

**Roj:** SAN 3605/2017 - **ECLI:**ES:AN:2017:3605  
**Órgano:** Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso  
**Sede:** Madrid  
**Sección:** 3  
**Nº de Recurso:** 779/2016  
**Nº de Resolución:**  
**Fecha de Resolución:** 21/09/2017  
**Procedimiento:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO  
**Ponente:** ISABEL GARCIA GARCIA-BLANCO  
**Tipo de Resolución:** Sentencia

**Resumen:**

OTROS

---

**Encabezamiento**

**A U D I E N C I A N A C I O N A L**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**SECCIÓN TERCERA**

**Núm. de Recurso:** 0000779 / 2016

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 05044/2016

**Demandante:** ABOGADO DEL ESTADO

**Procurador:** D. JUAN PEDRO MARCOS MORENO

**Letrado:** D<sup>ña</sup>. AINHOA MANERO BENAVENTE

**Demandado:** MINISTERIO DE JUSTICIA

**Abogado Del Estado**

**Ponente IIma. Sra.:** D<sup>a</sup>. ISABEL GARCÍA GARCÍA BLANCO

**SENTENCIA**<sup>º</sup>:

**IImo. Sr. Presidente:**

D. FRANCISCO DÍAZ FRAILE

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

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

D<sup>ª</sup>. LUCÍA ACÍN AGUADO

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

Madrid, a veintiuno de septiembre de dos mil diecisiete.

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 **779/2016** , se tramita a instancia del **Abogado del Estado (MINISTERIO DE JUSTICIA)** , actuando como demandada **D<sup>ña</sup>. Rosana** representado por el Procurador D. Juan Pedro Marcos Moreno y asistido por la Letrado D<sup>ña</sup>. Ainhoa Manero Benavente contra Resolución de la DGRN, adoptada por delegación del Ministro de Justicia, de 24-4-2013 por la que se acuerda conceder la nacionalidad española por residencia a D. Rosana.

### **AN TECEDENTES DE HECHO**

**1** .- La parte indicada interpuso en fecha 28/9/2016 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 24 de abril de 2013, por la que se concede la nacionalidad española a D<sup>ª</sup>. Rosana, y por presentada demanda, 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 al Procurador del demandado 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 con sus copias, tenga por contestada la demanda y tras los trámites oportunos, inadmita el recurso interpuesto por el Abogado del Estado, o en su defecto lo desestime con imposición de costas a la Administración .

**3** .- Mediante Auto de fecha 27 de marzo de 2017 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, concretaron sus posiciones y reiteraron sus respectivas pretensiones

Por providencia de 7 de septiembre de 2017 se hizo señalamiento para votación y fallo el día 19 de septiembre de 2017, 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 D<sup>ª</sup> ISABEL GARCÍA GARCÍA BLANCO.

### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**1.-** En el presente recurso se impugna la resolución, de la DGRN, adoptada por delegación del Ministro de Justicia, de 24-4-2013 por la que se acuerda conceder la nacionalidad española por residencia a D. Rosana.

Dicha resolución ha sido declarada lesiva para los intereses públicos por Acuerdo del Consejo de Ministros de 1-7-2016 sobre la base fáctica de que se constata que la concesión de nacionalidad por residencia había sido otorgada al amparo de una autorización distinta de la de residencia y trabajo ya que la interesada, en el momento de ratificar su solicitud de nacionalidad (11-5-2012), se encontraba residiendo en territorio español en régimen de estancia por estudios (de hecho, durante su permanencia en España, solo había gozado de una estancia por estudios desde 2-2-2009, con sucesivas prórrogas, hasta el 31-10-2012).

**2.-** En primer lugar se alega en la demanda la existencia de un *ACTO NULO DE PLENO DERECHO Y POR TANTO OBLIGACIÓN DE SEGUIR EL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 102 DE LA LEY 30/1992, DE 26 DE NOVIEMBRE, DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN* (sic).

En la demanda, sobre la base argumental de que la residencia legal y continuada es un requisito esencial para la obtención de la nacionalidad española por residencia, valorando dicho requisito en el marco del art. 62.1.f) de la LRJ-PAC30/1992, se defiende que se estaría ante un caso de nulidad de pleno derecho y ... si la Administración defiende que se debe revocar la nacionalidad española por residencia a mi representada debido a que no cumple el requisito de residencia, la concesión de esta fue un acto nulo de pleno derecho cuya revisión se debe llevar a cabo siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, debiendo esta Sala inadmitir el presente recurso. (sic).

