



Roj: **STS 368/2015 - ECLI:ES:TS:2015:368**

Id Cendoj: **28079130062015100082**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **10/02/2015**

Nº de Recurso: **3025/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **WENCESLAO FRANCISCO OLEA GODOY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2971/2012,**
STS 368/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez 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 3025/2012 que ante la misma pende de resolución interpuesto por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, contra sentencia de fecha 28 de junio de 2012 dictada en el recurso nº 714/10 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.

Comparece como recurrida la Procuradora Doña Isabel Monfort Saez, en nombre y representación de DON Ambrosio

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene la parte dispositiva del siguiente tenor: <<1) *Estimar el recurso.* 2) *Anular la resolución recurrida, y reconocer el derecho de la parte actora a que le sea concedida la nacionalidad española.* 3) *No hacer pronunciamiento expreso en materia de costas.*>>

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia por el Sr. Abogado del Estado se 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 Sr. Abogado del Estado interpuso el anunciado recurso de casación fundado en un único motivo, al amparo del artículo 88.1º.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, denunciando la infracción del art. 22, apartados 1º, 3º y 4º del Código Civil, al considerar que el solicitante de nacionalidad no cumplía el requisito de residencia legal en el momento de resolverse su solicitud y que, por tanto, la nacionalidad se denegó correctamente conforme a los mencionados preceptos y la jurisprudencia que lo interpreta, de la que se deja cita concreta. Se acepta que se podrá argumentar que, al tiempo de formularse la solicitud, se ostentaba la situación de residencia legal y por tanto se cumplía el requisito exigido, pero ello supondría una retroactividad vedada, por considerar que la norma aplicable es la vigente al tiempo de resolverse la solicitud y que no puede otorgarse un beneficio a quien no reúne los requisitos exigidos para acceder al mismo. En este sentido se cita la jurisprudencia sobre la denominada retroactividad en grado mínimo. Finalmente se critica a la sentencia de instancia en cuanto señala el recurrente que no se puede reducir la obtención de nacionalidad a la cuestión de la residencia legal continuada durante dos años, pues hubiera sido necesario examinar el resto de condiciones exigidas por el Código Civil, tales como la conducta del beneficiario y su integración en la sociedad española.



Se suplica a esta Sala que "...acuerde casar la citada sentencia y dicte otra por la que acuerde la conformidad a derecho del acto impugnado en la instancia."

CUARTO.- Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó a la representación de Don Ambrosio para que en el plazo de treinta días formalice escrito de oposición, lo que realizó, suplicando a la Sala la desestimación del recurso de casación y con imposición de costas a la parte recurrente.

QUINTO.- Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo la audiencia el día 3 de febrero de 2015, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Wenceslao Francisco Olea Godoy** . .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se interpone el presente recurso de casación por la Abogacía del Estado, contra la sentencia de 28 de junio de 2012, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional , en el procedimiento 714/2010, promovido por Don Ambrosio , en impugnación de la resolución del Ministerio de Justicia, de 5 de octubre de 2010, por la que se denegaba la concesión de la nacionalidad española. La sentencia de instancia, estimando el recurso, anula la referida resolución y reconoce el derecho a obtener la mencionada nacionalidad.

Las razones que llevaron al Tribunal sentenciador a la estimación de la pretensión del recurrente se contiene, en lo que aprovecha al presente recurso, en el fundamento tercero, en el que, tras exponer los términos en que se había suscitado el debate procesal y los precedentes de la decisión administrativa impugnada, se declara:

"... Ya vimos más arriba que la resolución combatida se ha fundado para denegar la nacionalidad exclusivamente en el requisito de la residencia legal, que considera no cumplido por el interesado ya que en la fecha de ratificación de la solicitud no tenía la condición de residente legal en España habida cuenta que su solicitud de residencia permanente de 13-12-2007 le fue denegada el 10-3-2008 en base a haber sido condenado en sentencia firme de 27-3-2006 por dos delitos de imprudencia, siendo esta la motivación del acto recurrido, que el recurrente ha tratado de refutar en su escrito de demanda, si bien el Abogado del Estado ha apelado también en su contestación a la demanda a los referidos antecedentes penales como motivo para desestimar el recurso y confirmar la resolución puesta en tela de juicio.

