Residencia y estancia en España de ciudadanos extranjeros no comunitarios: especial mención del *post-brexít*

Jesús Almarcha Jaime

Abogado del Departamento de Gestión del Conocimiento de Gómez-Acebo & Pombo

Desde el momento en el que el Reino Unido deje de ser un Estado miembro de la Unión Europea, los ciudadanos británicos asentados en territorio de la Unión serán considerados ciudadanos extranjeros de un tercer país. No es descartable, atendiendo a los más recientes acontecimientos, que el proceso de separación llegue a su fin sin un acuerdo entre el Reino Unido y la Unión Europea, de modo que entre en funcionamiento automático la inaplicación de los tratados prevista en el artículo 50.3 del Tratado de la Unión Europea como consecuencia de la expiración del plazo previsto de dos años.

Las consecuencias en materia de residencia en España para estos ciudadanos británicos pueden esquematizarse en varios escenarios que son analizados en este trabajo.

1. Ámbito normativo

A nivel normativo, para los ciudadanos británicos dejarían de aplicarse la Directiva 2004/38/C del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril del 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, y el Real Decreto 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 Europeo, que transpone la directiva. Tampoco sería aplicable la Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio, por la que se dictan normas para la aplicación del artículo 7 del Real Decreto 240/2007.

Sólo les será aplicable la normativa comunitaria en caso de que sean familiares directos (cónyuge o pareja con estatuto similar, y descendientes y ascendientes directos) de un ciudadano comunitario o, previa concesión, si son otro tipo de familiares. Los británicos, en condición de «familiar», necesitarán el correspondiente visado, aunque con la excepcionalidad de que será gratuito. No lo necesitarán en caso de que estén en posesión de la «tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión».

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

Con todo, respecto a la exigencia del visado, será crucial el encuadre que se otorgue a nivel comunitario al Reino Unido en el marco del Reglamento (CE) 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo del 2001, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación. Sin embargo, nada cambiará respecto al control fronterizo comunitario, pues el Reino Unido no forma parte del acuerdo Schengen.

Exceptuando lo anterior, en España el régimen general aplicable será el previsto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y la normativa complementaria y reformadora, incluido el Real Decreto 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 2/2009.

2. Estancia en España

La estancia es la permanencia en territorio español por un periodo de tiempo no superior a noventa días. Transcurrido dicho tiempo, para permanecer en España será preciso obtener, o una prórroga de estancia, o una autorización de residencia.

A los ciudadanos británicos les será exigible un visado de estancia, que habilita para una estancia ininterrumpida o estancias sucesivas por un periodo o suma de periodos cuya duración total no exceda de tres meses por semestre a partir de la fecha de la primera entrada, es decir, que no exceda de noventa días por periodos de ciento ochenta días. Ello difiere del régimen de los ciudadanos extranjeros comunitarios, a quienes les es suficiente con el documento nacional de identidad o el pasaporte, sin necesidad de visado, al igual que sus familiares no comunitarios.

3. Residencia en España

Son residentes los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir. Los residentes podrán encontrarse en la situación de residencia temporal o de residencia de larga duración.

3.1. *Residencia temporal*

La *residencia temporal* es la situación que autoriza a permanecer en España por un periodo superior a noventa días e inferior a cinco años. Las autorizaciones de duración inferior a cinco años podrán renovarse, a petición del interesado, atendiendo a las circunstancias que motivaron su concesión.

Para la expedición de la autorización, será necesario cumplir los siguientes requisitos:

- Disponer de medios suficientes para sí y, en su caso, para los de la familia del británico (art. 47 RD 557/2011).
- No padecer ninguna de las enfermedades que pueden tener repercusiones de salud pública graves.

- Contar con un seguro público o un seguro privado de enfermedad concertado con una entidad aseguradora autorizada para operar en España.
- Carecer de antecedentes penales en España o en los países anteriores de residencia, por delitos existentes en el ordenamiento español, y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido.
- Poner en conocimiento de las autoridades competentes de España los cambios de nacionalidad, estado civil y domicilio.

También existe el visado de *residencia temporal y trabajo*, que autorizará a realizar actividades lucrativas por cuenta propia o ajena. La autorización de trabajo se concederá conjuntamente con la de residencia. Los requisitos son los siguientes:

- Alta del trabajador en la Seguridad Social.
- Si se trata de una profesión para la que se exija una titulación especial, será necesaria la tenencia y, en su caso, homologación del título correspondiente y, si las leyes así lo exigiesen, la colegiación.
- En caso de *trabajo por cuenta ajena*, se podrá conceder una autorización inicial de residencia y trabajo, que habilita al ciudadano extranjero para buscar empleo en España durante tres meses. Para ello, se tendrán en cuenta los indicadores de empleo nacionales (aunque existen excepciones). Si el ciudadano no lo consigue, deberá abandonar el país. Si lo consigue, el empleador deberá aportar el contrato de trabajo, garantizando una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización, y el ciudadano británico deberá solicitar el visado correspondiente. Para trabajos de temporada, se requiere el visado de residencia y trabajo de temporada, que habilita para trabajar por cuenta ajena hasta nueve meses en un periodo de doce meses consecutivos.