Si bien no sería aceptable que frente a un acto declarativo de derechos meramente anulable por incurrir en infracción del ordenamiento jurídico la Administración se sustrajese de las exigencias y limitaciones que supone la declaración de lesividad y procediera directamente a una revisión de oficio en cualquier momento, no ocurre lo mismo al contrario ante el principio que lo más comprende lo menos y dada la autolimitación que se impone la Administración acudiendo al procedimiento de lesividad con los límites y requisitos que el mismo implica.

En el ámbito de la teoría general del derecho administrativo se distingue entre revisión de oficio y revocación de actos administrativos y mientras la primera existe cuando la modificación del acto procede por motivos de legalidad y con relación a actos declarativos de derechos la revocación acontece por motivos de oportunidad y en relación con actos de gravamen.

Así, mientras los actos declarativos de derechos, los que reconocen una situación de ventaja para sus destinatarios, son irrevocables, como corolario del principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, y tan solo pueden ser revisados por motivos de legalidad en los supuestos y de acuerdo al procedimiento previsto en los artículos 102 y 103 de la LRJ-PAC (actuales art. 106 y 107 de la LPAC39/2015). Por el contrario, el art. 105 de dicha norma (actual art. 109-1 de la LPAC39/2015) permite la revocación de los actos desfavorables o restrictivos de derechos por razones de oportunidad o conveniencia para el interés público, estableciéndose tan solo a unos límites generales - inspirados en el intento de evitar

una dispensación singular del ordenamiento jurídico, el diferente trato ante situaciones iguales, el perjuicio al interés público o una forma encubierta de infringir el ordenamiento jurídico ( *siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico* ) - , no está sujeta a plazo ( *en cualquier momento* ) ni a un determinado procedimiento. En definitiva, nuestro ordenamiento jurídico permite la supresión de un acto restrictivo de derechos con menos cautelas, procedimentales y de fondo, que las previstas para la revisión de actos favorables.

Centrándonos en los actos favorables, la revisión de oficio de los actos declarativos de derechos no puede darse fuera de los supuestos del art. 102 LRJ-PAC (art. 106 de la LPAC39/2015) - actos nulos de pleno derecho - y art. 105-2 LRJ-PAC (art. 109-2 de la LPAC39/2015) - rectificación de errores materiales o de hecho y aritméticos.

Por tanto fuera de estos casos, la Administración no puede anular de oficio sus actos declarativos de derechos ya que la anulación en estos casos precisa de la previa declaración de lesividad y su posterior impugnación en vía contencioso administrativa (art. 103 LRJ-PAC art. 107 de la LPAC39/2015). También aquí son mayores las restricciones y garantías en el caso de la lesividad ya que a diferencia de lo que ocurre en la revisión de oficio donde la Administración tiene facultad resolutoria propia pudiendo actuar directamente, motu proprio o a solicitud de interesado, y sin limitación temporal (en cualquier momento), en la lesividad la Administración ha de promover la revisión judicial del acto pues se exige la interposición del recurso contencioso administrativo por parte de la Administración contra sus propios actos, recurso donde se dilucidará si efectivamente concurre o no motivo para la eliminación del acto de que se trate y que, como requisito de procedibilidad, exige que previamente que el acto haya sido declarado lesivo dentro de una limitación temporal ( *dentro de los cuatro años desde que se dictó el acto administrativo* ) y solo puede iniciarse de oficio.

Es por ello que, en mera hipótesis recursiva, si el acto aquí recurrido (concesión de la nacionalidad española a quién no cumplía con el requisito de la residencia legal y continuada en el momento de su solicitud existiendo un innegable interés público en que la nacionalidad no se conceda sino a quién reúne los requisitos para ello dada la trascendencia pública que tiene la nacionalidad española en cuanto a los derechos de diversa índole, especialmente políticos, que la misma confiere), en lugar de considerarse meramente anulable por concurrir en él *cualquier infracción del ordenamiento jurídico* ex art. 63.1 LRJ-PAC (art. 48.1 de la LPAC39/2015) hubiera de considerarse como nulo de pleno derecho ante el carácter esencial de la infracción del ordenamiento jurídico en el marco del art. 62.1.f) de la LRJ-PAC (art. 47.1.f) de la LPAC39/2015) que viene a considerar nulos de pleno derecho: *Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición* . , y la Administración en lugar de utilizar el procedimiento de la revisión de oficio acude a una lesividad, con las garantías y limitaciones que la misma implica, no existe motivo alguno para inadmitir el recurso y menos aún para desestimarla constatada la infracción del ordenamiento jurídico.

**3.-** En cuanto a lo que es propiamente el fondo del asunto, ha de examinarse si la resolución cuya anulación se pretende es lesiva para el interés público e incurre en infracción del ordenamiento jurídico.

Nada añade al caso, como hemos visto, que dicha infracción haya de calificarse

como esencial salvo lo que puede implicar en cuanto a que la parte actora viene a reconocer que no puede darse la nacionalidad española por residencia a quién no cumple con uno de sus requisitos básicos. Evidentemente es un acto favorable y concurre el interés público ya descrito en el fundamento jurídico antecedente.