Visto cuanto antecede, podemos adelantar ya la suerte estimatoria del actual recurso.

Es de observar que en el expediente administrativo origen de la litis concurre una peculiaridad que convierte en problemática la determinación de la fecha inicial del referido procedimiento, cuya peculiaridad consiste en que el interesado compareció en el Registro Único de Madrid para solicitar la nacionalidad el 18-10-2007, si bien entonces no se procedió a la incoación del correspondiente expediente gubernativo, sino que se citó al hoy recurrente a tal efecto para el 5-3-2008, en cuya fecha compareció de nuevo el interesado con la pertinente documentación y se dictó providencia acordando la incoación del expediente, ratificándose también en esta última data el interesado en su solicitud. La realidad del caso presente nos ofrece, pues, dos posibles fechas en relación con el inicio del expediente administrativo, cuya disyuntiva ha de resolverse en favor del primero de los susodichos hitos temporales pues ya entonces (el 18-10-2007) el interesado compareció expresando su voluntad de solicitar la nacionalidad, sin que conste que la falta de incoación formal en dicha fecha del expediente gubernativo fuera debido a causas imputables al interesado, que fue citado al efecto para el 5-3-2008, en cuya fecha compareció de nuevo, se ratificó en su solicitud y fue incoado el procedimiento administrativo. Ahora bien, la incoación formal del expediente en esta última data (el 5-3-2008) no puede derivar en perjuicio del interesado pues aquella dilación desde el 18-10-2007 hasta el 5-3-2008 parece que obedeció a la propia dinámica de funcionamiento de la Administración demandada, que al parecer por exigencias de su propia organización y ajenas al aquí demandante no le citó para tramitar la solicitud hasta esta última fecha.

En definitiva, manifestada la voluntad de solicitar la nacionalidad por el interesado ya el 18-10-2007, y no incoándose, sin embargo, el expediente hasta el 5-3- 2008 por causas imputables a la propia Administración demandada, es de entender que la fecha de inicio del procedimiento administrativo debe ir referida a los efectos que ahora interesa a la primitiva de 18-10-2007, en cuya fecha el ahora recurrente tenía en vigor un permiso de trabajo y residencia que le vencía el 11-12- 2007, por lo que gozaba de residencia legal y del tiempo de residencia necesario en función de su condición de iberoamericano, sin que pueda retrasarse la fecha a considerar a la incoación formal del procedimiento pues supondría revertir las propias dificultades organizativas de la Administración en perjuicio del interesado, ajeno a las mismas.



Cuanto acabamos de consignar supone el desvanecimiento de la motivación del acto recurrido, que así, privado de su sostén, debe ser anulado.

