

Adquisición de nacionalidad española por residencia. Alcance interpretativo de la DGRG relativo al concepto de continuidad de la residencia contemplada en el artículo 22.3 del Código Civil.

*Ana Homet Alonso**

Tema: El art. 22.3 del Código Civil establece como uno de los requisitos para obtener la nacionalidad española por residencia, que ésta sea continuada. El carácter continuado de la residencia está siendo entendido por la Dirección General de los Registros y del Notariado como concepto jurídico indeterminado, realizando una interpretación de dicho requisito no alineada, ni con el propio art. 22 del Cc, el marco jurídico de extranjería que regula el acceso, la continuidad y conservación de los permisos de residencia, ni con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

Resumen: Una de las vías de adquisición de nacionalidad española se produce mediante la residencia en España durante un periodo de tiempo que puede variar dependiendo de la nacionalidad, lugar de nacimiento, existencia de convenios internacionales, vínculos familiares, sujeción legal a tutela, guardia o acogimiento de un ciudadano o institución españoles, o haber obtenido el reconocimiento de la condición de refugiado, del solicitante. El órgano que instruye y decide las solicitudes de nacionalidad española por residencia es la Dirección General de los Registros y del Notariado-DGRN, dependiente del Ministerio de Justicia. El art. 22.3 del C.c establece los requisitos que debe de contemplar la residencia a efectos de adquisición de nacionalidad. Sin embargo, y en lo que respecta a uno de sus requisitos, la continuidad, se ha observado que la DGRN lo interpreta como de carácter indeterminado, abriendo una paleta de claros y oscuros objeto de interpretaciones, no regladas, y no alineadas, ni con el propio art. 22 del Cc, el marco jurídico de extranjería que regula el acceso, la continuidad y conservación de los permisos de residencia, ni con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. El formato de dicha interpretación se estructura en virtud de la capacidad discrecional de la administración, en forma de criterios internos no escritos. Como consecuencia de lo anterior la administración pública está actuando en la porosa frontera que separa la discrecionalidad de la arbitrariedad, poniendo en riesgo la seguridad jurídica y el Estado de Derecho.

Análisis:

La creciente movilidad de personas y la sofisticación del tejido social generan nuevos y variados escenarios que afectan a la adquisición de nacionalidad española por residencia. Si a la variada casuística le sumamos la diversidad de permisos de residencia contemplados en la normativa de extranjería, nos encontramos con la necesidad de realizar un análisis del alcance del contenido del artículo 22.3 del Código Civil:

“En todos los casos, la residencia habrá de ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición”.

**Abogada*

Adquisición de nacionalidad española por residencia. Alcance interpretativo de la DGRG relativo al concepto de continuidad de la residencia contemplada en el artículo 22.3 del Código Civil.

Ana Homet Alonso

En el artículo que nos ocupa nos centraremos en el análisis del requisito de *continuidad* de la residencia legal, y en cómo, éste, es interpretado por la Dirección General de los Registros y del Notariado¹.

Por lo tanto, y en primer lugar, se plantearán una serie de cuestionamientos que surgen de la variada casuística que plantea no solo la realidad social sino también el marco jurídico en materia de extranjería.

En el contexto de dichos interrogantes, y dado que no existe a día de hoy una Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante también DGRN) que desarrolle interpretativamente el alcance de *continuidad* de la residencia legal, nos remitiremos a lo establecido en la normativa aplicable y la jurisprudencia.

En ese sentido, y para entender qué se entiende por continuidad desde el punto de vista de la residencia, se analizarán las ausencias permitidas por la normativa de extranjería. También, se examinará la Doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en materia de adquisición de nacionalidad por residencia.

Una vez aclarado qué es lo que establece el marco normativo y la jurisprudencia en materia de continuidad de la residencia, se desarrollará cuál es criterio interno actual de la DGRN en relación con la residencia continuada, y veremos cómo, dicho criterio, se articula de acuerdo a la capacidad discrecional de la administración.

Finalmente, concluiremos con el alcance de la interpretación de la DGRN estructurada en virtud de la capacidad discrecional de la administración en forma de criterio interno no escrito, y las consecuencias de actuar en la porosa frontera que separa la discrecionalidad de la arbitrariedad, para la seguridad jurídica y el Estado de Derecho.

1.- Interrogantes que plantea la residencia continuada.

Antes de entrar en la letra de la norma o en las interpretaciones realizadas por nuestros tribunales vale la pena hacerse una serie de preguntas surgidas de la casuística. Es decir, surgidas de la cotidianeidad de los ciudadanos extranjeros residentes en España, y por tanto de realidades que se harán cada vez más comunes, y que será necesario enfrentar.