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 la cuestión se centra en el requisito de la residencia *legal, continuada e inmediatamente anterior* a la solicitud. De acuerdo con la documental del expediente, la solicitud se efectúa el **11-5-2012**, siendo la recurrente nacional de REPÚBLICA DOMINICANA (se le exigen DOS años), y gozando de estancia por estudios, desde el 2-2-2009, con sucesivas prórrogas anuales, hasta el 31-10-2012.

Ello lleva a concluir que durante el 100% del tiempo de residencia legal que le es exigible solo gozaba de este régimen legal de permanencia basado en autorizaciones de estancia por estudios.

**4.-** Pues bien, el cumplimiento de tal requisito objetivo exige la concurrencia de las tres circunstancias de:

a) legalidad de la residencia,

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 ni por tanto haya lugar a plantearnos la posible adquisición de la nacionalidad española con base a la residencia iniciada tras la concesión y adquisición de la nacionalidad española subsecuente a la resolución recurrida).

En el supuesto enjuiciado, la cuestión se centra en determinar si se considera *residencia legal* en España a los efectos de adquirir la nacionalidad, la permanencia en territorio nacional de la recurrente durante el tiempo que estuvo amparada por sucesivas estancias por estudios y sobre la premisa, incuestionable, de que dicha *permanencia* ha sido legal en cuanto a que ha venido amparada por autorizaciones en el marco de la ley de extranjería.

Desde luego no lo es la simple permanencia en el territorio que pueda resultar de otros documentos públicos o privados, como un empadronamiento, un contrato de depósito bancario, etc... *Por otra parte, la inscripción en el padrón no constituye un título de residencia legal en España. Dicha inscripción únicamente acredita que la persona inscrita reside habitualmente en el municipio correspondiente ( art. 15 de la Ley de Bases de Régimen Local ), pero nada más, pues el empadronamiento no presupone ni determina el carácter legal de la permanencia en España con arreglo a la normativa de extranjería. La residencia legal a que se refiere el artículo 22 Cc se*

*adquiere por la obtención del permiso de residencia que corresponda a la situación personal del extranjero interesado, expedido por los órganos competentes de la Administración General del Estado . (S. TS de 28-11- 2011 Recurso Núm .: 510 /2009)*

Ya hemos visto que, normativamente, se exige que el plazo de residencia legal, en este caso dos años como nacional de país iberoamericano, se cumpla de forma inmediatamente anterior a la solicitud y de ahí que no pueda atenderse, para completarlo, al plazo posterior a la solicitud que también aparezca cubierto por permisos de residencia, y que haya transcurrido durante la tramitación del expediente, incluida su impugnación ya sea en vía administrativa o judicial, que no es el caso ya que la recurrente nunca ha estado documentada en un régimen distinto al de estancia por estudios (ha de estar a la fecha de la petición de nacionalidad S. TS 21-03-2006 Rec. 189/2002) y sin perjuicio de que la recurrente, a fecha de la presente, estuviera ya en disposición de formular una nueva solicitud a la que en principio no se le pudiera objetar nada en cuanto a la residencia legal. Esto último no compete decidirlo a esta Sala en el procedimiento instaurado ya que no guarda relación con el objeto recursivo. Se trata únicamente de ver si la resolución por la cual se le concedió la nacionalidad española por residencia se acomodaba o no a las exigencias legales en uno de los requisitos.

De otro lado, en cuanto a suficiencia de la simple la permanencia legal en territorio español amparada por autorización para estudios, la respuesta es negativa atendiendo a que la obtención de la nacionalidad está sujeta a derecho interno (hasta la fecha no existe una ciudadanía europea sujeta a normas armonizadas) y atendiendo a la configuración jurisprudencial que se ha efectuado en relación al requisito de la residencia legal para adquisición de la misma ya que la normativa de extranjería aplicable al caso de autos, constituida por la **Ley Orgánica 4/2000** , de 11 de enero, establece en su art. 29-3 *que son extranjeros residentes los que hayan obtenido un permiso de residencia temporal o de residencia permanente* , y se diferencia nítidamente la situación de mera estancia en general y la autorización de estancia por estudios en particular, esta última regulada en el art. 33 de la citada norma 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 anterior Reglamento aprobado por **RD 2393/2004** , que era el que estaba en vigor cuando se tramitaron los permisos de la recurrente, en congruencia con la Ley, regulaba la autorización de estancia por estudios en los arts. 85 y siguientes en un Título diferente al de residencia, con una regulación específica y en su art. 85-2 señalaba que: *El visado de estudios habilita al extranjero a permanecer en España en situación de estancia para la realización de cursos, estudios, trabajos de investigación o formación. La duración de dicha estancia será igual a la del curso para el que esté matriculado o, en su caso, del trabajo de investigación que desarrolle. Será causa de la extinción de su vigencia el cese en la actividad para la que fue concedido .*