Debemos añadir lo siguiente. El Abogado del Estado en su contestación a la demanda trata de reafirmar el acto combatido apelando a los antecedentes penales de la parte actora, cuyos antecedentes son enteramente extraños a la resolución recurrida, que se fundó únicamente en negar el requisito de la residencia legal del interesado. Recordamos hic et nunc que el demandante fue condenado por sentencia de conformidad de 27-3-2006 como autor de un delito contra la seguridad del tráfico y dos delitos de imprudencia grave a las penas de cuatro meses de prisión y privación del permiso de conducir por dos años. Estos antecedentes penales hubieran podido fundar la resolución recurrida de 5-10-2010, pero lo cierto es que la Administración los omitió al motivar su resolución denegatoria, que se basó única y exclusivamente en el requisito de la residencia legal. El Abogado del Estado trata de suplir en su contestación a la demanda la referida omisión en la resolución impugnada, pero dicho recurso dialéctico de la representación procesal de la Administración demandada no puede reconvertir o dar vida a un nuevo acto administrativo con una motivación adicional y reforzada de la que carece la resolución que constituye el objeto del actual proceso. En el presente recurso contencioso-administrativo se impugna la resolución del Ministerio de Justicia de 5-10-2010, cuya impugnación puede plantear los diversos aspectos o temas parciales que se envuelven en la temática más amplia de la residencia legal, cuya temática define los límites del thema decidendi del actual proceso, al que resulta extraño la temática de los antecedentes penales que indebidamente trata de introducir en el debate el Abogado del Estado pues los mismos son ajenos a la motivación del acto recurrido, cuya motivación en materia de nacionalidad configura e imprime carácter al acto administrativo, de tal modo que al apelar a los antecedentes penales del recurrente la representación de la demandada está tratando de defender un acto que pudo ser y que no fue pues la resolución que contemplamos y hemos de enjuiciar se limitó a denegar la nacionalidad exclusivamente con fundamento en la negación del requisito de la residencia legal, cuya motivación no aparece conforme a Derecho según lo consignado más atrás, sin que la Sala pueda introducir en el debate aquellos antecedentes penales en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 33.2 de la LJ pues con ello no estaría introduciendo un motivo susceptible de fundar la oposición al recurso, sino que estaría desbordando los límites propios de la temática decisoria que vienen dados por la resolución de nacionalidad en la forma en que fue dictada por la Administración, de donde que, en suma, proceda la anulación del acto administrativo y la estimación del presente recurso."

A la vista de esos razonamientos se formula el presente recurso por la Abogacía del Estado que se funda, como ya se dijo, en un único motivo, por la vía casacional que autoriza el artículo 88.1º.d) de la Ley Jurisdiccional, al considerar que con la decisión de instancia se vulnera el artículo 22 del Código Civil, en su apartados primero, tercero y cuarto. Se suplica que esta Sala estime el presente recurso de casación, anule la sentencia recurrida y, dictando otra en sustitución, desestime el recurso contencioso-administrativo originariamente impugnado y confirme la resolución administrativa impugnada.

Se aduce en los últimos párrafos del escrito de interposición la necesidad de que, en todo caso, de aceptarse los argumentos de la sentencia de instancia en relación al aspecto temporal de la decisión impugnada, lo procedente no es conceder la nacionalidad que se denegó en vía administrativa, sino la retroacción del expediente para que la Administración pueda resolver sobre dicha concesión, examinando la concurrencia de los restantes presupuestos que se impone en el precepto en que se funda el motivo.

Ha comparecido y se opone a la estimación del motivo, el ya mencionado recurrente en la instancia, Don Ambrosio .

SEGUNDO .- El examen de las cuestiones que se suscitan en este recurso ha de comenzar por recordar que la crítica a la sentencia de instancia es haber vulnerado los antes mencionado párrafos del artículo 22 del Código Civil, a cuyo tenor y en lo que ahora interesa, el presupuesto de la residencia legal en España de quien interesa obtener nuestra nacionalidad, ha de ser, además de legal y continuada, "*inmediatamente anterior a la petición*", según exigencia del párrafo tercero del mencionado precepto legal. Lo que se aduce en el razonar del motivo es que la sentencia de instancia parte del error de considerar que los requisitos para la concesión de la nacionalidad habían de concurrir al momento en que se presentó la solicitud por el interesado y no al momento en que se resolvió dicha petición por la Administración. Se razona que es esta segunda fecha la que ha de considerarse para apreciar los presupuestos del otorgamiento de nacionalidad y se concluye que en la misma no concurrían tales presupuestos, en concreto, el de la residencia en España, en contra del criterio sostenido por la Sala de instancia que, apreciando los presupuestos a la fecha de la solicitud, considera que si concurrían.

Se añade un nuevo argumento de carácter subsidiario en el recurso, porque se considera por la defensa de la Administración que de aceptarse la decisión de la Sala de instancia, lo procedente no habría sido conceder ya directamente la nacionalidad en la sentencia, sino, deberá entenderse, retrotraer el expediente al momento



de su decisión para que la Administración pueda constatar la concurrencia de los demás presupuestos para conceder la nacionalidad, además del de la residencia.

