

# JORNADA FORMATIVA

## Ausencias en el territorio español

a. ¿Cómo se regula el tema de las ausencias en el territorio español?:

1. Régimen general de extranjería
2. Régimen comunitario
3. Ley 14/2013

b. Nacionalidad por residencia

c. Comentarios de la Sentencia del Tribunal Supremo 731/2023

Ponentes: Mariana González Trejo y Sonia Canay Pazos

Departamento jurídico de SIGA98



# ¿CÓMO SE REGULA EL TEMA DE LAS AUSENCIAS EN EXTRANJERÍA?

Régimen general de extranjería: larga duración

## Artículo 152 RELOEX

6  
meses

La continuidad no quedará afectada por ausencias del territorio español de hasta **6 meses continuados**, siempre que la suma de éstas **no supere el total de 10 meses** dentro del periodo de permanencia de cinco años exigible.

## ✓ Ausencias admitidas

12  
meses

La continuidad de la residencia como titular de una **Tarjeta azul-UE** no quedará afectada por ausencias de la Unión Europea de **hasta 12 meses** continuados, siempre que la suma de éstas no supere el total de **18 meses** dentro de los **cinco años** de residencia requeridos.

## Artículo 32 LOEX



Cuando se produzca la ausencia del territorio de la Unión Europea durante **12 meses consecutivos**.

## Artículo 152 RELOEX



En caso de ausencias por **motivos laborales**, la continuación de la residencia no quedará afectada por ausencias del territorio español de hasta seis meses continuados, siempre que la suma de éstas no supere el total de un año dentro de los cinco años requeridos.

## ✗ Extinción

## ☰ Justificación

# ¿CÓMO SE REGULA EL TEMA DE LAS AUSENCIAS EN EXTRANJERÍA?

## Régimen general de extranjería: recuperación larga duración

### Artículo 158 RELOEX

El procedimiento regulado en esta sección de recuperación de la titularidad de una autorización de residencia de larga duración resultará de aplicación en los siguientes supuestos:

- a) Cuando la autorización se hubiera extinguido en base a lo dispuesto en los apartados **c) y d) del artículo 166.1 de este Reglamento.**
- b) Cuando el extranjero regrese a España finalizado el periodo de su compromiso de no retorno (...), siempre que en el momento de su retorno voluntario al país de origen tuviera la condición de residente de larga duración en España.



### Artículo 166.1

- c) Cuando se produzca la **ausencia del territorio de la Unión Europea durante doce meses** consecutivos.
- d) Cuando hubiera adquirido la residencia de larga duración-UE en otro Estado miembro.

# ¿CÓMO SE REGULA EL TEMA DE LAS AUSENCIAS EN EXTRANJERÍA?

## Régimen general de extranjería: larga duración UE

### Artículo 152 RELOEX

#### ✓ Ausencias admitidas

6  
meses

La continuidad a que se refiere el apartado anterior no quedará afectada por ausencias del territorio español de hasta **6 meses continuados**, siempre que la suma de éstas **no supere el total de 10 meses** dentro de los **cinco años** referidos en el apartado 1.

12  
meses

En este caso, la continuidad de la residencia como **titular de una Tarjeta azul-UE** no quedará afectada por ausencias de la Unión Europea de **hasta 12 meses continuados**, siempre que la suma de éstas no supere el total de **18 meses** dentro de los **cinco años de residencia requeridos**

#### �� Justificación



En caso de ausencias por **motivos laborales**, la continuación de la residencia no quedará afectada por ausencias del territorio español de hasta seis meses continuados, siempre que la suma de éstas no supere el total de un año dentro de los cinco años requeridos

# ¿CÓMO SE REGULA EL TEMA DE LAS AUSENCIAS EN EXTRANJERÍA?

## Régimen general de extranjería: Extinción

### Artículo 162 RELOEX

La extinción de la autorización de residencia temporal, salvo en los supuestos específicamente regulados en otros artículos de este capítulo, se producirá de acuerdo con lo dispuesto en este artículo.