Estas diferentes situaciones de permanencia legal son igualmente patentes en el vigente Reglamento aprobado por **RD 557/2011** de 20 abril 2011 que viene a regular la llamada *autorización de estancia por estudios, movilidad de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado* singularizadamente dentro del Título III referido a la estancia en España (artículos del 37 al 42), mientras que la situación de *Residencia temporal y trabajo para investigación* está ubicada dentro del Título IV referente a la residencia temporal.

El art. 37 del Reglamento de extranjería aprobado por RD 557/2011 señala que:

*1. Será titular de una autorización de estancia el extranjero que haya sido habilitado a permanecer en España por un periodo superior a noventa días con el fin único o principal de llevar a cabo alguna de las siguientes actividades de carácter no laboral :*

*a) Realización o ampliación de estudios en un centro de enseñanza autorizado en España, en un programa de tiempo completo, que conduzca a la obtención de un título o certificado de estudios.*

*b) Realización de actividades de investigación o formación, sin perjuicio del régimen especial de investigadores .*

*c) Participación en un programa de movilidad de alumnos, para seguir un programa de enseñanza secundaria y/o bachillerato en un centro docente o científico oficialmente reconocido.*

*d) Realización de prácticas no laborales en un organismo o entidad pública o privada.*

*e) Prestación de un servicio de voluntariado dentro de un programa que persiga objetivos de interés general.*

*2. El visado de estudios incorporará la autorización de estancia y habilitará al extranjero a permanecer en España en situación de estancia para la realización de la actividad respecto a la que se haya concedido.*

*3. La duración de la estancia será igual a la de la actividad respecto a la que se concedió la autorización, con el límite máximo de un año, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 40 de este Reglamento. < o:p>*

Así, hoy por hoy, la estancia se singulariza en su vinculación con actividades de carácter no laboral, con aquella concreta para la que se solicitó y concedió, y en su temporalidad que viene determinada, precisamente, por la limitada duración de la actividad con la que está vinculada su concesión.

Vemos que, en lo que interesa al caso, en el vigente Reglamento de extranjería RD 557/2011, mientras en el Título III, dedicado a la estancia, se introducen reformas derivadas de la normativa comunitaria, así como se lleva a cabo la transposición de la **Directiva del Consejo 2004/114/CE** , relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado (conocida como Directiva de estudiantes), en el Título IV, referente a la residencia temporal, recoge transposición de la Directiva de investigadores, **Directiva 2005/71/CE del Consejo** , de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica, así como la Directiva de profesionales altamente cualificados o Tarjeta azul, **Directiva 2009/50/CE del Consejo** , de 25 de Mayo de 2009.

La reciente **Directiva (UE) 2016/801** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, con fecha de transposición el 23 de mayo de 2018, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación au pair , viene establecida con la finalidad de refundir, introduciendo una serie de modificaciones, las Directivas 2004/114/CE y

2005/71/CE del Consejo, y, aun partiendo del principio de igualdad de trato con los nacionales y aun consagrando que los estudiantes estén autorizados a trabajar durante sus estudios, lo hace sobre la base de que estos solicitan la admisión al territorio de los Estados miembros para continuar sus estudios como actividad principal a tiempo completo, y concluye en que debe serles concedido acceso, durante el tiempo que duren sus estudios, al mercado laboral del Estado miembro en el que cursen estudios, aunque no obstante, en circunstancias excepcionales, los Estados miembros deben poder tener en cuenta la situación de sus mercados de trabajo nacionales.

Así las cosas, pese a que con el tiempo se vaya difuminando una de las notas propias de la autorización de estancia por estudios, la permanencia en España amparada en la tarjeta de estudiante o ahora en una autorización de estancia para cursar estudios no puede considerarse que reúna las notas particularizadamente exigidas a la residencia a los efectos de entender cumplido el requisito de *residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición* previsto en el art. 22-3 del CC para la adquisición de la nacionalidad.

Este es un criterio jurisprudencialmente asentado (entre otras S. TS de 22-12-2003, recurso de unificación de doctrina 4694/1999) que no puede verse enturbiado por el hecho de que a los efectos del Reglamento (CE ) nº 1030/2002 del Consejo, de 13 de junio de 2002, por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países, formato al que se remite la Directiva (UE) 2016/801 exigiendo la indicación de los términos «investigador», «estudiante», «alumno», «persona en prácticas», «voluntario» u «au pair», se disponga que por *permiso de residencia* haya de entenderse, genéricamente, *cualquier autorización expedida por las autoridades de un Estado miembro por la que se permita a un nacional de un tercer país permanecer legalmente en su territorio* . No se niega que la permanencia en España bajo una autorización de estancia por estudios dé lugar a una permanencia legal sino que se concluye en que este régimen legal no da cumplimiento a las exigencias de la residencia legal para adquirir la nacionalidad por residencia en el marco de nuestro derecho interno.