Algunas de las dudas que surgen ante la casuística son:

1.- Cuando se habla de residencia *continuada*, ¿qué entiende la DGRN por residencia?. ¿La entiende como residencia administrativa?. De ser así, entiende residencia continuada como una cadena ininterrumpida de autorizaciones a residir?

¹ Le corresponde a la Dirección General de los Registros y del Notariado la tramitación y, en su caso, resolución de los expedientes de nacionalidad.

2.- Si el tipo de autorización de residencia que ostenta el ciudadano extranjero permite ausencias del territorio español sin perder dicha autorización, ¿se alinea y respeta la DGRN dicho marco de ausencias a la hora de interpretar la *continuidad* de la residencia (y ello en el entendido de que hablamos de residencia legal como vía de adquisición de la nacionalidad)?.

3.- En el caso de que la DGRN interpretase residencia no solo como residencia legal (administrativa) sino también como aquella residencia donde se fija el domicilio habitual, hay vinculación al territorio, se obtienen medios de vida y se desarrollan las relaciones personales (interpretación realizada por la Audiencia Nacional y Tribunal Supremo), si hubiera ausencias del territorio nacional, ¿cuál es el límite, hay excepciones a los eventuales límites?.

4.- En definitiva, ¿qué interpretación está realizando la DGRN en relación con la residencia *continuada*, en aquellos casos en los que hay ausencias pero no son superiores a las permitidas por lo dispuesto en la normativa de extranjería?.

2.- Ausencias permitidas por la normativa de inmigración y extranjería

La normativa de inmigración y extranjería recoge varios supuestos en los que los ciudadanos extranjeros comunitarios o extracomunitarios pueden ausentarse de España sin perder la residencia legal. En este sentido, analizaremos las normas que conforman el marco jurídico que encuadra las autorizaciones de residencia en materia de inmigración y extranjería, y en virtud de las cuales el ciudadano extranjero puede acceder a una de las vías de adquisición de nacionalidad española. Las normas, por tanto, que se analizarán son: R.D 240/2007, de 16 de febrero sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados Miembros de la Unión Europea y de los Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo; la L.O 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y su Reglamento aprobado por R.D 557/2011, de 20 de abril; y Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a emprendedores y su internacionalización.

1.- R.D 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo².

El R.D 240/2007 prevé, en el supuesto de autorizaciones temporales, la posibilidad de ausencias del territorio nacional de no más de seis meses en un año o mayor duración si

² **Ejemplo nº1:** Ciudadano/a español/a, residente en España ésta casado/a con ciudadano/a extracomunitario/a. El/la ciudadano/a extracomunitario/a tiene una residencia temporal. Ambos cónyuges están vinculados laboralmente a Organizaciones no Gubernamentales de Ayuda Humanitaria. Como consecuencia de su trabajo permanecen largas temporadas al año fuera de España. Los medios de vida se obtienen en España, de donde proviene la relación laboral. Así mismo, el principal centro de relaciones personales continúa en España, también la vivienda, residencia familiar. Dicho supuesto no incumple los presupuestos de residencia legal, motivo por el que no es de aplicación la caducidad por ausencia. **Ejemplo nº 2:** Ciudadano/a español/a, con residencia en España ésta casado/a con ciudadano/a extracomunitario/a, con hijos españoles en común, es contratado/a por empresa española y dado/a de alta en la seguridad social. El cónyuge extracomunitario/a tiene residencia en régimen comunitario permanente. Después de presentada la solicitud de nacionalidad, el cónyuge español es desplazado/a por su empresa temporalmente, durante tres años, dentro de la UE a una empresa del mismo grupo, manteniendo contrato y seguridad social en España. El desplazamiento se realiza con toda con su familia, cónyuge e hijos. Los medios de vida se obtienen en España, de donde proviene la relación laboral. Así mismo, todo el centro de relaciones personales continúa en España, también la vivienda residencia, familiar. Durante el desplazamiento viajan a España con regularidad, fundamentalmente en vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano. Dado que el R.D 240/2007 permite ausencias de no más de dos años consecutivos, el cónyuge extracomunitario no incumple los presupuestos de residencia legal.

Adquisición de nacionalidad española por residencia. Alcance interpretativo de la DGRG relativo al concepto de continuidad de la residencia contemplada en el artículo 22.3 del Código Civil.

