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:	**0000237/2018**
Tipo de Recurso:	**PROCEDIMIENTO ORDINARIO**
Núm. Registro General:	**01521/2018**
Demandante:	**DÑª. ROKHAATOU MBAYE**
Procurador:	**DÑª NOELIA NUEVO CABEZUELA**
Letrado:	**D. JOSÉ ANTONIO MÉNDEZ PINEDO**
Demandado:	**MINISTERIO DE JUSTICIA**
Abogado Del Estado	
Ponente Ilma. Sra.:	**Dª. ISABEL GARCÍA GARCÍA-BLANCO**

S E N T E N C I A Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:
D. JOSÉ FÉLIX MÉNDEZ CANSECO

Ilmos. Sres. Magistrados:
D. FRANCISCO DIAZ FRAILE
Dª. ISABEL GARCÍA GARCÍA-BLANCO
Dª. LUCÍA ACÍN AGUADO
Dª. ANA MARÍA SANGÜESA CABEZUDO

Madrid, a cuatro de marzo de dos mil veinte.

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 237/2018**, se tramita a instancia de **Dñª. ROKHAATOU MBAYE**, en representación de su hijo menor de edad **GUIAGUE MBAYE** representada por la Procuradora Dñª. Noelia Nuevo Cabezuela, y asistido por el Letrado D. José Antonio Méndez Pinedo, contra Resolución de la DGRN, por delegación del Ministro de Justicia, de 1-2-2018

denegatoria de la nacionalidad por residencia y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- La parte indicada interpuso en fecha 19/6/2018 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, tenga por formulada la demanda en el presente procedimiento y previos los trámites oportunos dicte sentencia por la que se revoque la resolución recurrida y en su lugar se reconozca el derecho de a obtener la nacionalidad española".

2.- De la demanda se dió traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: "Que teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo y tener por contestada la demanda, con devolución de los autos, dictando previos los trámites legales, sentencia por la que se desestime el presente recurso con imposición de costas a la parte recurrente."

3.- Contestada la demanda quedaron los autos conclusos para sentencia. Por providencia de 25 de febrero de 2020 se hizo señalamiento para votación y fallo el día 3 de marzo de 2020, en que efectivamente se deliberó y votó.

4.- En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido Ponente el Magistrado de esta Sección Dª Isabel García García-Blanco.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

1.- En el presente recurso se impugna la resolución de la DGRN, por delegación del Ministro de Justicia, de 1-2-2018 denegatoria de la nacionalidad por residencia.

La denegación, tiene su base en: "*Que el interesado, al tiempo de solicitar la nacionalidad por residencia, no cumple el requisito legal de residencia porque no lleva el año de residencia legal en España exigidos por número dos del artículo 22 del Código Civil, ya que solicitó su primera autorización de residencia hasta el 6 de marzo de 2014, según consta en la documentación que obra en el expediente, y presentó dicha solicitud / se ratificó en la misma el 24 de febrero de 2015*." (sic).

La presente sentencia habrá de centrarse, exclusivamente, en los motivos de denegación que resultan de la resolución recurrida (Ss. TS 22 de junio de 2010 - recurso 3597/2007-, de 18 de julio, 12 de septiembre y 5 de diciembre de 2011 - recursos de casación 520/2009, 1850/2009 y 2180/2010, de 21 de noviembre de 2016 - recurso 2199/2015 – y de 12 de diciembre de 2017 – recurso 1933/2016: <<"*En resoluciones denegatorias de reconocimiento de un determinado derecho, situación o estado, como es el caso, todo ello se traduce en la necesidad de que la Administración plasme de manera precisa y fundada (art. 54 LRJ y PAC) todas aquellas razones que conforman la decisión, en cuanto sirven de justificación y, por lo tanto, constituyen el objeto de contradicción e impugnación por el interesado (…) incumbe a la Administración, en el momento de resolver sobre la solicitud de la concesión de la nacionalidad, dar todas las razones por las que se considera incumplido alguno de los requisitos para su adquisición, debiendo limitarse la revisión jurisdiccional a verificar si la resolución administrativa denegatoria, dada las razones en que se apoya, es o no ajustada a derecho, precisando dicha sentencia que «si la expresada línea jurisprudencial exige a la Administración que exprese en sus resoluciones denegatorias todas las razones por la que considera incumplido alguno de los requisitos, se comprenderá que con mayor razón no resulta viable la invocación ex novo, en vía jurisdiccional, del incumplimiento de un requisito no contemplado en la resolución administrativa»*."<<) y que hayan sido objeto de efectiva contradicción.

