

MARGARITA PALOS NADAL

Advocada . Abogada . Lawyer

c/ Cerdania 5 . Entresuelo 2º . Escalera A
07012 Palma de Maiorca . Illes Balears . España
Tel: 971.71.91.22 / Fax: 971.72.75.14 / Móvil: 648.84.88.98
Mail: margaritapalosnadal@gmail.com

RECURSO CASACION Num.: 3745/2012

Votación: 10/02/2015

Ponente Excmo. Sra. D^a.: Margarita Robles Fernández

Secretaría Sr./Sra.: Ilma. Sra. D^{ña}. M^a Rocío Guerrero Egido

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPREMO.
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: SEXTA

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Octavio Juan Herrero Pina

Magistrados:

**D^a. Margarita Robles Fernández
D. Juan Carlos Trillo Alonso
D. José María del Riego Valledor
D. Wenceslao Francisco Olea Godoy
D. Diego Córdoba Castroverde
D^a. Inés Huerta Garicano**

En la Villa de Madrid, a trece de Febrero de dos mil quince.

Visto por la Sala Tercera, Sección Sexta del Tribunal Supremo constituida por los señores al margen anotados el presente recurso de casación con el número 3745/2012 que ante la misma pende de resolución interpuesto por el Abogado del Estado en la representación que ostenta,



contra sentencia dictada el 24 de septiembre de 2012 por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso 261/2011 . Siendo parte recurrida D. [redacted] representado por el Procurador de los Tribunales D.Santiago Tesorero Díaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene parte dispositiva por la que se estimaba el recurso interpuesto por la representación procesal de D.

: anulaba el actor recurrido y reconocía a la parte actora el derecho a que le fuese concedida la nacionalidad española.

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia el Abogado del Estado, presentó escrito ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional preparando el recurso de casación contra la misma. Por Providencia la Sala tuvo por preparado en tiempo y forma el recurso de casación, emplazando a las partes para que comparecieran ante el Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, el Abogado del Estado presentó escrito tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo con fecha 20 de noviembre de 2012 interponiendo el anunciado recurso de casación articulado bajo un único motivo, al amparo de lo dispuesto en el art. 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, por vulneración de lo dispuesto en el art. 3 del Tratado retrocesión de Ifni al Reino de Marruecos de 1969, y del art. 22 del Código Civil, en relación con el 17 y el 22 del mismo texto legal.

Solicitando finalmente sentencia resolviendo en los términos interesados en el recurso.

CUARTO.- Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplaza a la parte recurrida para que en el plazo de treinta días, formalice escrito de oposición.

QUINTO.- Evacuado el trámite de oposición conferido, se dieron por conclusas las actuaciones, señalándose para votación y fallo la audiencia el día 10 de febrero de 2015, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

Siendo Ponente la Excm. Sra. D^a. **MARGARITA ROBLES FERNÁNDEZ**, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por el Abogado del Estado se interpone recurso de casación contra Sentencia dictada el 24 de septiembre de 2012 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en la que se estima el recurso contencioso administrativo interpuesto por D. [redacted] contra Resolución del Ministerio de Justicia de 1 de marzo de 2011, en la que se confirmaba anterior resolución de 12 de marzo de 2010 denegándole la concesión de la nacionalidad española. La sentencia ahora recurrida acuerda, por el contrario, su concesión.

La Sala de instancia tiene por probado, y ello no es impugnado en casación, que el abuelo y la madre del recurrente gozaron de la nacionalidad española de origen, y a partir de ahí entiende que resulta de aplicación el plazo del año de residencia legal fijado en el art. 22.2.f. del Código Civil.

Dice así la Sentencia recurrida:

"La resolución recurrida deniega la concesión de la nacionalidad por no cumplir el interesado el requisito de diez años de residencia legal y no serle aplicable el plazo privilegiado de un año al no acreditar que su caso es subsumible en el supuesto normativo del artículo 22.2.f) del Código Civil que invoca a su favor, aplicable a los nacidos fuera de España de padre, madre, abuelo o abuela que originariamente hubieran sido españoles.

La demanda rectora del proceso insiste con diferentes argumentos en que al interesado le resulta aplicable el artículo 22.2.f) del Código Civil, por lo que termina suplicando la concesión de la nacionalidad, a cuya pretensión se ha opuesto el Abogado del Estado en los términos que son de ver en su escrito de contestación a la demanda.

El thema decidendi se centra en si el recurrente puede beneficiarse de la norma prevista en el susodicho artículo 22.2.f) del Código Civil , en cuyo caso cumpliría el requisito de la residencia legal negado por la Administración demandada.