Ana Homet Alonso

son debidas al cumplimiento de obligaciones militares, o que no se prolonguen más de doce meses consecutivos si son debidos a motivos de gestación, parto, postparto, enfermedades graves, estudios, formación profesional, o traslados por razones de carácter profesional. Tampoco será de aplicación la caducidad por ausencias producidas como consecuencia de vinculación laboral a organizaciones no gubernamentales, fundaciones o asociaciones (art. 14.3 del R.D 240/2007). En el caso de autorizaciones permanentes se prevé la posibilidad de ausencias de no más de dos años consecutivos (Art. 10.7 y 11.3 del R.D 240/2007)³.

¿Qué interpreta en este sentido la DGRN, está alineada con la normativa de régimen comunitario?. De no ser así, cuáles son los límites, hay excepciones?.

2.- **R.D 557/2011, de 20 de abril**, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009⁴.

El R.D 557/2011, de 20 de abril, prevé la ausencia del territorio nacional de no más de seis meses en un año para autorizaciones de residencia temporales. Ampliándose la posibilidad de exceder las ausencias de seis meses en el periodo de un año en el caso de titulares de autorizaciones de residencia temporales vinculados laboralmente a organizaciones no gubernamentales, fundaciones, o asociaciones. También contempla las ausencias superiores a seis meses sin que se extinga la residencia temporal a aquellos que permanezcan en territorio de un estado de la UE para la realización de programas temporales de estudios promovidos por la UE (art. 162.2.e R.D. 557/2011). En el caso de residencia de larga duración el art. 166.1.c del R.D. 557/2011 recoge la posibilidad de ausencias de no más de 12 meses consecutivos si ésta se produjera fuera del territorio de la Unión Europea⁵ y sin que se haga alusión a ausencias fuera de España pero en las que el ciudadano extranjero permanezca dentro del territorio de la Unión. Así mismo, la limitación de doce meses consecutivos fuera de la UE no será de aplicación a los titulares de autorizaciones de residencia temporal y trabajo vinculados mediante una relación laboral a organizaciones no gubernamentales, fundaciones o asociaciones, inscritas en el registro general correspondiente y reconocidas oficialmente de utilidad pública como cooperantes, y que realicen para aquéllas proyectos de investigación, cooperación al desarrollo o ayuda humanitaria, llevados a cabo en el extranjero. Para el caso de los titulares de autorizaciones de residencia de larga duración UE la limitación se establece en los seis años, al contemplarse como causa de extinción de dichas

³ El art. 10.7.- Establece que "se perderá el derecho de residencia permanente por ausencia del territorio español durante más de dos años consecutivos". Así mismo, el art. 11. 3. Contempla que "las interrupciones de residencia no superiores a dos años consecutivos, no afectarán a la vigencia de la tarjeta de residencia permanente".

⁴ **Ejemplo nº 1:** Ciudadano/a extracomunitario/a con residencia efectiva (trabajo por cuenta propia, domicilio, y desarrollo de relaciones personales en España) que decide viajar a su país, por motivos varios (razones de enfermedad de un familiar, estudios, etc...) durante 5 meses dentro de un año. Este supuesto no incumple los presupuestos de residencia legal en materia de ausencias. **Ejemplo nº 2:** Ciudadano/a extracomunitario/a residente de larga duración -UE en España que es desplazado/a por razones laborales a una empresa del mismo grupo durante un año y medio dentro de Schengen. Dicho supuesto tampoco incumple los presupuestos de residencia legal en materia de ausencias.

⁵ Se habrá de tener especial cuidado con ausencias por desplazamiento a países que se han adherido al acervo Schengen pero que no son estados miembros de la Unión Europea, como por ejemplo Suiza. En estos casos las ausencias de más de 12 meses consecutivos a dichos países podrían ser causa de extinción.

autorizaciones de residencia las ausencias del territorio español de seis años (art. 166.2 R.D. 557/2011).

¿Qué interpreta en este sentido la DGRN, está alineada con la normativa de régimen general?. De no ser así, cuáles son los límites, hay excepciones?.

3.- *Ley 14/2013, de 27 de septiembre*, de apoyo a emprendedores y su internacionalización⁶.

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, permite ausencias del país superiores a seis meses en un año. En este sentido, la disposición adicional sexta dispone que la renovación de la residencia podrá efectuarse aun existiendo ausencias superiores a seis meses al año en el caso de visados de residencia, autorizaciones para inversores extranjeros o trabajadores extranjeros de empresas que, realizando sus actividades en el extranjero, tengan fijada su base de operaciones en España.

Sin embargo, dicha disposición introduce una matización de interés en materia interpretativa en lo que respecta a la adquisición de nacionalidad por residencia al añadir, *“sin perjuicio de la necesidad de acreditar, conforme a la legislación vigente, la continuidad de la residencia en España para la adquisición de la residencia de larga duración o la nacionalidad española”*.