La autorización se renovará a su expiración en estos casos:

- Cuando persista o se renueve el contrato de trabajo que motivó su concesión inicial, o cuando se cuente con un nuevo contrato.
- Cuando por la autoridad competente, conforme a la normativa de la Seguridad Social, se hubiere otorgado una prestación contributiva por desempleo.
- Cuando el extranjero sea beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción social o laboral.
- Cuando concurren otras circunstancias previstas reglamentariamente, en particular, los supuestos de extinción del contrato de trabajo o suspensión de la relación laboral como consecuencia de ser víctima de violencia de género.

A partir de la primera concesión, las autorizaciones se concederán sin limitación alguna de ámbito geográfico u ocupación.

- En caso de *trabajo por cuenta propia*, se deberá acreditar el cumplimiento de todos los requisitos que la legislación vigente exige a los nacionales para la apertura y funcionamiento de la actividad proyectada, así como los relativos a la suficiencia de la inversión y la potencial creación de empleo. La autorización se limitará a un ámbito geográfico no superior al de una comunidad autónoma y a un sector de actividad.

Para la renovación de las autorizaciones de residencia temporal, se tendrán en cuenta 1) los antecedentes penales del solicitante, 2) el cumplimiento de las obligaciones tributarias y de la Seguridad Social y 3) el esfuerzo de integración social realizado, previo informe de la comunidad autónoma.

Vistas las anteriores consideraciones generales, las principales diferencias *post-brexít* para los ciudadanos británicos son las siguientes:

- Los familiares del ciudadano extranjero comunitario sólo tienen que solicitar la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión (coste de 10,60 euros) para poder residir en España. Los familiares del no comunitario, al igual que éste, deben solicitar el visado (coste de 60 euros).
- El ciudadano comunitario sólo necesita el documento nacional de identidad o el pasaporte para residir en nuestro país, más el contrato de trabajo o la acreditación del trabajo por cuenta propia en caso de ejercer una actividad laboral o, en su defecto, la acreditación de disponer de los medios suficientes de sustento para él y su familia (art. 54 RD 557/2011) y un seguro de enfermedad, de modo que no sean una carga para las asistencias sociales españolas y el Sistema Nacional de Salud.
- Bajo el régimen jurídico comunitario, el ciudadano y sus familiares deben solicitar el certificado de registro en la oficina de extranjería o en la comisaría de policía correspondiente. Sin embargo, para los ciudadanos extranjeros no comunitarios no se prevé la obligación de registro de la entrada en nuestro país¹.

3.2. Residencia de larga duración

La *residencia de larga duración* es la situación que autoriza a residir y trabajar en España indefinidamente y en las mismas condiciones que los españoles. Tendrán derecho a residencia de larga duración, de forma indistinta, las siguientes personas:

- Las que hayan tenido residencia temporal en España durante cinco años de forma continuada y no hayan causado ausencias del territorio español superiores a seis meses continuados, siempre que la suma de éstas no supere el total de diez meses dentro de los cinco años referidos, salvo que las correspondientes salidas se hubieran efectuado de manera irregular.

¹ Concretamente, el artículo 14 del Real Decreto 557/2011 establece que «[l]as entradas realizadas en territorio español [...] por extranjeros a los que no les sea de aplicación el régimen comunitario de extranjería, *podrán* ser registradas por las autoridades competentes en el Registro Central de Extranjeros, a los efectos de control de su periodo de permanencia legal en España» (el énfasis en cursiva es mío).

- Los residentes que sean beneficiarios de una pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, incluida dentro de la acción protectora del sistema español de la Seguridad Social.
- Los residentes que sean beneficiarios de una pensión de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez, en su modalidad contributiva, incluida dentro de la acción protectora del sistema español de la Seguridad Social o de prestaciones análogas a las anteriores obtenidas en España y consistentes en una renta vitalicia, no capitalizable, suficiente para su sostenimiento.
- Los residentes que hayan nacido en España y, al llegar a la mayoría de edad, hayan residido en España de forma legal y continuada durante, al menos, los tres años consecutivos inmediatamente anteriores a la solicitud.
- Los extranjeros que hayan sido españoles de origen y hayan perdido la nacionalidad española.
- Los residentes que, al llegar a la mayoría de edad, hayan estado bajo la tutela de una entidad pública española durante los cinco años inmediatamente anteriores de forma consecutiva.
- Los apátridas, refugiados o beneficiarios de protección subsidiaria que se encuentren en territorio español y a quienes se les haya reconocido el respectivo estatuto en España.
- Los extranjeros que hayan contribuido de forma notoria al progreso económico, científico o cultural de España o a la proyección de España en el exterior. En estos supuestos, corresponderá al titular del Ministerio de Trabajo e Inmigración la concesión de la autorización de residencia de larga duración, previo informe del titular del Ministerio del Interior.