TERCERO .- Suscitado el debate en la forma expuesta, se declara acreditado por la sentencia de instancia, sin que se cuestione en este recurso, que el solicitante había pedido la nacionalidad española en instancia normalizada presentada el día 18 de octubre de 2007, no procediéndose a la incoación del correspondiente procedimiento por la Administración hasta el día 5 de marzo de 2008. Como se declara en la sentencia de instancia, la demora en la incoación del procedimiento no fue imputable al solicitante, porque la resolución denegatoria de la petición no se dicta hasta el día 6 de octubre de 2010.

Ese tiempo transcurrido entre petición y decisión es de indudable trascendencia para el debate suscitado porque al solicitante le fue denegado el permiso de residencia mediante resolución de 10 de marzo de 2008, esto es, con posterioridad a la presentación de la solicitud y antes de que la Administración resolviese; y esa decisión comportaba que ya su estancia dejaba de ser legal en España.

Ante ese panorama lo que se argumenta en el motivo casacional es que de no aplicarse las condiciones del recurrente al momento de resolver, se estaría produciendo una retroactividad de grado medio, que estaría proscrita en el presente supuesto.

Suscitado el debate en la forma expuesta el argumento no puede ser acogido y esta Sala casacional ha de mantener el criterio de la Sala de instancia, de que en el presente caso las condiciones, en relación con la residencia legal que impone el mencionado artículo 22 del Código Civil, han apreciarse conforme a lo que resulte al momento de la petición. Y ello no solo por las razones que se exponen en la sentencia de instancia, porque sin perjuicio de la polémica que pueda suscitarse sobre si los órganos administrativos han de resolver las peticiones de los interesados conforme a las condiciones concurrente cuando se presenta dicha solicitud o cuando la Administración deba de resolver; es lo cierto que si el precepto de nuestro Primer Texto Legal de derecho privado impone que la residencia ha de ser *"inmediatamente anterior a la petición"*, los términos del precepto, primer criterio interpretativo que impone el artículo 3 del Código Civil, no ofrecen duda de cuando ha de apreciarse esa exigencia de la residencia, que no es el otro que el anterior a la solicitud, con independencia de las vicisitudes que el procedimiento para la concesión pueda propiciar en relación con dicha exigencia. Máxime si, como se razona en la sentencia de instancia, la importante demora en la tramitación del procedimiento fue ajena a la actuación de interesados, no pudiendo dejarse a la discrecionalidad -o arbitrariedad- de la Administración demorar la tramitación de un procedimiento con perjuicio para el interesado. De aceptarse el argumento de la defensa de la Administración cabría la posibilidad que una alteración de las condiciones concurrentes al momento de la solicitud producida hacía más de dos años, impediría la eficacia de un derecho reconocido por el Legislador, como habría sucedido en el caso de autos.

Ese es el criterio sostenido por la jurisprudencia porque, como declaramos en la sentencia de 11 de mayo de 2010 (recurso de casación 1078/2007) *"el apartado tercero del artículo 22 del Código Civil exige que la residencia legal de al menos diez años sea <<inmediatamente anterior a la petición>>, exigencia que de ningún modo puede calificarse de concepto jurídico indeterminado. Una cosa o es inmediatamente anterior a otra o no lo es, sin que a este respecto quepan zonas grises o de incertidumbre."*

Y nada tiene que ver con lo razonado anteriormente la doctrina sobre la retroactividad media, porque dicha institución está prevista para la eficacia de las normas, que pueden, o no, desplegar sus efectos a situaciones generadas con anterioridad a su entrada en vigor, pero en el presente supuesto el debate se centra en los hechos, como presupuesto de una norma cuya vigencia nadie discute, y si esos hechos han de ser apreciados en uno u otro momento, dejando inalterable la norma aplicable.

Las razones expuestas obligan a rechazar los argumentos que, con carácter preferente, se aducen en el único motivo del recurso.

