

Id Cendoj: 28079130062008100222
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 1552 / 2004
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: LUIS MARIA DIEZ-PICAZO GIMENEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x RECUPERACIÓN DE LA NACIONALIDAD x

Resumen:

Acreditado que el padre del recurrente obtuvo la recuperación de la nacionalidad española en 1996, ello significa que en algún momento posterior a su mayoría de edad la había perdido, sin que se haya podido demostrar que su padre gozase de la nacionalidad española cuando tuvo lugar su nacimiento. A este respecto, no puede aceptarse la presunción simple de que el padre del recurrente, como teóricamente estaba sujeto al servicio militar español, no pudo perder la nacionalidad española, pues es lo cierto que para invocar la sujeción al servicio militar como fundamento para el reconocimiento de un derecho, es exigible haber cumplido dicho servicio militar o haber quedado exonerado del mismo, lo que no ha sucedido en el supuesto examinado. Las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado no constituyen jurisprudencia a los efectos del artículo 88.1.d) de la LRJCA.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Julio de dos mil ocho.

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 1.552/04 que ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de D. Inocencio contra sentencia de fecha 4 de noviembre de 2003 dictada en el recurso 364/2002 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Siendo parte recurrida el Abogado del Estado en la representación que ostenta

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene parte dispositiva del siguiente tenor: "FALLAMOS.- Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso Nº 03/364/2002 interpuesto por la representación de D. Inocencio, contra las resoluciones del Ministerio de Justicia, descritas en el primer fundamento de derecho, que se confirman por ajustarse al ordenamiento jurídico. No hacemos una expresa condena en costas".

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de D. Inocencio, presentó escrito ante la Sección Tercera de la Sala 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, la parte recurrente, se personó ante esta Sala e interpuso el anunciado recurso de casación, expresando los motivos en que se funda y suplicando a la Sala: "se dicte Sentencia por la que estimando el presente recurso y casando la recurrida por la existencia de las infracciones mencionadas en el artículo 88.1.d) de la LRJCA, se estime íntegramente el contenido de lo solicitado en la Súplica de nuestra demanda del recurso contencioso administrativo, con imposición de costa (sic) de contrario. Es justicia que pido en Madrid a 10 de marzo de 2.004".

CUARTO.- Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó a la parte recurrida para que en el plazo de treinta días, formalizara escrito de oposición, lo que realizó, oponiéndose al recurso de casación y suplicando a la Sala: "dicte sentencia por la que se desestime el recurso interpuesto, con imposición de costas al recurrente".

QUINTO.- Evacuado dicho trámite, se dieron por conclusas las actuaciones, señalándose para votación y fallo la audiencia el día 1 de julio de 2008, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación se dirige contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3ª) de la Audiencia Nacional de 4 de noviembre de 2003, por el que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Inocencio contra resolución del Ministerio de Justicia de 3 de diciembre de 2001. Esta había denegado la recuperación de la nacionalidad española solicitada por el hoy recurrente al amparo del *art. 26.1 CC*. El motivo de la denegación era que, a juicio de la Administración, no había quedado suficientemente acreditado que en 1962, cuando nació el recurrente, su padre tuviera la nacionalidad española.

La sentencia ahora impugnada señala que el recurrente, residente en la República Dominicana, basó su solicitud de recuperación de la nacionalidad española con dispensa del requisito de la residencia legal en España en una certificación de la inscripción de su nacimiento en el Registro Civil del Consulado General de España en Santo Domingo, practicada a instancia de él mismo el día 8 de junio de 1999 y aportando para ello un acta de nacimiento del registro local dominicano de 6 de agosto de 1962. Añade la sentencia impugnada que en esta documentación figuraba el padre del recurrente con nacionalidad dominicana en 1962, y que recuperó la nacionalidad española ante el encargado del mencionado Registro Civil el día 23 de abril de 1996 sin renunciar a su nacionalidad dominicana. A la vista de lo anterior, entiende la sentencia impugnada que, al no haber sido probado que el padre era de nacionalidad española en el momento del nacimiento del hijo, éste no pudo adquirir aquélla por nacimiento y, por ello, tampoco puede recuperarla.

SEGUNDO.- Este recurso de casación se apoya en dos motivos. El primer motivo, basado en el *art. 88.1.d) LJCA*, invoca infracción de las normas jurídicas aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate. La argumentación del recurrente, sintéticamente expuesta, es la siguiente. Ha quedado acreditado ante la Administración que su padre, nacido en Santo Domingo el día 23 de enero de 1938, era hijo de español, por lo que tenía nacionalidad española de origen. El *art. 22 CC*, en su redacción proveniente de la *Ley de 15 de julio de 1954, que era la vigente en 1962*, disponía en su inciso inicial: "Perderán la nacionalidad española los que hubieran adquirido voluntariamente otra nacionalidad. Para que la pérdida produzca efectos se requiere tener veintiún años cumplidos, o dieciocho y hallarse emancipado; haber residido fuera de España al menos durante los tres años anteriores y, en cuanto a los varones, no estar sujetos al servicio militar en período activo, salvo que medie dispensa del Gobierno." Ello significaría, siempre según el recurrente, que su padre no habría podido perder la nacionalidad española que tenía por nacimiento, al menos, hasta que cumplió los veintiún años en 1959. Y añade que, como a tenor de la *Ley General del Servicio Militar de 26 de julio de 1968* la licencia absoluta de las obligaciones militares no se otorgaba hasta el cumplimiento de los treinta y ocho años, su padre no habría podido perder la nacionalidad española en ningún caso antes de 1976. De esta manera, a través de estos razonamientos que el recurrente califica de "presunciones legales", sostiene que ha quedado acreditado que en 1962 su padre era español y, por tanto, también él tendría la nacionalidad española originaria.