1. La vigencia de las autorizaciones de residencia temporal se extinguirá sin necesidad de pronunciamiento administrativo:

- a) ...
- b) ...



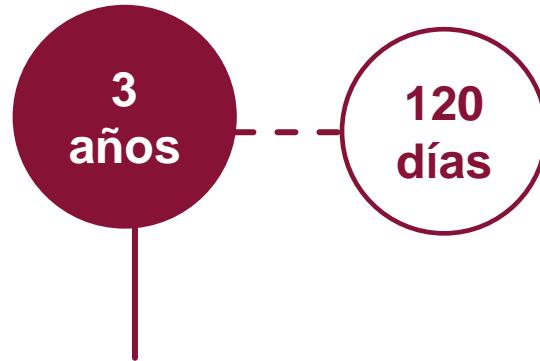
→ e) Cuando se permanezca fuera de España durante más de **seis meses** en un periodo de un año.

# ¿CÓMO SE REGULA EL TEMA DE LAS AUSENCIAS EN EXTRANJERÍA?

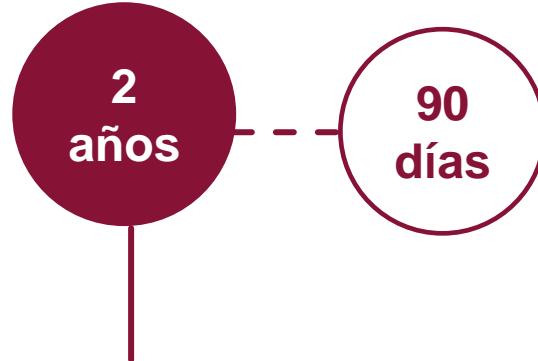
## Régimen general de extranjería: Arraigos

Instrucciones SEM 1/2022

### ✓ Ausencias admitidas



Permanencias de **3 años** admiten ausencias de hasta **120 días**.



Permanencias de **2 años** admiten ausencias de hasta **90 días**.

# ¿CÓMO SE REGULA EL TEMA DE LAS AUSENCIAS EN EXTRANJERÍA?

## Régimen comunitario

### Artículo 10 RD 240/2007

#### ⌚ Derecho a residir permanentemente

**Se perderá** el derecho de residencia permanente por ausencia del territorio español **durante más de dos años consecutivos**.

### Artículo 14 RD 240/2007

#### Familiar comunitario

La vigencia de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión **caducará** por las **ausencias superiores a seis meses en un año**.

#### Justificación



No obstante, dicha vigencia no se verá afectada por las ausencias de mayor duración del territorio español que se acredite sean debidas al cumplimiento de **obligaciones militares** o, que no se prolonguen más de doce meses consecutivos y sean debidas a **motivos de gestación, parto, posparto, enfermedad grave, estudios, formación profesional, o traslados por razones de carácter profesional** a otro Estado miembro o a un tercer país.



Esta caducidad por ausencia no será de aplicación a los titulares de tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión **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. Tampoco será de aplicación a los titulares de dicha tarjeta que permanezcan en el territorio de otro Estado miembro de la Unión Europea para la **realización de programas temporales de estudios promovidos por la propia Unión**.

# ¿CÓMO SE REGULA EL TEMA DE LAS AUSENCIAS EN EXTRANJERÍA?

## Ley 14/2013

### Disposición adicional sexta

#### ✓ Ausencias admitidas

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, **la renovación de la residencia podrá efectuarse aun existiendo ausencias superiores a seis meses al año** en el caso de visados de residencia y autorizaciones para **inversores extranjeros o trabajadores extranjeros de empresas que realizando sus actividades en el extranjero tengan fijada su base de operaciones en España**.