En ese sentido, ¿cuál es la legislación vigente en materia de adquisición de nacionalidad que regule la necesidad de acreditar la continuidad de la residencia?. ¿Qué entiende, por tanto, la DGRN por continuidad de residencia?. ¿Dónde están los límites y cuáles son las excepciones a los mismos?.

Como ya se ha explicado desde el principio de este artículo el supuesto de adquisición de la nacionalidad por residencia viene regulado en el Código Civil, concretamente en el artículo 22. Al no haber Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado⁷ que haya desarrollado interpretativamente dicho artículo, en lo que respecta al objeto de análisis, y por tanto que aclare la interpretación de dicha D.G sobre la residencia continuada a la luz del art. 22.3 del CC, será necesario ceñirse a la letra del propio artículo y a la interpretación que están realizando al respecto los tribunales. Así mismo, si bien hay que tener en cuenta que existe una capacidad discrecional de la administración, en base a la cual se desarrollan criterios internos que afectan a la interpretación de las normas; el valor y virtud de dicha capacidad debe de sustanciarse en la vocación de servicio al administrado, convirtiéndose en herramienta puente que permita una mejor adaptación de la norma a la variada casuística, mientras se formaliza una la evolución normativa, que se adapte mejor a la realidad social.

En este sentido, no hay que olvidar que dicha capacidad discrecional siempre habrá de desarrollarse en el marco de ley y la jurisprudencia, y nunca al margen de éstas.

⁶ **Ejemplo:** Trabajador extracomunitario con autorización de residencia como altamente cualificado de la Ley de emprendedores, Director comercial de empresa multinacional, responsable del Área Mediterráneo, Europa y norte de África, que por motivos laborales tiene que viajar constantemente, sumando más de seis meses en un año fuera de España. Su residencia efectiva está en España: familia, vivienda, trabajo, amistades etc... Dicho supuesto no incumple lo establecido en materia de ausencias en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre.

⁷ Facultades atribuidas en virtud del art. 9 de Ley del Registro Civil y art. 41 del Reglamento de la Ley del Registro Civil.

Adquisición de nacionalidad española por residencia. Alcance interpretativo de la DGRG relativo al concepto de continuidad de la residencia contemplada en el artículo 22.3 del Código Civil.

Ana Homet Alonso

3.- Art. 22.3 del Código Civil. Doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en materia de adquisición de nacionalidad española por residencia⁸.

El artículo 22.3 del Código Civil establece que:

“En todos los casos, la residencia habrá de ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición”.

El propio Código Civil establece los plazos de residencia en su artículo 22.1 y 22.2, estableciendo el art. 22.3 requisitos de carácter determinado para la obtención de la misma. Es decir, que para que la residencia sea una vía de adquisición de la nacionalidad española ésta habrá de ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición. De manera que si lo que estamos analizando es la continuidad de la residencia, dicha continuidad deberá ser tenida en cuenta con respecto a una residencia legal e inmediatamente anterior a la petición de la nacionalidad. Por tanto, las ausencias deberían de estar relacionadas con la residencia legal y a ser tenidas en cuenta aquellas producidas en la franja de tiempo anterior a la petición, y no posterior a la misma.

¿Qué interpreta en materia de *continuidad* a la luz del art. 22.3 del CC, y por tanto en materia de ausencias, el Tribunal Supremo?

En este sentido, el Tribunal Supremo considera que *“las ausencias ocasionales del territorio español no suponen la interrupción del carácter continuado de la residencia en España siempre que no se traslade la residencia habitual y por ende el domicilio fuera del territorio español”*. Dicho Tribunal entiende que la residencia debe de ser concebida como residencia habitual, subrayando que ésta no debe de ser confundida con la presencia física. Entendiendo que la residencia debe de ser efectiva y continuada, lo que deriva de *“la fijación del domicilio en España y la vinculación al territorio en cuanto al medio de vida, desarrollo de relaciones personales, familiares, sociales, administrativas y demás que conforman el régimen de vida del interesado, y que no se desvirtúa por el hecho de que, sin desvincularse tal relación con el territorio, haya de permanecer en el extranjero por razones de trabajo o estudios”*. Así mismo, interpreta que la administración al admitir el carácter legal de la residencia a otros efectos, no puede discutir el mismo carácter *“a la hora de resolver sobre la concurrencia de este requisito en los expedientes de adquisición de la nacionalidad”*.

