

Roj: **SAN 287/2013 - ECLI:ES:AN:2013:287**Id Cendoj: **28079230032013100027**Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **3**Fecha: **31/01/2013**Nº de Recurso: **367/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**Ponente: **ISABEL GARCIA GARCIA-BLANCO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a treinta y uno de enero de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Tercera de la **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional y bajo el número **367/12**, se tramita a instancia del **Abogado del Estado (MINISTERIO DE JUSTICIA)**, actuando como demandada Dña. Guillerma representada por la Procuradora Dña. Beatriz Sánchez-Vera Gómez-Trelles, y asistido por el Letrado D. Antonio Redondo Pomar, contra Resolución de la DGRN, por delegación del Ministro de Justicia, de fecha 12-3-2010 por la que se concede la nacionalidad española por residencia a Guillerma

ANTECEDENTES DE HECHO

1 .- La parte indicada interpuso en fecha 12/6/2012 este recurso respecto de los actos antes aludidos y, admitido a trámite, y reclamado el expediente administrativo, se entregó éste a la parte actora para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo, en la que realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el Suplico de la misma, en el que literalmente dijo: "que, con admisión del presente escrito, documentos y sus copias, junto con la declaración de lesividad y expediente administrativo, tenga por interpuesto recurso contencioso administrativo contra la Resolución de 12/3/2010, por la que se concede la nacionalidad española, a Dña. Guillerma, y por presentada, y en su día, previo emplazamiento a la parte demandada para que se persone y conteste, en su caso, a la misma, dicte sentencia estimando el recurso y, consiguientemente, anulando el acto citado por no ser conforme a Derecho".

2 .- De la demanda se dió traslado a la Procuradora de la demandada que contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió a la misma para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: "Que tenga por presentado este escrito, en unión de los documentos que adjunto se acompañan, y sus copias, tenga por contestada y opuesta a esta parte a la demandada de Recurso Contencioso Administrativo contra la Resolución de 12/3/2010 por la que se concede la nacionalidad española a Dña. Guillerma, y, previos los tramites pertinentes, dicte sentencia por la cual se desestime íntegramente el recurso acordando declarar conforme a derecho dicha concesión".

3 .- Mediante Auto de fecha 13 de Septiembre de 2012 se denegó el recibimiento del recurso a prueba, no siendo recurrido por las partes.

Siendo el siguiente trámite el de Conclusiones, a través del cual, las partes, por su orden, han concretando sus posiciones y reiterado sus respectivas pretensiones. Por providencia de 9 de Enero de 2013 se hizo señalamiento para votación y fallo el día 29 de Enero de 2013, en que efectivamente se deliberó y votó.

4.- En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las forma legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido Ponente el Magistrado de esta Sección Dña ISABEL GARCIA GARCIA-BLANCO.



FUNDAMENTOS JURIDICOS

1.- En el presente recurso se impugna la resolución de la DGRN, por delegación del Ministro de Justicia, de fecha 12-3-2010 por la que se concede la nacionalidad española por residencia a Guillerma

Dicha resolución ha sido declarada lesiva para los intereses públicos por acuerdo del Consejo de Ministros de 13-4-2012, órgano competente de conformidad con la Disposición Adicional Decimosexta de la LOFAE 6/1997.

2.- En la contestación a la demanda se considera que el acuerdo del Consejo de Ministros que obra en el expediente esta sin fechar y que se dictó sin tener en cuenta sus alegaciones presentadas ante el Registro Civil de Palma de Mallorca el 28-2-2012 y por ello sin tener en cuenta el auto dictado por el Juzgado de Instrucción el 4-11-2011 acordando el sobreseimiento y archivo de la causa, auto firme que la exculpa del delito le que fue inicialmente atribuido. Por otro lado se indica que en el acuerdo del Consejo de Ministros no se recoge pie de recurso por lo que su notificación es nula de pleno derecho.

