



Roj: **SAN 3383/2016 - ECLI:ES:AN:2016:3383**

Id Cendoj: **28079230032016100511**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **19/09/2016**

Nº de Recurso: **148/2014**

Nº de Resolución: **545/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **FRANCISCO DIAZ FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN TERCERA**

**Núm. de Recurso: 0000148 / 2014**

**Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

**Núm. Registro General: 00275/2014**

**Demandante:** D. Victor Manuel

**Procurador:** D<sup>a</sup> ROSARIO QUIJANO DE ABIA

**Letrado:** D<sup>a</sup> LEONOR MONJE GARCÍA

**Demandado:** MINISTERIO DE JUSTICIA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.:** D. FRANCISCO DIAZ FRAILE

### **SENTENCIA N<sup>o</sup>:**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. JOSÉ FELIX MÉNDEZ CANSECO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. FRANCISCO DIAZ FRAILE

D<sup>a</sup>. ISABEL GARCÍA GARCÍA BLANCO

D<sup>a</sup>. ANA MARÍA SANGÜESA CABEZUDO

Madrid, a diecinueve de septiembre de dos mil dieciséis.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido D. Victor Manuel representado por la Procuradora **D<sup>a</sup> ROSARIO QUIJANO DE ABIA** contra **MINISTERIO DE JUSTICIA** representada por el Abogado del Estado, sobre **NACIONALIDAD** siendo ponente el Ilmo Sr. Magistrado de esta Sección D. FRANCISCO DIAZ FRAILE.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Se impugnan las resoluciones del Ministerio de Justicia de 24-6-2013 y de 2-4-2014.



**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso contencioso administrativo ante esta Audiencia Nacional, después de admitirlo a trámite y reclamado el expediente administrativo se dio traslado a la parte recurrente para que formalizara la demanda solicitando en el suplico la estimación del recurso.

**TERCERO.-** Presentada la demanda se dio traslado de la misma al Abogado del Estado, con entrega del expediente administrativo, para que la contestara y, formalizara dicha contestación, solicitó en el suplico que se desestimaran las pretensiones de la parte recurrente y que se confirmaran los actos impugnados por ser conformes a Derecho.

**CUARTO.-** Contestada la demanda, quedaron los autos conclusos para sentencia, señalándose para votación y fallo el **13 de septiembre de 2016**, en el que efectivamente se votó y falló.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .-** Se impugnan las resoluciones del Ministerio de Justicia de 24-6-2013 y de 2-4-2014 (confirmatoria esta última en reposición de la anterior), que denegaron la solicitud de concesión de la nacionalidad española a la hoy parte actora por ausencia del requisito del tiempo de residencia legal en España, terminando la demanda con la súplica que es de ver en autos.

**SEGUNDO .-** Los artículos 21 y 22 del Código Civil sujetan la concesión de la nacionalidad española por residencia a dos tipos de requisitos: unos de carácter definido como son la formulación de la correspondiente solicitud y la residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición durante los plazos de diez, cinco, dos o un año, que según los casos se establece; y otros configurados como conceptos jurídicos indeterminados, bien de carácter positivo como es el caso de la justificación de buena conducta cívica y el suficiente grado de integración en la sociedad española, o bien de carácter negativo como es el caso de los motivos de orden público o interés nacional que pueden justificar su denegación. Los primeros no plantean problema para su apreciación, y en cuanto a los segundos, por su propia naturaleza de conceptos jurídicos indeterminados, precisan de la concreción adecuada a las circunstancias concurrentes en cada caso cuya valoración lleva a una única solución justa, jurisdiccionalmente controlable, que debe adoptarse por la Administración ( art. 103 de la Constitución ), sin que propicien soluciones alternativas propias de la discrecionalidad administrativa. Así ha declarado la sentencia de 24 de abril de 1999 , citando otras muchas como las de 22-6-82 , 13-7-84 , 9-12-86 , 24-4 , 18-5 , 10-7 y 8-11 de 1993 , 19-12-95 , 2-1-96 , 14-4 , 12-5 - y 21-12- de 1998 y 24-4-99 , que en la apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados, como orden público e interés nacional, resulta excluida la discrecionalidad de la Administración, porque la inclusión de un concepto jurídico indeterminado en la norma a aplicar no significa, sin más, que se haya otorgado capacidad a la Administración para decidir con libertad y renunciar a la solución justa del caso, sino que viene obligada a la única decisión correcta a la vista de los hechos acreditados, añadiendo que el reconocimiento de la nacionalidad española no es una potestad discrecional sino un deber cuando concurren los requisitos legalmente previstos. Por ello, la propia sentencia señala que la nacionalidad tiene la auténtica naturaleza jurídica de estado civil de la persona, por lo que su adquisición por residencia no puede confundirse con la que se lleva a cabo por carta de naturaleza, pues mientras ésta constituye un genuino derecho de gracia, en que el requisito de la solicitud tiene el significado de ocasión o motivo pero no causa jurídica de la misma, la adquisición por residencia no puede concederse o denegarse sino cuando concurren las circunstancias legalmente previstas, de manera que no se trata de una concesión "stricto sensu" sino de un reconocimiento por concurrir al efecto los requisitos exigibles.