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 regirá, 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 -.*

*Ensentencia 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 elTS 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 por muy legal que sea dicha estancia.*

*Citaremos también elAuto del TS de 18-1-2017 (Recurso nº 2248/2016), que inadmite el recurso de casación interpuesto contra lasentencia de esta Sala y Sección*

de 15-3-2016, recurso 264/2015, y que, tras valorar la defectuosa formulación del recurso, en lo que interesaba a la cuestión de fondo centrada en la posibilidad del cómputo de la estancia de estudios a los efectos de adquisición de la nacionalidad por residencia, viene a señalar, reafirmando la posición negativa al respecto de nuestro Alto Tribunal, que: CUARTO.- A mayor abundamiento, y aunque el recurso de casación se hubiese interpuesto conforme a la normativa de aplicación, el recurso de casación estaría abocado a su inadmisión por carencia manifiesta de fundamento, de conformidad con el artículo 93.2.d) LJCA, y ello porque el recurrente invoca como jurisprudencia infringida tres sentencias cuya aplicabilidad al caso litigioso no procede (ATS de 15/01/2015, rec. 2533/2014, entre otros). Concretamente, las SSTS, sec 6ª, 22-2-2003, rec.9541/1998, (F. J. 2º), 25-1-2005, rec.4974/2001, (F. J. 5º) y 28-11-2011, rec.4845/2010) (F. J. 2º), las cuales recogen la doctrina referida al criterio de flexibilidad en el cómputo de residencia durante breves lapsos de tiempo, a los efectos de adquisición de la nacionalidad por residencia, teniendo nula virtualidad para el asunto en liza, consistente en la denegación del cómputo, a los mismos efectos, de la estancia de estudios, doctrina recogida, en las SSTS, sec 6ª, de 22 de diciembre de 2003 (rec. unificación de doctrina.4694/1999, (F. J. 2º) y de 4 de diciembre de 2009, (rec.7174/2005) (F. J. 3º), entre otras . (el añadido del subrayado para enfatizar)

Añadiremos que esta conclusión es lógica ya que la concesión de la nacionalidad por residencia parte de que la misma, siempre legal en cuanto a sustentada sobre autorizaciones administrativas en este ámbito, ha de implicar, de base, una potencialidad en la vinculación con el país del que se pretende ser nacional, previa a la solicitud, como punto de partida para dar sustento a un arraigo, a una integración y a un conocimiento del mismo y de ahí que la doctrina de la Sala del TS (por todas, S. TS Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 15 julio 2002 Recurso de Casación núm. 4290/1998) haya sido clara en que residencia legal continuada e inmediatamente anterior a la petición no quiere decir prohibición absoluta de salir del territorio nacional durante ese periodo, de modo que (S. TS Sala 3 Sec. 6ª 23-11-2000) la presencia física ocasional y por razones justificadas del 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. La última de las sentencias citadas hace hincapié en que no se puede confundir el concepto de residencia, entendido éste en sentido técnico jurídico de residencia determinante del domicilio y que por tanto debe ser entendida como residencia habitual, con el de presencia física. De ahí que si un residente legal en España se ausenta del territorio español por razón de estudios, la temporalidad de los mismos determina que no se entienda rota la continuidad de la residencia pues la efectividad y continuidad de la residencia deriva de la fijación real de domicilio en España y la vinculación al territorio en cuanto al medio de vida, desarrollo de las relaciones personales, familiares, sociales, administrativas y demás que conforman el régimen de vida del interesado, que no se desvirtúan por el hecho de que, sin desvincularse de tal relación con el territorio, haya de permanecer en el extranjero por razones de trabajo o estudios. A la inversa, el extranjero que se desplaza a España y permanece legalmente bajo un régimen temporal de estudios, no ve rota su vinculación con su país de origen sobre la base de la temporalidad que impone el limitado objeto de su desplazamiento.

De ahí que si bien estancia y residencia son regímenes regulares y por tanto legales de permanencia en el territorio Español en cuanto a que ambos tienen entronque legal en la legislación de extranjería y en las directivas comunitarias dando lugar a una *residencia legal*, sus consecuencias en el marco de la adquisición de la

nacionalidad española por residencia sean diferentes.