Comenzaremos señalando que la documental que obra en autos pone de manifiesto que la propuesta elevada al Consejo de Ministros por el Ministro de Justicia fue aprobada el 13-4-2012 (documento nº 10) y si la parte quiere cuestionar el concreto contenido de tal acuerdo en cuanto a la fecha y las correctas indicaciones de recurso, debería haber propuesto o aportado prueba que contradiga a la documental que ya obra unida (v. gr. certificación literal expedida por Consejo de Ministros de tal acuerdo), siendo evidente que la data de tal resolución es posterior a las alegaciones presentadas por la parte, con independencia de que las mismas se acojan o no resolutoriamente. Por otro lado el cuestionamiento de la base material de la lesividad administrativamente declarada se esta llevando a cabo, como corresponde, en este recurso contencioso administrativo en el que la afectada esta debidamente representada y defendida por lo que no hay indefensión alguna derivada de que no recurriera directamente el acuerdo del Consejo de Ministros de 13-4-2012 en lo que respecta a la falta de buena conducta cívica en la que se apoya la declaración administrativa de lesividad pues tal declaración de por si no surte efecto anulatorio alguno ya que se precisa de la posterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso- administrativo (art. 103 de la LRJ-PAC 30/1992). Precisamente lo que hace la LRJ-PAC es situar el control de la declaración de lesividad de actos anulables en ese ulterior recurso jurisdiccional que la Administración se ve obligada a promover.

Por tanto consta una declaración de lesividad adoptada por órgano competente y en tiempo oportuno sin perjuicio de lo que haya de resolverse en cuanto a la base material de la misma.

3.- En cuanto al fondo del asunto ha de examinarse si la resolución cuya anulación se pretende es lesiva para el interés público e incurre en causa de anulabilidad del art. 63 de la LRJ-PAC , por incurrir en cualquier infracción del ordenamiento jurídico.

El recurso de lesividad es un recurso excepcional (S. TS 27-9-1988) y especial, el medio de que dispone la Administración autora de un acto declarativo de derechos para obtener su anulación en provecho propio frente a la persona a favor de la cual fueron reconocidos los derechos (S. TS. 13-7-1984), en el que la previa declaración de lesividad para los intereses públicos constituye un presupuesto procesal habilitante (S. TS. 24-9-1993), de modo que si no existe esta declaración previa de lesividad o la misma adoleciese de algún vicio, constituiría causa de inadmisibilidad (S. TS. 16-9-1988) y cuya falta es insubsanable como se desprende del tenor literal del art. 43 de la LRJCA al utilizar la expresión " *deberá, previamente* " .

Acudiendo al art. 103 de la LRJ-PAC 30/92, dicha declaración de lesividad habrá de dictarse en el plazo de cuatro años y con audiencia de cuantos puedan estar interesados. La LJCA de 1998 lo contempla dentro del proceso tipo con una parca regulación (arts. 43 , 45-4 y 46-5).

La revisión vía recurso de lesividad parte de que se trate de un acto declarativo de derechos. Solo en el plano teórico es fácil la distinción entre uno y otro tipo de actos contraponiendo acto declarativo de derechos a acto de gravamen y entendiendo por actos declarativos los actos que producen un efecto favorable para el administrado, favoreciéndolo con la ampliación de su patrimonio jurídico, otorgándole o reconociéndole un derecho, una facultad o incluso liberándole de un deber, frente a los actos de gravamen que son los que restringen su patrimonio jurídico anterior imponiendo una obligación o una carga.

En el supuesto de autos es indudable que el acto cuya revisión se pretende entraña un acto favorable para la demandada en cuanto le concede la nacionalidad española, acto que puede afectar negativamente al interés publico dado el contenido de derechos políticos que entraña.

Entiende el recurrente que el acto recurrido infringe el art. 22-4 del Civil por cuanto se exige que el solicitante de la nacionalidad por residencia acredite la buena conducta cívica, lo que no concurría en el caso de autos en el que la demandada celebró un matrimonio fraudulento para poder acceder a la nacionalidad.



En dichas actuaciones con fecha 4-11-2011 se dicta auto de sobreseimiento provisional conforme al art. 641-1 (por no quedar debidamente justificada la perpetración del delito) en respeto al principio acusatorio al haberlo solicitado así el Ministerio Fiscal, única parte acusadora. Es de señalar que la Administración con fecha 8-2-2012 dicta resolución accediendo a transformar la situación de residente de familiar de ciudadano de la Unión Europea por residencia en régimen general, concediéndola con validez indefinida.