Examinaremos los antecedentes familiares del recurrente a la luz de sus propias alegaciones y pruebas, y su incidencia en la suerte del actual recurso en función de la legislación vigente en cada momento histórico. Así, el abuelo del demandante nació en Sidi Ifni el 18-3 -1927, en cuya fecha el artículo 17.1º del Código Civil disponía que son españoles las personas nacidas en territorio español, siendo así que en aquella fecha Sidi Ifni era territorio español a estos efectos (vid. sentencia -entre otras- del Tribunal Supremo de 7-11-1999 y la distinción que efectúa entre territorio español y territorio nacional), de donde que cabría entender que el abuelo del recurrente era español de origen con arreglo al Código Civil. Por otra parte, la madre del demandante nació en Sidi Ifni el 1-1 -1956 (así consta en certificados marroquí y español), en cuya fecha el artículo 17.1º del Código Civil disponía que son españoles los hijos de padre español, de donde podría inferirse que la madre del recurrente era española de origen con arreglo al Código Civil al ser su padre español. Todo lo anterior abonaría la aplicación al recurrente del artículo 22.2.f) del Código Civil , que dispone que bastará el tiempo de residencia de un año para el nacido fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles.

Cuanto acabamos de consignar ha de cohonestarse con lo dispuesto en el Tratado de retrocesión de Ifni al Reino de Marruecos de 1969, cuyo artículo 3 establecía que "con la excepción de los que hayan adquirido la nacionalidad española por alguno de los modos de adquisición establecidos en el código civil español, que la conservarán en todo caso, todas las personas nacidas en el territorio y que se hayan beneficiado de la nacionalidad española hasta la fecha de la cesión podrán optar por esta nacionalidad efectuando una declaración de opción ante las autoridades españolas competentes en el plazo de tres meses a contar de dicha fecha".

Pues bien, en función de lo que llevamos dicho no parece forzado considerar que, en cualquier caso, el abuelo y la madre del aquí recurrente gozaron de la nacionalidad española de origen, por lo que resulta plenamente aplicable al supuesto litigioso el plazo del año de residencia legal que se contempla en el artículo 22.2.f) del Código Civil a que se apela en la demanda.

A lo anterior es de añadir que la propia Administración General del Estado (Delegación del Gobierno en Extremadura) por resolución de 24-8-2006, que estimó un recurso de reposición formulado por el aquí demandante contra una anterior resolución denegatoria, concedió a este último autorización de residencia temporal (que conllevaba autorización de trabajo) por circunstancias excepcionales, por razones de arraigo, de conformidad con el artículo 45.punto 2.c) del Real Decreto 2393/2004 ("cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles"), lo que constituye un acto propio de la Administración demandada que difícilmente puede ser ignorado manteniendo ahora una postura de signo contradictorio con la que se sirvió de base para la concesión de la meritada autorización de residencia temporal.

Cuanto antecede es suficiente para la estimación del actual recurso, sin que resulte plausible la objeción del Abogado del Estado -ex artículo 112.1.

párrafo segundo de la Ley 30/1992 - a la toma en consideración de la documentación aportada por el interesado con el recurso de reposición pues la propia Administración al resolver la reposición no inadmitió dicha documentación, que se ha aportado otra vez en sede judicial con las debidas garantías, sin que nada obste a su valoración por esta Sala, siendo de remarcar, por otra parte, que ya con anterioridad el ahora recurrente había aportado al expediente administrativo diversa prueba documental de la que podía inferirse la nacionalidad española de origen del abuelo y de la madre del mismo.

En definitiva, y por mor de cuanto antecede, procede la estimación del recurso al concurrir en el interesado el requisito de la residencia legal por serle de aplicación el artículo 22.2.f) del Código Civil, residir en España con la pertinente autorización desde el 24-8-2006 y haber presentado la solicitud de nacionalidad el 28-9-2007, siendo así que en esta última fecha cumplía ya el requisito de un año de residencia legal."

Queda consiguientemente claro que el Tribunal "a quo" considera que desde el momento de sus respectivos nacimientos, en marzo de 1.927 el abuelo del actor, y en enero de 1956 su madre, tenían, por aplicación el art. 17.1 del Código Civil a la sazón vigente, la nacionalidad española, y que esa nacionalidad de origen de los familiares del recurrente fue aceptada por la propia Administración al concederle la autorización de residencia temporal.

Nada planteó el Abogado del Estado en la instancia sobre la recta interpretación del Tratado de retrocesión de Ifni al Reino de Marruecos en 1969 y su concreta incidencia en la nacionalidad de origen del abuelo y la madre del actor.

SEGUNDO.- Por el Abogado del Estado, se formula un único motivo de recurso, al amparo del apartado d) del art. 88.1 de la Ley Jurisdiccional, por supuesta vulneración de lo dispuesto en el art. 3 del Tratado de retrocesión de Ifni al Reino de Marruecos de 1969, y del art. 22 en relación con el art. 17 del Código Civil. Considera el recurrente, que el abuelo del actor en la instancia perdió la nacionalidad española, al no haber ejercitado la correspondiente opción, para sí y sus descendientes, añadiendo que los habitantes del territorio de Ifni no eran propiamente españoles, sino que se habían "beneficiado" de esa nacionalidad y en modo alguno puede considerarse que fueran españoles.