2.- 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.

La Administración, ha denegado al recurrente la concesión de la nacionalidad española, al considerar que falta la residencia legal en España durante un año, plazo especialmente privilegiado de aplicación al caso ya que la recurrente nació en España.

El artículo 22.2 a) del Código Civil, establece que para la concesión de la nacionalidad por residencia se exige un año para "*El que haya nacido en territorio español*", debiendo ser la residencia "*legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición*", según reza el número 3 del citado artículo.

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.

La legalidad de la residencia implica que no podamos atender a la simple permanencia física en el territorio español sino a que esta venga amparada por los correspondientes permisos de residencia otorgados conforme a la normativa de extranjería.

Para acreditar y cumplimentar este requisito no nos basta tampoco el arraigo.

3.- En el caso de autos el solicitante es un menor de edad nacido en España el 03/06/2009, y la documentación obrante en el expediente refleja que la solicitud de nacionalidad, efectuada en su nombre por sus progenitores debidamente autorizados judicialmente para ello, se presenta el **24/02/2015.**

Según la certificación de la DGP y GC, el solicitante tiene residencia legal propia que se mantiene ininterrumpida mediante autorizaciones de residencia concatenadas en el tiempo, siendo la fecha de la primera solicitud el **06/03/2014.**

Ya hemos visto que, normativamente, se exige que el plazo de residencia legal, en este caso **un año**, se cumpla de forma inmediatamente anterior a la solicitud y de ahí que no pueda atenderse al plazo posterior a la solicitud que también aparezca cubierto por permisos de residencia y que el tiempo que no se haya cumplido antes de solicitar no pueda entenderse complementado por el tiempo transcurrido durante la tramitación del expediente, incluida su impugnación ya sea en vía administrativa o judicial (ha de estarse a la fecha de la petición de nacionalidad S. TS 21-03-2006 Rec. 189/2002). Además no estamos ante un supuesto en el que se simplemente se vea afectada la continuidad de la residencia pues no estamos ante el supuesto de simples retrasos justificados en las solicitudes de renovación y dentro de una voluntad patente de regularizar su situación (S. TS de 25-1-2005 Rec. 4974/2001 a la que se remite la S. TS de 28-11-2012 Rec 4845/2010 citada por el recurrente).

La residencia legal tiene que venir establecida en el marco de la normativa de extranjería no bastando la simple permanencia previa en el territorio español.

Normativamente en este ámbito de extranjería se prevé que, en el caso de los hijos nacidos en España de extranjero que se encuentre residiendo legalmente en España y no les sea de aplicación el régimen de ciudadano de la Unión, adquirirán, automáticamente, la misma autorización de residencia de la que sea titular cualquiera de sus progenitores, previa solicitud al efecto (LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, arts. del 16 al 19 y art 3; y Reglamento de la LO 4/2000, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, art.185 "*1. Los hijos nacidos en España de extranjero que se*

encuentre residiendo en España adquirirán automáticamente la misma autorización de residencia de la que sea titular cualquiera de sus progenitores.

A estos efectos, el padre o la madre deberán solicitar personalmente la autorización de residencia para el hijo desde que tuviera lugar el nacimiento o desde que alguno de sus progenitores acceda a la situación de residencia, acompañando original y copia del certificado de nacimiento.