**TERCERO .-** El demandante es natural de Cuba, nace el NUM000 -1971, reside legalmente en España a los efectos de la nacionalidad pretendida desde el 7-9-2009 (con anterioridad había residido con autorización por razón de estudios), figura inscrito en el padrón municipal de habitantes del Ayuntamiento de Villafranca del Bierzo, no consta el correspondiente informe de vida laboral, y al parecer disfrutaba de una beca para estudios de posgrado.

El 22-2-2011 se presentó la solicitud de concesión de la nacionalidad española origen de la litis, en cuya tramitación han informado favorablemente el Ministerio Fiscal y el Encargado del Registro Civil.

La demanda rectora del proceso expone las circunstancias que concurren en el caso, invoca el tiempo de su residencia en España con autorización por razón de estudios así como su condición de pareja de hecho de un ciudadano español, alega que el interesado reúne todos los requisitos para la adquisición de la nacionalidad española, cita la normativa y la jurisprudencia que considera de interés, y termina impetrando la concesión de la nacionalidad, a cuya pretensión se ha opuesto el Abogado del Estado en los términos que son de ver en autos.

Visto lo anterior, el presente recurso plantea en primer lugar la cuestión de si la estancia en España por estudios o al amparo de una tarjeta de estudiante equivale a la residencia legal a los efectos de la adquisición de la



nacionalidad española, cuya cuestión ha sido abordada por este Tribunal en ocasiones anteriores y resuelta en una doctrina de la que es exponente la sentencia de 11-9-2014, recaía en el recurso nº 589/2013, donde puede leerse lo siguiente en la parte de sus fundamentos jurídicos: "2. Los arts. 21 y 22 del Código Civil sujetan la concesión de la nacionalidad española por residencia a dos tipos de requisitos: unos de carácter definido como son la formulación de la correspondiente solicitud y la residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición durante los plazos de diez, cinco, dos o un año, que según los casos se establece; y otros configurados como conceptos jurídicos indeterminados, bien de carácter positivo como es el caso de la justificación de buena conducta cívica y el suficiente grado de integración en la sociedad española, o bien de carácter negativo como es el caso de los motivos de orden público o interés nacional que pueden justificar su denegación.

En el presente caso únicamente se cuestiona por la Administración, en la resolución recurrida, el requisito de la residencia "legal, continuada e inmediatamente anterior" a la solicitud —.

Pues bien, el cumplimiento de tal requisito objetivo exige la concurrencia de las tres circunstancias de: a) legalidad de la residencia, lo que supone la sujeción a las normas sobre extranjería establecidas; b) continuidad o no interrupción del plazo; y c) que tal periodo de residencia corresponda al momento inmediatamente anterior a la solicitud (de ahí que no pueda completarse con la cumplida con posterioridad).

En el supuesto enjuiciado la cuestión se centra en determinar si se considera residencia legal en España la estancia de la recurrente durante el tiempo que estuvo amparado por la estancia por estudios. La respuesta es negativa atendiendo a la normativa de extranjería aplicable al caso de autos constituida por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, que establece en su art. 29-3 que "son extranjeros residentes los que hayan obtenido un permiso de residencia temporal o de residencia permanente", por lo que la residencia legal se diferencia nítidamente de la mera "estancia" en general y de la autorización de estancia por estudios en particular, regulada en el art. 33 de la citada norma y que se caracteriza por el hecho de que el fin único o principal es cursar o ampliar estudios o realizar trabajos de investigación o formación en centros docentes españoles. En el art. 54 del Real Decreto 846/2001, de 20 de julio, sistemáticamente encajado en una Sección distinta de la que regula los permisos de residencia, se dispone que para la concesión de la tarjeta de estudiante se seguirán las normas previstas para la prorroga de estancias, aunque con especialidades derivadas de la duración de los estudios y la adecuación a ésta de la vigencia de la tarjeta y de sus prórrogas. Por otro lado, el Real Decreto 2.393/2004, de 30 de diciembre, regula la autorización de estancia por estudios en los arts. 85 y siguientes en un Título diferente al de residencia, y con una regulación específica.