Así queda expresado en la **STS de 24 de mayo de 2007, RC 4556/2003**, en la que se indica que: *«Esta Sala, en reiteradas sentencias, por todas citaremos la de 23 de Noviembre de 2.000 (Rec.9058/96) hemos dicho: “El recurrente en casación al sostener que las ausencias ocasionales citadas rompen la residencia continuada en España confunde 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. A esta interpretación, que es la que por otra parte viene habitualmente efectuando la Administración en el caso de deportistas internacionales, no se opone en absoluto la*

⁸ Doctrina Jurisprudencial sobre nacionalidad (adquisición de nacionalidad española por residencia) 2009-2012. Gabinete técnico del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo.

exigencia, establecida en el número tres del citado artículo 22 del Código Civil, de que la residencia sea continuada, tal requisito debe ponerse en directa relación con el concepto de residencia que establece el artículo 13.1 de la Ley 7/1985 de modo que la no 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.»

Por otro lado, la **STS de 9 de junio de 2010, RC 3622/2006**, dice : "*[...]se alega infracción del artículo 22.3 del Código Civil, por entender que la residencia no es continuada, afirmación ésta que valoró la Sala entendiendo, correctamente, que la efectividad y continuidad de la residencia deriva de la fijación del domicilio en España y la vinculación al territorio en cuanto al medio de vida, desarrollo de relaciones personales, familiares, sociales, administrativas y demás que conforman el régimen de vida del interesado, y que no se desvirtúa por el hecho de que, sin desvincularse tal relación con el territorio, haya de permanecer en el extranjero por razones de trabajo o estudios.*"

Además, las sentencias **STS de 27 de junio de 2011, RC 4486/2008** y **de 21 de noviembre de 2011, RC 2205/2009**, recogen la siguiente interpretación: "*lo que no puede la Administración recurrente, por elemental aplicación del principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, es negar la residencia continuada del interesado en España cuando ella misma ha reconocido esa residencia continuada en favor del mismo interesado y justamente en el periodo temporal que aquí interesa (en este sentido, STS de 27 de junio de 2011, RC 4486/2008).*

En este sentido, concluye, el Tribunal Supremo, que "*si la propia Administración admite expresa o implícitamente el carácter legal de la residencia en el período examinado a otros efectos, trámites o expedientes, no puede luego, por aplicación de la doctrina de la vinculación a los propios actos, discutir ese mismo carácter a la hora de resolver sobre la concurrencia de este requisito en los expedientes de adquisición de la nacionalidad española. (STS de 24 de mayo de 2007, RC 4988/2003 y STS de 23 de mayo de 2001, RC 170/1997)*".

Por último, y aunque no es intención desarrollar en este artículo el sentido de "residencia inmediatamente anterior", si cabe al menos enfatizar, en lo que respecta a la *continuidad*, que ésta deberá de ser objeto de observación únicamente en el periodo exigido, y que de acuerdo al art. 22.3 CC es aquel a contar desde el momento inmediatamente anterior a la petición. Así, por ejemplo, y para el caso general, en el que se exige residencia legal y continuada de diez años, este periodo deberá de ser observado desde el momento inmediatamente anterior a la solicitud. En estos términos se expresa el Tribunal Supremo cuando dice: "*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*". (**STS de 11 de mayo de 2010, RC 1078/2007**).

Una vez que hemos desarrollado cuál es el marco normativo que regula la continuidad de la residencia, así como la principal doctrina jurisprudencial en relación con el requisito de *continuidad* para la obtención de la nacionalidad española por residencia, cabe preguntarse si la DGRN está realizando una estricta aplicación de la norma y doctrina jurisprudencial y

Adquisición de nacionalidad española por residencia. Alcance interpretativo de la DGRG relativo al concepto de continuidad de la residencia contemplada en el artículo 22.3 del Código Civil.

Ana Homet Alonso

si, en el caso de estar utilizando su capacidad discrecional como administración pública, ésta se halla alineada con la normativa y la jurisprudencia.

4.- Criterio interno de la DGRN en relación con la residencia continuada.