Es de señalar que el que un hecho no sea constitutivo de ilícito penal respecto de los encausados- en este caso favorecimiento de la inmigración ilegal según certificación de la Secretaria del Juzgado de Instrucción nº 1 de Palma de Mallorca- no quiere decir que los hechos no puedan valorarse desde la perspectiva de la buena conducta cívica en el ámbito de la nacionalidad española y en el caso que nos ocupa las declaraciones del Sr. Jose Manuel , una vez detenido y asistidas de Letrado, ponen de manifiesto como fue captado por familiares de la demandada para realizar, a cambio de dinero en efectivo y con pacto de no convivencia, un matrimonio con los fines exclusivos de permitir la estancia legal de la misma en España, residencia legal que después le permitió obtener la nacionalidad española por residencia en plazo abreviado respecto del general (el matrimonio se celebró en agosto de 2006, obteniendo acto seguido la TFRC y la nacionalidad se solicitó en marzo de 2008). Estas declaraciones eran plenamente coincidentes con las previas efectuadas a la Policía Local antes de que se abriese causa penal alguna.

Por otro lado frente a la presunción legal de convivencia (art. 69 del C. Civil) y a las apariencias formales de convivencia (empadronamiento en el mismo domicilio CALLE000 nº NUM000 NUM001 NUM002), no hay que olvidar que resultaron infructuosas las gestiones para localizar a la demandada en tal lugar y sin que la portera del edificio la hubiera visto nunca por allí. Consta que el expediente matrimonial fue iniciado el 29-3-2006, solo siete días después de la entrada de la demandada en España, entrada efectuada por vía marítima el 22-3-2006, sin que en el pasaporte figure ninguna otra entrada previa en nuestro país (pasaporte emitido en marzo de 2005), procediéndose al empadronamiento en el domicilio antedicho el 23-3-2006 (al día siguiente a su entrada). La demandada, pese a tener una visa Schengen tipo C que le cubría su estancia durante 30 días en el periodo desde el 19-2-2006 hasta el 17-8-2006, regresó a su país de forma inmediata el 5-4-2006 (dos semanas después de haber entrado en España y una semana después de haber iniciado los tramites del expediente matrimonial) no reingresando hasta el 29-6-2006. Por otro lado el 29-11-2007, más un año después del matrimonio y mucho antes de dictarse la resolución cuya lesividad se pretende, en el certificado de inscripción consular aportado consta como domicilio de la demandada el de la CALLE001 NUM003 , Palma de Mallorca (domicilio que debió ser facilitado por la interesada y que pone de relieve que sus alegaciones a la lesividad efectuadas en vía administrativa son falsas cuando dice que el matrimonio tuvo convivencia durante tres años hasta el 13-7-2009 cuando abandono el domicilio por diferencias irresolubles). Curiosamente este domicilio designado a efectos consulares no es otro que el de su hermano Karim, uno de los gestores del matrimonio de conveniencia y que actuó como testigo en el expediente de matrimonio.

Estamos, sin ningún genero de dudas, ante un matrimonio instrumentalizado con fines espurios, totalmente ajenos a los propios de la institución matrimonial (art. 67 y ss del C. Civil), y que, por plenamente conocidos y aceptados por la demandada en su conveniencia de así facilitar su entrada y permanencia en España, demuestran en la misma una falta total y absoluta de buena conducta cívica de cara a la obtención de la nacionalidad por mucho que se carezcan de antecedentes penales y los policiales hayan sido cancelados. <<" *A la luz de la jurisprudencia de la Sala las consideraciones que se dejan expuestas conducen a la necesidad de confirmar la denegación de la nacionalidad española por residencia de la recurrente, dado que mal puede conciliarse una buena conducta cívica con el hecho de que participara como contrayente en la celebración del matrimonio que tenía, precisamente, por único objeto el conseguir la nacionalidad, y cuando se declara como hecho probado por la sentencia penal tal finalidad así como la ausencia de convivencia conyugal, lo que necesariamente tiene consecuencias en el orden administrativo al juzgar el requisito de la buena conducta cívica cuya justificación compete a quién solicita la nacionalidad y que no puede pretenderse por quién, superando los estándares normales de conducta social acomodada a los mismos, ha intentado vulnerar la legislación española contrayendo un matrimonio de conveniencia, precisamente con el objetivo de conseguir la nacionalidad ."*>> (S. TS de 5-7-2006 recurso 4414/2002)

