto en la Sentencia ya mencionada del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1999 .

Ahora bien , siguiendo dicho criterio , nada impide declarar la **nacionalidad** española del demandante al amparo de lo dispuesto en el artículo 22 del CC , dejando al margen la bondad de la disparidad de títulos jurídicos invocados en la demanda en base a las siguientes consideraciones:

Ha quedado acreditado a lo largo del procedimiento que el actor nació en el Sahara occidental en 1958 "territorio español", carece de **nacionalidad** y está residiendo en España desde hace más de un año.

Artículo 22 del Código Civil .

"1-Para la concesión de la **nacionalidad** por residencia se requiere que esta haya durado diez años. Serán suficientes cinco años para los que hayan obtenido la condición de refugiado y dos cuando se trate de nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra Filipinas Guinea ecuatorial, Portugal o de sefardíes.

2-Bastará el tiempo de residencia de un año para:

a) El que haya nacido en territorio español.

b) El que no haya ejercitado oportunamente la facultad de optar.

3- En todos los casos la residencia habrá de ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición".

Y en modo alguno este pronunciamiento puede ser tomado en consideración como sinónimo de incongruencia , al introducir un criterio de asignación de la **nacionalidad** distinto de aquél que se recoge en la Sentencia apelada, toda vez que en el escrito de demanda después de exponerse los hechos en los que el actor basaba su pretensión y quedando ésta perfectamente identificada en el suplico al solicitar el reconocimiento de la **nacionalidad** española dicha pretensión justificaba la posibilidad de concedérsele la **nacionalidad** por cualquiera de las vías estipuladas el Código Civil en atención a los hechos que hubieran quedado acreditados





sin pecar en incongruencia alguna ,y es más debería añadirse que en el propio escrito de demanda no sólo se hacía referencia al artículo 17 del CC , sino también al artículo 22 de dicho texto legal , siendo así que en el suplico no se recogía ninguna especificación respecto de la petición de que le fuera reconocida la **nacionalidad** española.

Debemos señalar que según tiene establecido el Tribunal Supremo, la congruencia de la Sentencia viene siendo entendida como la debida correlación o conformidad entre las pretensiones de las partes y el fallo de la Sentencia por lo que sólo en el caso de que la Sentencia hubiera dado más de lo solicitado sería incongruente.

Lo importante es que la pretensión se define por la causa pretendí y al respecto es doctrina sentada por el Tribunal Supremo aquella que establece que el artículo 218 en su segundo párrafo de la Ley de Enjuiciamiento Civil al establecer que el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegas por los litigantes ,lo que hace es acuñar un concepto de causa de pedir que estaría integrado por dos elementos de fáctico y jurídico. El Juez queda totalmente sujeto al primero, en el sentido de que sólo las partes pueden aportar al proceso los hechos en los que fundan sus pretensiones, de manera que respecto a estos datos fácticos el Juez carece de toda iniciativa no pudiendo fundar su decisión en hechos que no fueron oportunamente alegados por los litigantes, ahora bien , siendo que la norma aplicable es una facultad del Juez no existe impedimento alguno para que alcanzada la conclusión de que en este caso la expresión territorio español incluía el Sahara occidental y habiéndose acreditado que el demandado nació en el Aaiún en el año 1958 , que sus padres también eran nacionales del Sahara, y carecía de **nacionalidad** resultaba procedente declarar su **nacionalidad** española por la vía del artículo 22.2ª)al cumplirse el resto de los presupuestos que se contemplan en dicho precepto.

Por todo lo expuesto procederá la desestimación del recurso formulado contra la Sentencia dictada en Primera Instancia, así como la adhesión al mismo , confirmando aquella en cuanto no contradiga lo expuesto en la presente resolución.

(...)"

En nuestro caso como ya se ha adelantado de la documentacion obrante en las actuaciones resulta que el demandante D. Braulio nació en Villa Cisneros (Sahara Occidental) en el año 1972, habiendo residido legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición en territorio español durante más de un año por lo que se dan las condiciones para entender aplicable la prevision contenida en el artículo 22.2 a ) y 22.3 del CC para concederle la **nacionalidad** española por razón de residencia.

Por lo que procede la estimación del recurso de apelación interpuesto.

#### **TERCERO.-**

No procede efectuar pronunciamiento alguno en relación a las costas generadas en la alzada ni en la instancia

Vistos los artículos citados y demás preceptos de general aplicación

#### **FALLAMOS**

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por D. Braulio contra la sentencia de fecha 31 de octubre de 2017 por el Juzgado de Primera instancia número 7 de Donostia-San Sebastian en el Procedimiento Ordinario número 377/2017 y, en consecuencia,revocamos la resolución recurrida en el sentido de conceder la **nacionalidad** española por residencia a D. Braulio

No procede efectuar pronunciamiento alguno en relación a las costas generadas en la alzada.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo/a. Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.