Actualmente la DGRN ha desarrollado una interpretación del requisito de *continuidad* de la residencia, cuando se trata de obtener la nacionalidad española de acuerdo al supuesto contemplado en el artículo 22 de C.C. Dicha interpretación se ha articulado, en el marco de la capacidad discrecional de la administración, con forma de criterio interno. El criterio interno actual de la DGRN, a fecha de la redacción de este artículo, y en lo concerniente al carácter de *continuidad* de la residencia legal del art. 22.3 del CC, es el siguiente:

La residencia continuada no está necesariamente vinculada a la normativa de extranjería. Es decir, el hecho de que la normativa de inmigración y extranjería permita ausencias del territorio nacional sin que por ello sea causa de extinción de la autorización de residencia de la que se trate, no garantiza que la DGRN interprete que se ha cumplido el requisito de continuidad de la residencia legal. En este sentido, la DGRN interpreta que es necesario, además, una presencia física en territorio nacional, estableciendo un límite de ausencias que no deben de exceder de tres meses en los casos de solicitud de nacionalidad por residencia de uno, dos y cinco años y hasta seis meses en los casos de solicitud de nacionalidad española por residencia de diez años. Dichos criterios contemplan excepciones en casos de ausencias relacionadas con la salud, requiriendo que el solicitante acredite, en su caso, causas médicas de carácter grave⁹.

Dicho criterio interno, si bien es de conocimiento de los operadores jurídicos especializados, no se halla recogido en ninguna instrucción de la DGRN, tampoco ha sido publicado.

5.- La capacidad discrecional de la administración y la interpretación del carácter de continuidad del art. 22.3 del CC.

El art. 22 recoge la vía de adquisición de nacionalidad por residencia. Es el apartado tercero del propio art. 22 el que viene a calificar los requisitos de la residencia a efectos de adquisición nacionalidad. En este sentido, la residencia habrá de ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la solicitud. El carácter de residencia legal viene determinado por la situación de residencia administrativa regulada en la normativa de inmigración y extranjería. Los plazos de la residencia legal vienen recogidos en el art. 22.1 y 22.2 del C.C. El carácter inmediatamente anterior, en palabras del tribunal supremo *“de ningún modo puede calificarse de concepto jurídico indeterminado. Una*

⁹ Las fuentes por las que se ha tenido conocimiento de los citados criterios internos de la DGRN son: Información facilitada por registros civiles de diferentes puntos geográficos de España, I Congreso sobre Nacionalidad y Estado Civil celebrado en Madrid el 16, 17, y 18 de noviembre de 2016, así como por información directamente obtenida de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Toda la información recabada procede, por tanto, de fuentes verbales, no existiendo documento escrito alguno. Cuando existen criterios internos resbaladizos la administración no los facilita por escrito, respondiendo en todo caso a requerimientos informativos de forma verbal. Ello facilita la práctica de los operadores jurídicos, pero genera una grave inseguridad jurídica al administrado. Esta práctica no es exclusiva de la DGRN sino una práctica común y generalizada de la administración.

cosa o es inmediatamente anterior a otra o no lo es, sin que a este respecto quepan zonas grises o de incertidumbre". En cuanto al carácter de *continuidad* parece interpretarse por la DGRN como concepto jurídico indeterminado en la medida en la que ésta administración pone en marcha su potestad discrecional. Sin embargo, y antes de entrar a hablar de la potestad discrecional y sus límites, procede hacer la observación de que la *continuidad* viene enmarcada en la existencia de una residencia legal, entendida como una residencia administrativa reconocida por la normativa de inmigración y extranjería, inmediatamente anterior a la petición. Motivo por el que se trata de un requisito que no es de una indeterminación absoluta, y que, en todo caso, y en relación con aquellos vacíos que se deriven de la casuística, ha sido extensamente interpretado por el Tribunal Supremo.

Pues bien, la potestad discrecional de la administración, que otorga un margen de libertad de valoración en casos concretos, entra en juego en ausencia de potestades regladas; realizando una estimación subjetiva para completar elementos indeterminados, y que puede tener su valor y sentido ante la amplia casuística que plantea la realidad. Sin embargo, dicha discrecionalidad tiene sus limitaciones, debiendo remitirse a la norma. Es decir, y tal y como se prevé en la Constitución Española en sus artículos 103.1 y 106.1, la administración debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, así como a los fines que la justifican. Por lo tanto, no cabe la discrecionalidad al margen de la ley. Como consecuencia ello, la DGRN a la hora de ejercitar su capacidad discrecional, en aquellos casos que por existir un vacío fuese necesario, deberá de hacerlo siempre teniendo en cuenta la ley y el Derecho.

Llegados a este punto, es necesario distinguir la discrecionalidad de la arbitrariedad, siendo esta última una actividad contraria al principio de seguridad jurídica que consagra el estado de derecho, y que implica actuar al margen de la ley. El art. 9.3 de la Constitución consagra el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Así mismo el ya mencionado art. 106 de la CE establece que los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

Por ello, la discrecionalidad no puede convertirse, como expresa G. Enterría, citando a Hans Weber, en el "caballo de Troya dentro del Derecho Administrativo de un Estado de Derecho", pudiendo ser "por donde toda la estructura de éste podría derrumbarse"¹⁰.