El artículo 22 del Código Civil establece como uno de esos requisitos que el solicitante acredite positivamente la observancia de buena conducta cívica, es decir, no basta que no exista constancia en los registros públicos de actividades merecedoras de consecuencias sancionadoras penales o administrativas que "per se" impliquen mala conducta, lo que el art. 22 del Código Civil exige es que **el solicitante justifique positivamente que su conducta, durante el tiempo de residencia en España** y aun antes, ha sido conforme a las normas de convivencia cívica, no sólo no infringiendo las prohibiciones impuestas por el ordenamiento jurídico penal o administrativo, sino cumpliendo los deberes cívicos razonablemente exigibles, sin que la no existencia de antecedentes penales sea elemento suficiente para entender justificada la buena conducta cívica, tal y como establece la sentencia del Tribunal Constitucional 114/87 .



Nada tiene que ver pues el concepto jurídico indeterminado "buena conducta cívica" a que se refiere el artículo 22-4 del Código Civil, con la carencia de antecedentes penales, ya que la "buena conducta cívica" (además de suficiente grado de integración en la sociedad española) (artículo 22-4 del Código Civil), constituye un requisito adicional sobre la mera observancia de una conducta de no trasgresión de las normas penales o administrativas sancionadoras, impuesto por el ordenamiento jurídico en razón del carácter excepcional que supone el reconocimiento de la nacionalidad por residencia y, por ende envuelve aspectos que trascienden los de orden penal y ha de ser valorada atendiendo a la conducta del solicitante durante un largo periodo de tiempo de permanencia en España y no puede identificarse sin más con la ausencia de antecedentes penales o policiales.

Además, no puede alegarse vulneración del principio de presunción de inocencia en los supuestos de denegación de la nacionalidad española por falta de buena conducta cívica, ya que, aunque el Tribunal Constitucional tiene declarado con carácter general, entre otras muchas, en las sentencias 76/1990 y 14/1997, que " *la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones* ", y en los supuestos de denegación de la nacionalidad española es patente que no estamos ante una sanción, sino ante una denegación que responde a la no concurrencia de uno de los requisitos que la ley exige para su concesión, la buena conducta cívica (SSTS de 12 de noviembre de 2002 y 23 de abril de 2004).

Por todo ello la resolución recurrida infringía el art. 22-4 del Civil cuando reconoció a Guillerma nacional argelina, la nacionalidad española por residencia sobre la base de la residencia legal que la misma había obtenido mediante un matrimonio de conveniencia, contraído exclusivamente a tales fines y por ello contraviniendo la buena conducta cívica exigida.

4.- De conformidad con el art. 139-1 de la LRJCA de 13 de julio de 1998, en la redacción posterior a la reforma operada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre, en materia de costas rige el principio del vencimiento de tal manera que las costas se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones sin que sea apreciar que el caso presentara serias dudas de hecho o de derecho.

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

ESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal **del Abogado del Estado** en representación del **Ministerio de Justicia** contra la resolución a que las presentes actuaciones se contraen, y **anular** la resolución impugnada por su **disconformidad** a Derecho.

Con imposición de costas a la demandada.

Firme la presente remítase testimonio al Registro Civil de Palma de Mallorca para que se haga constar en la inscripción que en su caso se haya practicado conforme el art. 16 de la LRC .

La presente resolución es susceptible de RECURSO DE CASACIÓN ante el Tribunal Supremo y que se preparará ante esta Sala en el plazo de los DIEZ DIAS contados desde el siguiente a su notificación.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el art. 248.4 de la ley orgánica 6/1985, de 1 de junio del Poder Judicial y se indicará la necesidad de constituir el depósito para recurrir así como la forma de efectuarlo de conformidad con la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ introducida por la LO 1/2009.

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

D. JOSE FELIX MENDEZ CANSECO D. EDUARDO MENENDEZ REXACH D. FRANCISCO DIAZ FRAILE

Dª. ISABEL GARCIA GARCIA-BLANCO D. JOSE LUIS TERRERO CHACON