Por otro lado, lo anteriormente expuesto no se ve contradicho sino reforzado por el hecho que la estancia por estudios pueda servir para obtener antes la residencia permanente o de larga duración exart. 152 a) del RD 557/2011 minorando los plazos que se exigen y siempre sobre la base de una situación de residencia ( *Se computarán, a los efectos previstos en los párrafos anteriores, los periodos de permanencia en situación de estancia por estudios, movilidad de alumnos o prácticas no laborales, en el 50% de la duración total de los mismos, siempre que en el momento de la solicitud de la autorización de residencia de larga duración-UE, el extranjero se encuentre en situación de residencia en España .* ).

Como ya indicamos en nuestra sentencia de 12-7-2016 (recurso 906/2014): A su vez, esta interpretación resulta avalada por el artículo 23 de la Directiva 2004/114/CE(EDL 2004/184555), que dispone bajo el título Cómputo de plazos : Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 4 de la Directiva 2003/109/CE (EDL 2003/178495), los Estados miembros no estarán obligados a tener en cuenta el tiempo durante el cual el estudiante, alumno de un programa de intercambio, aprendiz no remunerado o voluntario ha residido como tal en su territorio, a efectos de la concesión de otros derechos, con arreglo a la legislación nacional, a los nacionales de terceros países afectados . La Directiva 2003/109/CE del Consejo de 25 de noviembre (EDL 2003/178495) relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, no es aplicable a los residentes por razones de estudios (artículo 3.2. a) de la Directiva 2003/109/ CE(EDL 2003/178495)) ni a los residentes de carácter temporal (au pair, temporeros, servicios transfronterizos etc). Pero se ocupa de aclarar que los estados miembros concederán el estatuto de residente de larga duración a los nacionales de terceros países que hayan residido legal e ininterrumpidamente en su territorio durante cinco años inmediatamente anteriores a la presentación de su solicitud correspondiente (artículo 4.1 de la Directiva 2003/109/CE(EDL 2003/178495)); Pero - dice el artículo 4.2 segundo- en los casos previstos en la letra a) del apartado 2 del artículo 3, cuando el nacional de un tercer país haya obtenido un título de residencia que le dé derecho a que se le conceda el estatuto de residente de larga duración, los periodos de residencia efectuados con fines de estudios o de formación profesional únicamente podrán contabilizarse al 50% para calcular el periodo a que se refiere el apartado 1 . Se deduce de esta norma que en el caso de la residencia por razón de estudios (artículo 3.2 a)) una vez que se obtenga el título de residencia que posibilita la residencia de larga duración, los periodos de residencia por razón de estudios podrán computarse uniéndose a los de residencia legal, computando aquellos al 50% para calcular el periodo del apartado 1. Quiere decir, que una vez obtenida la residencia mediante título que posibilite la residencia de larga duración, cabe entonces, computar los periodos de residencia por estudios, pero al 50%; lo que comporta que cada dos años computarían como uno. Este cómputo es apto para obtener la residencia de larga duración, sin proyección en otros derechos, como se deduce del artículo 24 de la Directiva 2004/114/CE(EDL 2004/184555).

Como vemos una cosa es que el tiempo avalado por autorizaciones de estudios pueda servir para obtener antes un permiso de larga duración por la vía de computar el 50% de su duración y siempre sobre la base de que se parta de un título de residencia que de derecho a ello (de base no es suficiente con una situación de estancia y de ahí que una estancia de estudios, movilidad de alumnos o prácticas no laborales, por muy larga que sea su duración, no pueda dar lugar directamente a un autorización de residencia de larga duración), y otra muy distinta el que el 50% de ese

tiempo pueda entenderse que da cumplimiento a las exigencias del CC, tal y como vienen jurisprudencialmente marcadas, para integrar una residencia legal de cara a obtener una nacionalidad por residencia y así poderse computar este 50% dentro de los plazos que vienen marcados en el art. 22-1y2 del CClo que, además, en el presente caso no tendría consecuencia alguna pues ya hemos visto que antes de solicitar la recurrente solo podía hacer valer estancias por estudios y no un título de residencia.

**5.-** En cuanto a la invocación que se hace en la demanda a los límites de la facultad revisora exart. 106 de la LRJ-PAC( *Las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes* ) en la exigencia de equilibrio entre el principio de legalidad y de seguridad jurídica y con especial referencia a su situación personal (profesional y familiar) de la recurrente.