#### ✓ Situación especial



Inversionistas



**NO** requieren de una  
residencia efectiva.

#### Otros casos/justificación



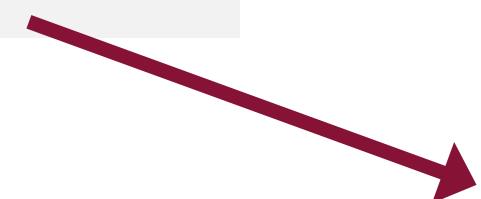
Motivos laborales

# NACIONALIDAD POR RESIDENCIA

Código civil

## Artículo 22

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



Referencia



Turista

90 días en período  
de 180

# COMENTARIOS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 731/2023

## El supuesto de hecho

La Administración extingue un permiso de residencia temporal a una residente legal por haber estado un año y 10 días fuera de España, en función de lo establecido en el artículo 162 e) del Real Decreto 557/2011, esto es:

2. La autorización de residencia temporal se extinguirá por resolución del órgano competente para su concesión, conforme a los trámites previstos en la normativa vigente para los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones, cuando se constate la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias:

e) **Cuando se permanezca fuera de España durante más de seis meses en un periodo de un año.**

(...)

Esta circunstancia no será de aplicación a los titulares de una autorización 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. Tampoco será de aplicación a los titulares de una autorización de residencia que permanezcan en el territorio de otro Estado miembro de la Unión Europea para la realización de programas temporales de estudios promovidos por la propia Unión.

# COMENTARIOS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 731/2023

- ❖ En las dos instancias (Gerona en instancia, TSJ Catalunya en apelación) se convalida la decisión de la administración, se considera correcta la decisión extintiva.
- ❖ La desestimatoria sentencia del Tribunal Superior de Catalunya tiene **un voto particular**, que cuestiona la limitación reglamentaria a la luz del principio de jerarquía normativa. Reserva de ley en una materia regulada en una Ley Orgánica.

En función del camino que abre el voto particular, se plantea recurso de casación. Se plantea tanto el encaje del precepto reglamentario en el derecho europeo como el encaje en la pirámide normativa española.

# COMENTARIOS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 731/2023

JERARQUÍA DE LAS NORMAS	Normativa de la UE	
	Constitución	
	Tratados Internacionales	
	Cortes Generales	Leyes Orgánicas Leyes Ordinarias
Gobierno		Real Decreto Ley Real Decreto Legislativo
Reglamentos		Real Decreto Presidencia Real Decreto Consejo Ministros Órdenes de las Comisiones Delegadas de Gobierno Órdenes Ministeriales Disposiciones de Autoridades y Órganos Inferiores

# COMENTARIOS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 731/2023

## ¿El artículo 162 limita el derecho a la libre circulación?

Si el presupuesto de la causa de revocación de la residencia temporal es la salida del territorio nacional en los tiempos mencionados, deberá concluirse que lo que el precepto impone, de manera directa, es que **los extranjeros residentes en España con autorización expresamente concedida no pueden salir de España por un plazo de seis meses, en un periodo de un año**; si lo hace la consecuencia es la extinción de esa residencia temporal.

*“(...) indirectamente se exige que en el régimen de residencia temporal sus titulares no pueden abandonar el territorio español durante dicho plazo. Adelantemos ya que ningún precepto de la LOEX, tan siquiera del Reglamento, salvo el que examinamos, impone esa obligación que resulta del mismo. En suma y como se da por supuesto en todo el debate de autos, nos encontramos con una limitación del mencionado derecho fundamental en el régimen que comporta la residencia temporal de los extranjeros en España.”*

# COMENTARIOS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 731/2023

El art. 13.1 CE permite regular los derechos de los extranjeros en España, pudiendo establecer determinadas condiciones para su ejercicio y así lo hace el art. 5 de la LOEX que regula el régimen del derecho a la libertad de circulación de los extranjeros en España.

El TC ha reconocido el derecho a la libre circulación de los extranjeros como derecho constitucional por disposición de una ley o de un tratado, o por autorización concedida por una autoridad competente.