CUARTO .- La desestimación del primero de los argumentos en que se funda el recurso, comporta la necesidad de examinar el segundo de ellos que, como ya dijimos, se refiere a la circunstancia de que si resultase procedente estimar que concurre el presupuesto del otorgamiento de la nacionalidad por el transcurso del plazo de residencia, debería constatarse la concurrencia de los restantes presupuestos para el otorgamiento de la nacionalidad, de donde se concluye que realmente lo que se está interesando por la parte recurrente es que, estimando el motivo, se procediese dictar sentencia en el sentido de ordenar la retroacción del procedimiento administrativo, dando oportunidad a la Administración a constatar la concurrencia de los restantes presupuestos para dicha concesión y, en su caso, proceder a la denegación de no concurrir los mismos.

Esta cuestión, como ya vimos, fue examinada por la Sala de instancia, considerando que al fundarse la resolución denegatoria exclusivamente en la no concurrencia de la residencia, se ha cerrado ya la posibilidad,



al estimarse la pretensión, de hacer un nuevo pronunciamiento administrativo dando oportunidad de denegar la nacionalidad por otros motivos.

Suscitado el debate en la forma expuesta, hemos de aceptar con la Sala de instancia, que en modo alguno procede ordenar la retroacción del procedimiento para dar oportunidad a la Administración que se pronuncie nuevamente sobre la solicitud del interesado, esta vez, deberá entenderse, que aceptando la concurrencia de la residencia, ya firme en vía contenciosa, pero permitiendo examinar otros presupuestos para el otorgamiento de la nacionalidad. Esa posibilidad de retroacción del procedimiento, si bien pudiera ser admisible cuando se aprecien omisiones esenciales de procedimiento, en modo alguno procede cuando la decisión de la Administración lo ha sido por cuestiones materiales que afectan al derecho debatido en el procedimiento administrativo en que se dicta el acto que constituye el objeto del proceso.

Abrir esa posibilidad afectaría de manera palmaria al derecho a la tutela judicial efectiva que se reconoce a todos los ciudadanos en el artículo 24 de la Constitución y haría baladí el derecho del control de la potestad administrativa por los Tribunales que se impone en el artículo 106 de la Constitución .

Incluso cabría añadir a los argumentos que se esgrimen por la Abogacía del Estado en orden a los antecedentes penales del interesados y su relación con la necesidad de acreditar la buena conducta cívica que exige el párrafo cuarto del artículo 22, que dichos antecedentes figuraban en el procedimiento y no se les prestó atención alguna por la Administración. Es decir, se deja sin explicar la relevancia que ahora se pretende dar a dichos antecedentes cuando ya fueron conocidos en la vía administrativa y se omitieron en su valoración sobre la procedencia del derecho reclamado. Máxime cuando la existencia de antecedentes no comporta necesariamente excluir dicha exigencia -tampoco su ausencia impide apreciarla-, como tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala -por todas, sentencia de 29 de octubre de 2010, recurso de casación 3381/2007 - lo que remite el debate sobre la petición de retroacción a pretender hacer ahora una nueva valoración de los hechos que ya constaban en el procedimiento.

QUINTO .- La desestimación íntegra del presente recurso de casación determina, en aplicación del artículo 139 de la Ley Jurisdiccional , la imposición de las costas del mismo a la Administración recurrente, si bien la Sala, haciendo uso de las facultades reconocidas en el párrafo tercero del mencionado precepto y atendidas las circunstancias del caso, señala en cuatro mil euros (4000 €) la cantidad máxima a repercutir por todos los conceptos.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere la Constitución.

FALLAMOS

No ha lugar al presente recurso de casación número 3025/2012, promovido por la Abogacía del Estado en nombre de la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, contra la sentencia de fecha 28 de junio de 2012, dictada en el recurso nº 714/10, por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ; con expresa condena en cuanto a las costas a la Administración recurrente, hasta el límite señalado en el último fundamento.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos , lo pronunciamos, mandamos y firmamos, haciendo constar que es firme y no procede interponer recurso alguno.