Elart. 102 de la LRJ-PACestablece la posibilidad de proceder a la revisión de oficio sin sujeción a plazo (en cualquier momento), y en el art. 106 se establece la posibilidad de que su ejercicio se modere por la concurrencia de las circunstancias excepcionales que en él se prevén, limitándose la posibilidad de expulsar del ordenamiento jurídico un acto que incurre en un vicio de especial gravedad ponderando las circunstancias de todo orden concurrentes y los bienes jurídicos en juego. Esta previsión legal permite que los tribunales puedan controlar las facultades de revisión de oficio que puede ejercer la Administración, confiriéndoles un cierto margen de apreciación sobre la conveniencia de eliminación del acto cuando por el excesivo plazo transcurrido y la confianza creada en el tráfico jurídico y/o en terceros se considera que la eliminación del acto y de sus efectos es contraria a la buena fe o la equidad, entre otros factores.

Efectivamente, la revisión de los actos administrativos firmes se sitúa entre dos exigencias contrapuestas: el principio de legalidad, que postula la posibilidad de revocar actos cuando se constata su ilegalidad, y el principio de seguridad jurídica, que trata de garantizar que una determinada situación jurídica que se presenta como consolidada no pueda ser alterada en el futuro (S. TS de 1-3-2017; con cita de laS. TS de 17-1-2006; recurso 776/2001), y la existencia o no de estas circunstancias que prevé elartículo 106 de la ley 30/1992, y que suponen una excepción del principio general de inexistencia de plazo para solicitar la revisión de los actos nulos de pleno derecho, ha de ser examinada caso por caso (S. TS de 13-2-2012, recurso 6884/2009;13-4-2012, recurso 5646/2010;17-5-2012, recurso 4875/2010;25-5-2012, recurso 5117/2010; y13-5-2015; recurso 192/2014)

Los límites delart. 106 de la LRJ-PAC30/1992 son límites al ejercicio de las facultades de revisión pero no a las consecuencias de dicha revisión. De ahí que cuando concurren las circunstancias excepcionales previstas en elart. 106 de la Ley 30/92lo que procede es excluir la revisión y consecuentemente la declaración de nulidad del acto, pero si el Tribunal considera que la acción de revisión ha sido ejercida correctamente y procede declarar la nulidad de pleno derecho del acto en cuestión, lo que no puede es limitar los efectos de la nulidad apreciada desprovéyéndola de toda consecuencia jurídica (S TS 11-1-2017, rec. 1934/2014)

Elartículo 106 de la Ley 30/1992contempla dos requisitos acumulativos para prohibir la revisión de oficio, por un lado, la concurrencia de determinadas circunstancias (prescripción de acciones, tiempo transcurrido u otras circunstancias ), y por otro, que dichas circunstancias hagan que la revisión resulte contraria a la

equidad, la buena fe, el derecho de los particulares o las leyes.

Partiendo de que no estamos en una revisión de oficio del 102 de la LRJ-PAC, sino ante una lesividad del art. 103 de dicho texto legal, ha de reiterarse lo ya dicho al respecto en los autos dictados en la pieza separada de medidas cautelares en el sentido de la transcendencia que tiene la concesión de la nacionalidad española en especial en cuanto al estatuto de ciudadanía política que confiere, el que la ley prevé un plazo de cuatro años para que la Administración pueda reaccionar contra los actos favorables que infrinjan la legalidad (en este caso se reacciona en menos de dos años), y que, en el particular del caso, la Administración no ha permanecido de forma injustificadamente pasiva e inactiva una vez que tuvo conocimiento de la indebida concesión de la nacionalidad española por residencia a la recurrente por lo que ni aun situándonos en una revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho el ejercicio de la acción podría ser tachado de contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes.

En el auto de fecha 13-2-2017, al resolver la reposición contra el auto de fecha 13-12-2016 indicábamos:

*&l t;< En la resolución recurrida, igualmente, se detalla como la Administración no puede entenderse consentidora de una supuesta situación de hecho a los efectos del art. 728 de la LECivil aplicable con carácter supletorio a nuestra jurisdicción en virtud de su artículo 4 y de la Disposición Final Primera de la LJCA 29/1998 . Estamos ante una demanda de lesividad que parte de la existencia de un acto favorable para el administrado (indudablemente lo es una resolución del Ministro de Justicia reconociendo el derecho a adquirir la nacionalidad española por residencia). La resolución impugnada es de abril de 2013 y la incoación del procedimiento de lesividad se produce en marzo de 2016. De aceptarse el criterio de la recurrente no podrían darse en ningún caso medidas cautelares en demandas de lesividad (siempre habría situaciones de hecho establecidas con base al acto administrativo cuestionado) cuando es la propia ley la que establece el plazo de 4 años para que la Administración pueda reaccionar frente a sus propios actos favorables en los que concurra alguna causa de anulabilidad (en el auto recurrido se recogen ejemplos resueltos por el TS sin que se cuestionara la posibilidad de plantear medidas cautelares en demandas de lesividad) y sin que exista razón alguna para entender que siendo posible adoptarlas en vía administrativa durante el procedimiento conducente a la declaración de lesividad conforme el anterior art. 104 LRJ-PAC 30/1992 / actual art.108 LPAC 39/2015, sin embargo no pudieran plantearse ante la jurisdicción por la Administración demandante. De ahí que el protagonismo a la hora de resolver acerca de medidas cautelares en demandas de lesividad ante la jurisdicción contencioso-administrativa, lo tienen no las situaciones de hecho que existan con base al acto recurrido, presuntamente afectado de un vicio de anulabilidad, sino los intereses, públicos y privados, concernidos en las situaciones de hecho creadas y la ponderación de los mismos, extremos que es a los que remite, en última instancia, los art. 129 y ss de la LJCA . Además, en este caso se produjo una reacción inmediata de la Administración cuando tuvo conocimiento de la existencia de una serie de personas a las que se les había otorgado la nacionalidad española sobre la base de permanencias en España amparadas por permisos de estudios. Estas situaciones se pusieron de relieve por la parte actora en un concreto recurso de esta Sala y Sección (recurso nº 906/2014) al invocar el principio de igualdad y, con base a ello, se acordó una diligencia final referente a los expedientes administrativos de los casos que se reclamaban como idénticos y que sin embargo sí habían recibido una respuesta favorable a la solicitud de*