El segundo motivo, también basado en el *art. 88.1.d) LJCA*, invoca infracción de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto del debate. A este respecto, cita varias resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

TERCERO.- Es cierto, como sostiene el recurrente, que en la versión originaria del *Código Civil eran españoles "los hijos de padre o madre españoles, aunque hayan nacido fuera de España" (art. 17)* y que "los hijos, mientras permanezcan bajo la patria potestad, tienen la nacionalidad de sus padres" (*art. 18*). Así las cosas, es claro que el padre del recurrente, cuyo padre -abuelo del recurrente- conservó siempre la nacionalidad española, nació español. Si a ello se añade lo previsto por el *art. 22 CC en la redacción de 1954*, arriba transcrito, es igualmente claro que el padre del recurrente no pudo legalmente perder la nacionalidad española -por residir en la República Dominicana y ostentar su nacionalidad- hasta 1959. Hasta aquí, las ilaciones del recurrente son correctas.

Ahora bien, no ha quedado acreditado qué ocurrió a partir de ese año. La mera alegación de la Ley General del Servicio Militar no es suficiente para entender que su padre estuvo "sujeto al servicio militar en período activo" hasta 1976 y que, en consecuencia, no pudo perder la nacionalidad española. Y no es suficiente por tres razones. En primer lugar, la ley alegada por el recurrente, aun cuando en su contenido sustantivo pueda ser similar a normas más antiguas, es posterior al momento del nacimiento del propio recurrente. En segundo lugar, el recurrente identifica la sujeción al servicio militar del antiguo *art. 22 CC* con el tiempo máximo de posible exigencia de obligaciones militares, lo que incluiría el período de simple disponibilidad o reserva. Este es un punto sobre el cual el criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado no ha permanecido invariable a lo largo del tiempo, sin que tampoco la doctrina científica sea unánime. Pero lo decisivo es, en todo caso, que no existe jurisprudencia de este Tribunal Supremo en el sentido indicado por el recurrente. En tercer lugar, y sobre todo, no ha quedado acreditado que el padre del recurrente prestase efectivamente ningún tipo de servicio militar a España; y, en estas circunstancias, no deja de ser un abuso argumentativo afirmar que, como teóricamente estaba sujeto al servicio militar español, no pudo perder la nacionalidad española. Para invocar la sujeción al servicio militar como fundamento para el reconocimiento de un derecho, es exigible haber cumplido dicho servicio militar o haber quedado exonerado del mismo por causas legalmente previstas. No hay que olvidar, en este orden de consideraciones, que la finalidad perseguida por el antiguo *art. 22 CC* era evitar la utilización de la renuncia a la nacionalidad como medio subrepticio para eludir los deberes militares.

Por si lo anterior no bastase, hay que recordar que la sentencia impugnada declara probado que el padre del recurrente obtuvo la recuperación de la nacionalidad española en 1996, lo que sólo puede significar que, en algún momento indeterminado posterior a su mayoría de edad, la había perdido. Y hay que recordar, asimismo, que el nacimiento del recurrente no fue inscrito inmediatamente en el Registro Civil español, como habría cabido esperar que hiciese un padre consciente de su nacionalidad española. Estos otros datos hacen que la valoración de la prueba realizada por la sentencia impugnada sea perfectamente racional, en el sentido de que nunca se ha acreditado que el padre del recurrente gozase de la nacionalidad española en 1962.

De aquí que el primer motivo de este recurso de casación no pueda prosperar. Dicho esto, conviene aún aclarar otro extremo: la argumentación del recurrente no se basa, como él mismo sostiene, en presunciones legales, sino en presunciones simples. Las presunciones legales son las establecidas directamente por la ley, mientras que las presunciones simples son las construidas mediante un razonamiento sobre el caso concreto. Ninguno de los preceptos legales citados por el recurrente establece una presunción, pues se limitan a regular las condiciones de adquisición y pérdida de la nacionalidad española. Lo que ha hecho el recurrente es partir de la premisa de que una determinada situación venía legalmente impuesta, para llegar a una cierta conclusión; y esto es una presunción simple. Esta aclaración es importante porque, si bien las presunciones simples son perfectamente admisibles en derecho, su modo de operar es distinto del de las presunciones legales. La carga probatoria es diferente en unas y otras: las presunciones legales surten efectos hasta prueba en contrario, mientras que las presunciones simples han de ser justificadas mediante "un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano" (*art. 385 LEC*). Pues bien, en el presente caso, ese enlace preciso y directo entre unos hechos y otros no ha sido satisfactoriamente establecido por el recurrente.

CUARTO.- El segundo motivo de este recurso de casación tampoco puede ser acogido, por la sencilla razón de que las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado no constituyen jurisprudencia a los efectos del *art. 88.1.d) LJCA*. Dicho centro directivo, cuya alta autoridad jurídica es generalmente reconocida, no deja de ser un órgano de la Administración que, en cuanto tal, no puede sentar jurisprudencia en sentido estricto. La jurisprudencia cuya infracción sirve para fundar el recurso de casación de conformidad con el citado *art. 88.1.d) LJCA* es, como ha recordado recientemente la STS de 17 de enero de 2008, la de esta Sala.

QUINTO.- Al haber sido desestimados todos los motivos del presente recurso de casación, de conformidad con el *art. 139 LJCA*, procede la imposición de las costas al demandado, fijándose éstas en un máximo de tres mil euros.

FALLAMOS

No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Inocencio contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3ª) de la Audiencia Nacional de 4 de noviembre de 2003. Se imponen las costas al recurrente, hasta un máximo de tres mil euros.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACIÓN.- Leída y

publicada fue la anterior Sentencia, en audiencia pública, por el Excmo. Sr. D. Luís María Díez-Picazo Giménez, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Secretario, doy fe.