Así las cosas, la permanencia en España amparada en la tarjeta de estudiante o ahora en una autorización de estancia para cursar estudios no puede considerarse como residencia legal a efectos de entender cumplido el requisito de "residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición" previsto en el art. 22-3 del CC. Este es un criterio jurisprudencialmente asentado.

Como ya afirmábamos en la Sentencia de esta misma Sala y Sección de 21-9-2004 (recurso número 907/2002): << "...la residencia legal implica la permanencia en el territorio español amparada en el régimen de autorizaciones que regula la legislación de extranjería, en el caso de autos, por razón temporal, la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio de derechos y libertades de los extranjeros en España y en su Reglamento de ejecución aprobado por Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero. El artículo 13-4 de la citada Ley Orgánica dispone que sólo tendrán consideración de residentes quienes estén en posesión de un permiso de residencia". Al efecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 mayo 2001 (Recurso de Casación núm. 8289/1996): <<En este sentido, la Sentencia de 7 de noviembre de 1999, recordando lo ya declarado en la Sentencia de la Sala de lo Civil, de 19 de septiembre de 1988, la expresión «residencia legal» procede aplicarla siempre y cuando la residencia se ajuste a las exigencias prevenidas por la Legislación, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España a la que se remite dicha Sentencia.

Si el período de permanencia a computar transcurrió antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/1985, el concepto de «residencia legal» deberá interpretarse según los términos establecidos en el Decreto 522/1974, de 14 de febrero (arts. 14 y siguientes), y, si se trata de un período posterior, habrá que atender a lo dispuesto en el art. 13.2 de la Ley 7/1985, en el que se establece que: La residencia de los extranjeros, será autorizada por el Ministerio del Interior atendidas las circunstancias concurrentes en cada caso, teniendo en cuenta la existencia o inexistencia de antecedentes penales del solicitante y si dispone en España de medios de vida suficientes para el período de tiempo que solicita. Cuando se pretenda residir en España, mediante el desarrollo de una actividad lucrativa, laboral o profesional, la concesión de residencia se registrará, además, por las disposiciones del Título III.

En dicho Título, se precisa, en síntesis, que, además del permiso de residencia, los extranjeros que pretendan ejercer en España cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena, habrán de



obtener, simultáneamente, el permiso de trabajo, cuyo otorgamiento corresponderá al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social">>. En igual sentido se pronuncian las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 noviembre 2001 -recurso de casación núm. 7.946/1997 - y 4 de diciembre de 2009 -recurso de casación número 7.174/2005 ->>.

En sentencia de esta Sala y Sección de 11-10-2005 (recurso 1179/2003 ), en lo que interesa al caso indicábamos que: <<" La normativa de extranjería, como ya indicábamos en la sentencia de esta Sala y Sección de 14-10-2003 , al regular las situaciones de los extranjeros en España, distingue entre estancias y residencia, y contempla un régimen especial para los estudiantes ( art. 24 de la anterior Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio , sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y arts. 29 , 30 y 33 de la actualmente en vigor Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero , sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social), que se caracteriza por el hecho de que el fin único o principal es cursar o ampliar estudios o realizar trabajos de investigación o formación en centros docentes españoles; el desarrollo reglamentario (anterior art. 48 del Real Decreto 155/1996 , y los vigentes arts. 85 y ss del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre ), inciden en encajar la permanencia en España de los estudiantes o investigadores y sus familiares en la situación legal de las estancias y no de las residencias. Por ello la tarjeta de estudiante no constituye residencia en el sentido legal a los efectos de la adquisición de la nacionalidad en el sentido del art. 22-3 del CC , ya que la simple estancia no es suficiente y ello resulta lógico si se considera que el estudiante sigue teniendo el domicilio, entendido como el centro de relaciones familiares, económicas y profesionales, en su país de origen y la estancia de estudios es precisamente la realización de estos sin otra pretensión de integración en el país que se realizan, ni cambio de su domicilio, así lo ha venido entendiendo esta Sala cuando considerando, precisamente que la residencia legal de un extranjero en España, a los mismo efectos de adquisición de la nacionalidad española que aquí se analizan, no se considera interrumpida por la realización de estudios en otro país ya que la existencia de cortos desplazamientos fuera de nuestro país no es suficiente para entender incumplido el requisito de la residencia legal ininterrumpida, pues, como ha declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 23 de noviembre de 2000 , "la no presencia física ocasional y por razones justificadas en el territorio español, no presupone el incumplimiento del requisito de residencia continuada siempre que no se traslade la residencia habitual y por ende el domicilio fuera del territorio español", lo que a "sensu contrario" es de aplicación en el presente caso. ">>. Este criterio aparece confirmado por el TS en su sentencia de fecha 4-12-2009 (Rec. Casación 7174/2005 ) dejando patente nuestro Alto Tribunal que el Código Civil exige residencia legal, concepto que no cabe confundir con el de estancia en concepto de estudiante.