Imp. de la Sala.

Estima que la Administración española actuó erróneamente al considerarle descendiente de españoles para otorgarle la residencia, pero ello no implica que se continúe en ese error para concederle la nacionalidad española.

La parte recurrida, alega que lo planteado en sede casacional en relación al referido Tratado es una cuestión nueva que no fue alegada en la instancia por el Abogado del Estado en su contestación a la demanda.

TERCERO.- Razona bien el S' cuando en su escrito de oposición al recurso aduce que el Abogado del Estado, al plantear la vulneración del art. 3 del Tratado de retrocesión de Ifni al Reino de Marruecos de 1969, está planteando una cuestión nueva que no planteó en la instancia. En efecto, el Abogado del Estado, ni en su contestación a la demanda, ni en el trámite de conclusiones, hizo mención alguna al referido Tratado de retrocesión, limitándose a argumentar sobre los presupuestos para la adquisición de la nacionalidad española por residencia, según lo dispuesto en los arts. 21 y 22 Código Civil, y la no aplicación al actor, de los plazos abreviados de residencia legal, y ello pese a que éste, en su demanda, se refería expresamente (apartado cuarto) al Instrumento de ratificación del Tratado por el que España retrocedía al Reino de Marruecos entre otros, el territorio de Ifni, (en particular su artículo 3) con especial mención a la nacionalidad española de su abuelo y de su madre, y al hecho de que a su madre no le vinculara la obligación de opción prevista en ese art. 3, al tener ya la nacionalidad española.

Pese a ello, nada adujo el Abogado del Estado ni en su contestación a la demanda, ni en conclusiones, planteando por primera vez la posible vulneración del art. 3 del referido Tratado en sede casacional, al formular su motivo de recurso de casación.

Hemos dicho reiteradamente, que el recurso de casación es extraordinario, porque opera únicamente por los motivos establecidos expresamente en la ley. Por la vía de casación no se puede denunciar

negociar con el actor. 01

cualquier vicio sino sólo los que la ley señala por infracción de ley, al haberse *proveído* equivocadamente ("*error in iudicando*") o por quebrantamiento de forma, al haberse *procedido* equivocadamente ("*error in procedendo*"). La naturaleza de la casación como recurso tasado limita los poderes de este Tribunal y también la actividad de los recurrentes en la casación. El recurso de casación no es una nueva instancia jurisdiccional; no nos traslada el conocimiento plenario del proceso de instancia, sino con el alcance limitado que resulta de la verificación de los motivos enumerados en el art. 88.1 de la Ley Jurisdiccional.

De este punto de partida se deduce la prohibición de *cuestiones nuevas* en el recurso extraordinario de casación. Su justificación teórica se encuentra en que sólo conocemos en él para determinar si la Ley se aplicó correctamente, y siguiendo los pasos conforme a los que debía aplicarse, a una situación litigiosa idéntica a la situación que se enjuició en la instancia de la que dimana la casación. Si esa premisa es cierta se comprende fácilmente que no se pueda resolver sobre una tesis distinta de la que las partes sometieron al Tribunal de instancia, ya que no cabe censurar una sentencia por no haber resuelto una cuestión que las partes no debatieron. Por eso hemos dicho repetidamente que las cuestiones nuevas son inadmisibles en esta vía de casación, lo que nos lleva a tener por desestimado el motivo de recurso, por cuanto además, y como también pone de relieve el recurrido, nada dice el Abogado del Estado sobre cuáles serían las vulneraciones de los arts. 17 y 22 del Código Civil que se limita a mencionar sin mayor argumentación en su motivo de recurso.

Pero es que además, y a mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que la misma Administración en un acto propio, reconoció que el abuelo y la madre del Sr. I eran nacionales españoles de origen, cuando le otorgó la autorización para la residencia en España, por lo que no puede ahora ir en contra de sus propios actos denegando a aquellos familiares un reconocimiento de la nacionalidad española de origen que en su día aceptó.

CUARTO.- La desestimación del motivo de recurso determina, en aplicación del art. 139 de la Ley Jurisdiccional, la imposición de una condena en costas al recurrente, fijándose en cuatro mil euros la cantidad máxima que, por todos los conceptos, podrá repercutir la parte que ha ejercido la oportuno oposición al recurso.

FALLAMOS

No haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado, contra la Sentencia dictada el 24 de septiembre de 2012 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, con condena en costas al recurrente en los términos establecidos en el fundamento jurídico cuarto.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

D. Octavio Juan Herrero Pina

Dña. Margarita Robles Fernández

D. Juan Carlos Trillo Alonso

D. José María del Riego Valedor

D. Wenceslao Fco. Olea Godoy

D. Diego Córdoba Castroverde

Magu endete .S.



Dña. Inés Huerta Garicano

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia en el día de la fecha por la Excmá.Sra.Ponente Dña.Margarita Robles Fernández, estando la Sala reunida en audiencia pública, de lo que como Secretario, certifico.

huerta garicano