6.- Conclusión.

El concepto de *continuidad* en el marco del art. 22.3 del CC no es de una indeterminación absoluta ya que dicho artículo ya ofrece claridad sobre los elementos en relación a los cuales debe interpretarse; y que son la residencia de carácter legal e inmediatamente anterior a la petición. Así mismo, el Tribunal Supremo, en el ejercicio de sus funciones y su rol de control de la legalidad de la actuación administrativa, ha producido una doctrina jurisprudencial que enriquece el concepto con una interpretación

¹⁰ En Eduardo García Enterría "Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo" p. 205.

Adquisición de nacionalidad española por residencia. Alcance interpretativo de la DGRG relativo al concepto de continuidad de la residencia contemplada en el artículo 22.3 del Código Civil.

Ana Homet Alonso

más amplia teniendo en cuenta la extensa casuística, y poniendo el acento, en la residencia legal, y en caso de ausencias, en la residencia donde se fija el domicilio habitual, donde hay vinculación al territorio, se obtienen medios de vida y se desarrollan las relaciones personales. Es decir, no pone el acento en la presencia física en el territorio, sino en la vinculación al territorio.

Sin embargo, y en respuesta a las preguntas que nos hacíamos inicialmente, cabe decir que cuando se habla de residencia continuada, la DGRN no necesariamente interpreta que ésta sea de carácter administrativo y vinculado a la autorización de residencia del interesado. Pudiendo ocurrir que el solicitante de nacionalidad por residencia haya sido titular de una serie de autorizaciones de residencia encadenadas, pero sin embargo, no cumpla el requisito de continuidad de la residencia según interpretación de la DGRN.

En este sentido, la interpretación que está realizando la DGRN en relación con la residencia *continuada*, está vinculada a una estricta presencia física contemplando breves y limitados periodos de tiempo en los que el ciudadano extranjero puede estar fuera del país, y más allá de los cuales se entendería que no hay *continuidad* (no más de tres meses en los casos de solicitud de nacionalidad por residencia de uno, dos y cinco años y hasta seis meses en los casos de solicitud de nacionalidad española por residencia de diez años). En relación con dicho criterio hay que añadir que la DGRN contempla como excepción las ausencias relacionadas con la salud, requiriendo que el solicitante acredite, en su caso, la existencia de causas médicas de carácter grave.

El criterio de la DGRN no solo no se fundamenta ni en la ley ni en el Derecho, sino que va más allá de lo que dicta el sentido común, no atendiendo a la realidad de las sociedades contemporáneas, donde la movilidad está integrada en lo cotidiano. En términos prácticos la limitación manifestada se traduciría, en que un ciudadano extranjero que necesite acreditar 10 años de residencia para solicitar la nacionalidad española no podría salir de España más de 18 días al año. Tampoco aquellos que tengan que acreditar 5 años de residencia para solicitar la nacionalidad, podrían salir más de 18 días al año fuera del país. En cuanto a los que tengan que acreditar dos años de residencia no podrán salir más de un mes y medio, y no más de tres meses los que deban acreditar un año de residencia en España.

En opinión de la que suscribe, esta interpretación atiende más bien al intento de dar una respuesta al hecho de que las diferentes normas de extranjería¹¹ plantean unos límites temporales heterogéneos en materia de ausencias permitidas, que proyectan no solo diferentes escenarios de permisividad frente a la movilidad, sino un impacto en el desarrollo del proceso de integración de un ciudadano extranjero en España. Ser nacional de estado miembro de la UE o familiar de ciudadano de estado miembro supone disfrutar de un escenario de movilidad más flexible y amplio que el regulado en el régimen general de extranjería para ciudadanos extracomunitarios. Sin embargo, el escenario más favorable es el circunscrito en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de

¹¹ LO 4/2000 sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y su reglamento aprobado por R.D 557/2011, de 11 de abril; RD 240/2007 sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo; y Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a emprendedores y su internacionalización.