2. Si el hijo nacido en España es de padre o madre reconocidos como refugiados o beneficiarios de protección subsidiaria, éstos podrán optar entre solicitar para él la extensión familiar del derecho de protección internacional o una autorización de residencia, en función del interés superior del menor.

3. En el caso de hijo nacido en España de un extranjero titular de una autorización de residencia por reagrupación familiar en condición de descendiente de otro residente, aquél adquirirá una autorización de residencia por reagrupación familiar dependiente de su progenitor.

En la renovación de la citada autorización de residencia serán valorados, en cuanto a la acreditación de la disposición de vivienda adecuada y de medios económicos suficientes para cubrir las necesidades de la familia, junto a los del progenitor del menor, los del primer reagrupante, siempre que el progenitor del menor siga siendo titular de una autorización de residencia por reagrupación familiar.

4. Para las renovaciones de las autorizaciones de residencia reguladas en este artículo se seguirán los trámites y el procedimiento establecido para las autorizaciones de residencia de los familiares reagrupados.

5. Las autorizaciones de residencia concedidas en base a lo previsto en los apartados anteriores, cuando sus titulares alcancen la edad laboral, habilitarán para trabajar sin necesidad de ningún otro trámite administrativo.").

En el caso de autos no consta que en el momento del nacimiento del menor (03/06/2009) cualquiera de sus progenitores tuviera residencia legal, siendo, como hemos visto, que el padre o la madre podrán solicitar la autorización de residencia para el hijo, desde que tuviera lugar el nacimiento o desde que alguno de sus progenitores acceda a la situación de residencia legal.

Efectivamente la solicitud de residencia temporal para el menor de autos no se efectúa hasta el 06/03/2014 (cinco años después de su nacimiento) pero con anterioridad a dicha fecha podemos concluir que, alguno o ambos progenitores, en este caso la madre, tenía/n residencia legal que permitiera dar cobertura a la solicitud de una residencia legal propia del menor. En las actuaciones obra un permiso de residencia de la madre emitido el 25/02/2014, válido hasta el 31/01/2015, cuyos efectos se retrotraerían a la fecha de la solicitud de mismo, fecha que aun no

constando ha de entenderse notoriamente anterior al 25/02/2014 y una hoja de vida laboral en la que figura con un alta en la Seguridad Social el 01/02/2014.

Es evidente, por tanto, que la residencia legal del menor no puede constituirse en el tiempo antes de la residencia legal que le va a servir de cobertura pero una vez constituida si puede llevarse en sus efectos más allá de la solicitud que conduce a la misma al vincularse a la de su progenitor que le sirve de cobertura pues ya hemos visto que los hijos adquirirán, automáticamente, la misma autorización de residencia de la que sea titular su progenitor y esta se establece con efectos retroactivos desde la fecha de la solicitud ex art. 39.3 de la LPAC 39/2015, a falta de disposición concreta al efecto en la normativa de extranjería.

De esta manera la residencia legal de menor, en el particular de autos, ha de llevarse, retroactivamente en el tiempo y con suficiente amplitud, como para abarcar el plazo de un año de residencia legal con anterioridad a la solicitud, siendo la solicitud de nacionalidad de 24/02/2015.

La demanda ha de estimarse.

4.- Por todo ello, procede, de conformidad con el art. 139.1 LJCA, la imposición de las costas al Administración demandada, costas que la Sala, haciendo uso de las facultades establecidas en dicho precepto y atendiendo a las circunstancias del caso, establece en la cantidad máxima, por todos los conceptos, de 1.500 euros, más IVA, a favor de la recurrente

FALLO

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

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

reconociendo el derecho del recurrente a obtener la nacionalidad española por residencia.

Con imposición de las costas a la Administración demandada en los términos que resultan del último fundamento de derecho de la presente.

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 afecto 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.