En consecuencia, y toda vez que la igualdad solo sería predicable dentro de la legalidad y que no se pueden confundir los requisitos formales de una solicitud con el derecho a obtener lo pedido, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo".

Cuanto acabamos de transcribir es aplicable mutatis mutandis al supuesto ahora enjuiciado en observancia del principio de unidad de doctrina, que cuenta en su apoyo con los principios de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, por lo que es de concluir que el tiempo de residencia en España del demandante con autorización por razón de estudios no es computable a los efectos de satisfacer el tiempo de residencia legal en España que le es exigible.

Dicho lo anterior, al recurrente le era exigible por su condición de iberoamericano un tiempo de residencia legal en España de dos años, que no cumplía al solicitar la nacionalidad española en 22-2-2011 pues solo residía legalmente en España con el título adecuado para los fines que pretende desde el 7-9-2009.

Desde otro punto de vista, en el escrito de demanda se invoca la condición de pareja de hecho del demandante respecto de un ciudadano español, cuyo dato tampoco puede conducir a la estimación del recurso por las siguientes razones. No es necesario abordar en este punto la cuestión de fondo de si la unión de hecho es equiparable o no al matrimonio a efectos del plazo exigible de residencia en España para la adquisición de la nacionalidad, cuya falta de necesidad deriva de las propias circunstancias del caso. En efecto, y con abstracción de dicha cuestión de fondo, es de ver que la resolución acreditada de la Junta de Castilla y León que acuerda inscribir en el Registro de Uniones de Hecho a la pareja formada por el recurrente y por otro ciudadano es de 3-11-2010, por lo que desde esta fecha hasta la data de presentación de la solicitud de nacionalidad en 22-2-2011 no había transcurrido aún el plazo de un año. En la demanda se alega también que la referida unión de hecho existía desde agosto de 2009 y que fue inscrita en el País Vasco, pero ello no está probado. Por último, tampoco está documentalmente acreditada la alegada condición de español de la pareja de hecho del demandante. Por todo ello la invocada unión de hecho no constituye en el caso, y en función de las circunstancias acreditadas, un factor decisivo para la adquisición de la nacionalidad española.

En definitiva, y por mor de cuanto antecede, se impone la claudicación del actual recurso al carecer la demanda de términos hábiles para su acogimiento.



**CUARTO** .- Al desestimarse el recurso procede la imposición de las costas a la parte actora por imperativo del artículo 139.1 de la LJ .

#### **FALLAMOS**

- 1) Desestimar el recurso.
- 2) Confirmar las resoluciones a que se contrae la litis.
- 3) Imponer a la parte actora las costas del proceso.

Esta sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual se remitirá, junto con el expediente administrativo, a su oficina de origen para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

D. JOSÉ FELIX MÉNDEZ CANSECO D. FRANCISCO DIAZ FRAILE D<sup>a</sup> ISABEL GARCÍA GARCÍA BLANCO  
ANA MARÍA SANGÜESA CABEZUDO

#### **PUBLICACIÓN.-**

Una vez firmada y publicada la anterior Sentencia es entregada en esta Secretaría para su **no** tificación, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a los autos.

Madrid a Doy fe.