La libertad de circulación a través de las fronteras del Estado, y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana ( art. 10.1 C.E., y STC 107/1984 , fundamento jurídico 3º), ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadano. Es lícito que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España, y a residir en ella.

# COMENTARIOS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 731/2023

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero

**¿La ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social se pronuncia sobre extinción de los permisos de residencia por mera ausencia?**

Hay un pronunciamiento expreso, en el artículo 32, sobre residencia de larga duración:

**“5. La extinción de la residencia de larga duración se producirá en los casos siguientes:**

**(...)**

**c) Cuando se produzca la ausencia del territorio de la Unión Europea durante 12 meses consecutivos. Reglamentariamente se establecerán las excepciones a la pérdida de la autorización por este motivo, así como el procedimiento y requisitos para recuperar la autorización de residencia de larga duración.”**

**De las residencias temporales no se hace mención alguna.**

## COMENTARIOS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 731/2023

No se debate si el Legislador puede o si es constitucionalmente admisible que se limiten los tiempos de estadía fuera de España, que conforme a la jurisprudencia constitucional es admisible, aunque con limitaciones.

*"Lo que ahora nos interesa destacar es que la Ley Orgánica no lo impone y que sí lo hace el precepto reglamentario; no hay precepto alguno en la LOEX que imponga a los extranjeros con permiso de residencia temporal esa exigencia, ni tampoco que, por haber efectuado una salida del territorio nacional por el mencionado plazo, en el cómputo anual, deba declararse la extinción del permiso de residencia temporal; lo impone, y de manera expresa y clara el cuestionado artículo 162-2º-e) del RLOEX."*

# COMENTARIOS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 731/2023

*“(...) el alcance de lo establecido en el cuestionado artículo 162-2º-e) del RLOEX no puede incardinarse en esas materias susceptibles de regularse por norma reglamentaria, porque “los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos. Las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable, de donde se desprende que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas restrictivas sean necesarias para conseguir el fin perseguido, ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se le impone“ (...)*

# COMENTARIOS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 731/2023

## ¿Hay apoyo en la normativa comunitaria?

Las directivas 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, se ciñen a los familiares reagrupados en un Estado miembros por un titular de permiso de residencia y la 2003/109/CE, relativa al estatuto de los nacionales de fuera de la UE residentes de larga duración, no son de aplicación al supuesto de autorizaciones de residencia temporal.

En todo caso las directivas no pueden tener efecto en contra de los particulares, sino solo a favor de estos, y la extinción no cabe como supuesto favorable. En este sentido, el TJUE contra España en la sentencia de 8 de octubre de 2020, declaró que la autoridad nacional competente no puede basarse directamente en lo dispuesto en la Directiva para adoptar una decisión de retorno y hacer cumplir dicha decisión aun cuando no existan circunstancias agravantes como viene exigiendo la legislación nacional. El TJUE declaró en su apartado 35 de la sentencia citada que “según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las directivas no pueden, por sí solas, crear obligaciones a cargo de los particulares, pues los Estados miembros no pueden invocar las disposiciones de las directivas, en su calidad de tales, contra dichas personas”

# COMENTARIOS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 731/2023

Y ahora, ¿qué?

- ❖ El artículo 162 e) no puede ser aplicado. Aunque eso no impide que lo apliquen, sigue apareciendo literalmente en el BOE.
- ❖ La norma a modificar para llegar algún tipo de extinción automática de los permisos por ausencias prolongadas es la LOEX.
- ❖ Dada la mayoría parlamentaria necesaria y la situación actual del legislativo... aventuramos que la modificación no se va a realizar en el medio plazo.
- ❖ El artículo 32 de la LOEX, que establece un supuesto de extinción de la residencia de larga duración por ausencia en su apartado 5 c), no tiene naturaleza orgánica según lo establecido en la Disposición final cuarta.



TIC DE LOS COLEGIOS DE GESTORES  
ADMINISTRATIVOS DE ESPAÑA  
986 86 61 71- [WWW.GESTORES.NET](http://WWW.GESTORES.NET)