*nacionalidad, uno de ellos precisamente el de la hoy demandada. En dicho recurso se dictó por esta Sala y Sección sentencia desestimatoria, por unanimidad, de fecha 12-7-2016, sentencia ya firme, en la que indicábamos: Pues bien, recibida dicha documentación se comprueba que si bien es cierto que en esos casos se había concedido la nacionalidad española a los solicitantes en situación similar a la de la recurrente, no es menos verdad que consta que en los cuatro casos se ha iniciado un expediente de lesividad por haberse concedido la nacionalidad de manera lesiva para los intereses públicos, porque ninguno de los interesados tenía la condición de residente legal en España al encontrarse residiendo en régimen de estancia por estudios.*

*Así las cosas, no puede apreciarse vulneración del derecho de igualdad y resulta claro el criterio legal y jurisprudencial que excluye del cómputo del plazo de residencia a efectos de nacionalidad el permiso de estancia por estudios. (sic del FJ 6).*

En lo que atañe a la situación personal futura de la recurrente en España, en las resoluciones dictadas en la pieza de medidas cautelares ya se le ha indicado, de un lado, que su situación de nacionalidad de origen permanece inalterada pues no la perdió ante la existencia de tratados de doble nacionalidad por lo que no se le genera ninguna situación de apátrida y, de otro, que su permanencia en España tras la anulación del acto que le concede la nacionalidad española por residencia, acto que viene suspendido desde la misma declaración de lesividad, tiene su tratamiento en el ámbito de la legislación de extranjería como de hecho lo venía teniendo antes de solicitar la nacionalidad española siendo carga de la actora el restablecer una permanencia legal en España.

Procede estimar el recurso contencioso-administrativo.

**6.-** De conformidad con el art. 139-1 de la LRJCAde 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.

## **FA LLO**

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 **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 al demandado.

Toda vez que la adquisición de la nacionalidad española se consolidó mediante el oportuno juramento/promesa y por tanto se produjo la inscripción de la adquisición, una vez firme la presente, remítase de testimonio al Registro Civil actuante (Registro Civil de Caravaca de la Cruz) sin perjuicio de la comunicación que se deba efectuar por la Administración recurrente.

Atendiendo a la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, la presente es susceptible de RECURSO DE CASACIÓN que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de TREINTA DÍAS a contar desde el siguiente al de la notificación y que podrá ser admitido a trámite si presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los términos que se determinan en el art. 88 de la LJCA, lo que habrá de fundamentarse específicamente, con singular referencia al caso, en el escrito de preparación que, además, deberá cumplir con los requisitos que al efecto marca el art. 89 de la LJCA y cumplir con las especificaciones que al efecto se recogen en el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE 6-7-2016).

Con la notificación de la presente se le participa que el TS ha acordado (AUTO 1-3-2017) que, con arreglo a la previsión contenida en el artículo 89.2.c) LJCA, en supuestos de incongruencia omisiva de la sentencia que se pretende combatir, los recurrentes en casación, como presupuesto de procedibilidad, y antes de promover el recurso han de intentar la subsanación de la falta por el trámite de los artículos 267-5 LOPJ y 215-2 LEC. En caso contrario el recurso podrá ser inadmitido en ese concreto motivo.

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.

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. FRANCISCO DÍAZ FRAILE D<sup>a</sup>. ISABEL GARCÍA GARCÍA BLANCO

D<sup>a</sup>. LUCÍA ACÍN AGUADO D<sup>a</sup>. ANA MARÍA SANGÜESA CABEZUDO