apoyo a emprendedores y su internacionalización. La citada norma no establece limitación alguna al tiempo que un ciudadano extracomunitario puede estar fuera de España sin perder su derecho a residir. No cabe duda que esta ausencia de limitación es un elemento atractor para inversionistas, o trabajadores altamente cualificados, pero se puede entender también como un elemento de preocupación para la administración desde el punto de vista de adquisición de nacionalidad española por residencia. Así se deduce de la disposición adicional sexta cuando establece que a pesar de poder renovar las autorizaciones de residencia, aun existiendo ausencias del territorio nacional de más de seis meses en un año, ello no suprime la necesidad de acreditar, conforme a la legislación vigente, la continuidad de la residencia en España para la adquisición de la nacionalidad española. Dicha preocupación probablemente se deriva, entre otros posibles motivos, del hecho de que muchos de los inversionistas que adquieran una autorización de residencia no residirán *de facto* en nuestro país, habiendo realizado la inversión como estrategia para circular con mayor libertad por el espacio Schengen. Si a ello le sumamos la posibilidad de adquisición de nacionalidad española por residencia, nos encontraríamos con una masa considerable de ciudadanos extracomunitarios que aun teniendo residencia legal, no residen realmente en España, cuyo domicilio habitual está fuera de nuestro país, que no tienen vinculación al territorio, ni a su sociedad, que obtienen los medios de vida y desarrollan las relaciones personales en otro país, pero que podrían optar a la ciudadanía española. Es decir, la administración podría percibir este encuadre jurídico como el escenario perfecto para que se produzca un auténtico coladero para adquirir nacionalidad española, en disconformidad con el espíritu del art. 22 del CC.

Sin embargo, y siendo evidente la discriminación existente en la normativa en lo concerniente al derecho a la libre circulación, dependiendo del lugar de procedencia o de los medios económicos, serán no solo los más perjudicados sino doblemente perjudicados aquellos que, (siendo residentes, y con intención de continuar con su proceso de arraigo e integración mediante la adquisición de la nacionalidad española), tienen realmente fijado su domicilio habitual en España, tienen vinculación al territorio y a la sociedad, y obtienen sus medios de vida en España, donde desarrollan sus relaciones personales, independientemente de que viajen, dentro de los límites permitidos por sus permisos.

Ante esta situación cabría pensar que existe la necesidad de desarrollar una estructura jurídica, y legislar, de acuerdo a una política migratoria con pies y cabeza acorde con un proyecto de sociedad a corto, medio y largo plazo. No obstante da la impresión de que se improvisa, y se ponen parches sobre la marcha en un intento de adaptarse a las circunstancias. En este contexto, es la capacidad discrecional de la administración el parche más fácil y el que parece mejor se adapta a nuestra cultura política.

En este sentido, es justo decir que el posicionamiento de la DGRN no es aislado, sino una práctica administrativa habitual, *modus operandi* que se integra en la cultura política de nuestro país, revelando por tanto una forma habitual de hacer política en España. En lo que aquí nos concierne, la política migratoria. Dicha práctica es una constante que genera grave inseguridad jurídica. Es habitual escuchar a los ciudadanos extranjeros decir “*ha cambiado la ley. En España cambian mucho las leyes*”, cuando en realidad lo único que ha cambiado es un criterio interno. El conocimiento de los criterios internos viene normalmente acompañado de denegaciones de peticiones, congresos, o una insistente y constante comunicación con la administración, a la que la

Adquisición de nacionalidad española por residencia. Alcance interpretativo de la DGRG relativo al concepto de continuidad de la residencia contemplada en el artículo 22.3 del Código Civil.

Ana Homet Alonso

mayor parte de los ciudadanos extranjeros no tienen acceso. Y ello en la medida en la que muchos de los dichos criterios, no se publican, generando una gravísima situación de inseguridad jurídica, y un estado de temor y tensión constantes en el administrado, que siente depende del antojo y conveniencia del órgano instructor, y que en muchas ocasiones no sigue instrucciones sino “*de los de arriba*”, expresión común utilizada por los funcionarios de primera línea.

En lo que aquí nos concierne el criterio interno de la DGRN en relación con el concepto de *continuidad* sobrepasa la frontera existente entre discrecionalidad y arbitrariedad, lo que supone convertir la discrecionalidad en el Caballo de Troya del derecho administrativo, generando una situación de inseguridad jurídica en una materia tan relevante como la adquisición de nacionalidad española, socavando, con ello, el estado de derecho. La discrecionalidad no debe de desvirtuar su capacidad creativa dirigida al interés general, no cabiendo discrecionalidad al margen de la Ley. Si la ley y el Derecho vigentes son insuficientes para abordar la situación social y las dinámicas de las sociedades contemporáneas lo que cabría es legislar y actuar de acuerdo a los principios generales del derecho, de legalidad, jerarquía normativa, publicidad de las normas, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, seguridad jurídica, y responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos; solo de esta forma protegeremos y evitaremos poner en jaque al Estado de Derecho.

Ana Homet Alonso
Abogada

Barcelona, 9 de enero de 2017