A estos extranjeros les será entregada una tarjeta de identidad de extranjero que deberán renovar cada cinco años.

Vistas las anteriores consideraciones generales, la principal y preocupante diferencia *post-brexít* para los ciudadanos británicos radica en el certificado que se expide para la residencia del ciudadano en España. Al ciudadano comunitario se le entrega un «certificado del derecho a residir con carácter permanente», expedido por los funcionarios públicos (oficina de extranjería o comisaría de policía) tras los cinco años de residencia continuada en nuestro país. Tal certificado no caduca (en el artículo 10 del Real Decreto 240/2007 no se prevé caducidad alguna ni en ningún otro precepto, a diferencia de los certificados para residencia temporal y estancia), por lo que su validez no está condicionada a ningún tipo de renovación posterior. Ello no ocurre con la tarjeta de identidad de extranjero prevista para los ciudadanos extranjeros no comunitarios pues, como vimos, debe renovarse cada cinco años.

Entiendo que, salvo que el Reino Unido y la Unión Europea pacten un régimen distinto, España está obligada a dejar de reconocer validez a los certificados expedidos con anterioridad al *brexit*, de modo que los ciudadanos británicos que actualmente los tienen deberán

solicitar la tarjeta de identidad de extranjero prevista en la Ley Orgánica 4/2000 en caso de que las negociaciones resulten infructuosas, con las consiguientes renovaciones posteriores. Y tal obligación no es atribuible al libre albedrío del Estado español, sino a la literalidad del artículo 50.3 del Tratado de la Unión Europea, ya que, desde el momento en el que dejan de aplicarse las normas comunitarias al Reino Unido, pierden efecto los certificados, tarjetas o documentos cualesquiera concedidos conforme a aquéllas.

4. Otras cuestiones

- *Un ciudadano británico en activo por cuenta ajena que posee el visado de residencia temporal y trabajo es despedido justamente en un periodo muy próximo (por ejemplo, una semana antes) al cumplimiento de los cinco años necesarios para solicitar el certificado del derecho a residir con carácter permanente, a pesar de que el contrato de trabajo prevé una duración que supera la fecha de otorgamiento del certificado. ¿El ciudadano tiene derecho a tal certificado a pesar del despido?*

Se trata de un hipotético y complejo supuesto que es contrario a la práctica habitual consistente en contratar y despedir trabajadores en situación irregular. La solución que se expone no es unánime, pues dependerá principalmente de la causa de la extinción laboral alegada por el empleador, entre otros factores. Por tanto, existen diversas variables que no pueden ser abordadas plenamente en este trabajo.

Resultaría raro (y torpe) alegar como causa la proximidad del otorgamiento del certificado en cuestión o la propia condición de extranjero del trabajador. Más previsible sería que el empleador alegara otras causas objetivas (despido objetivo) o disciplinarias (despido disciplinario) para revestir de procedencia al despido.

El ciudadano británico debería impugnar el despido alegando la mala fe del empleador, principalmente en el ejercicio del fraude de ley consistente en la utilización del despido previsto legalmente para impedir que el trabajador acceda al certificado. En su escrito al juzgado, la defensa del trabajador debería solicitar una medida cautelar que impida la expulsión del ciudadano del país hasta que no se resolviera el litigio. Si finalmente se consigue la nulidad del despido, el ciudadano debe ser readmitido a su puesto de trabajo en las mismas condiciones que si tal despido no hubiera tenido lugar. Si se declara improcedente, todo dependerá de la elección del empleador entre la extinción efectiva o la readmisión.

Con todo, la percepción de la prestación por la situación legal de desempleo desde el despido permite la renovación automática de la autorización de residencia y trabajo (art. 38.6b de la LO 4/2000) y, en consecuencia, entiendo que el ciudadano británico podría seguir residiendo legalmente en España y cumplir el plazo de cinco años para solicitar el certificado de residencia permanente.

Si no se tiene derecho a tal prestación por desempleo, existen las siguientes posibilidades (art. 71 del RD 557/2011)²:

² Puede verse un caso paradigmático en la Sentencia 38/2014, de 3 de febrero, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Barcelona (JUR 2014\88213).

- Acreditar la realización habitual de la actividad laboral para la que se concedió la autorización durante un mínimo de seis meses por año y el trabajador:
 - ▶ haya suscrito un contrato de trabajo con un nuevo empleador acorde con las características de su autorización para trabajar, y figure en situación de alta o asimilada al alta en el momento de solicitar la renovación;
 - ▶ o disponga de un nuevo contrato que reúna los requisitos establecidos legalmente y con inicio de vigencia condicionado a la concesión de la renovación.
- Acreditar que ha trabajado al menos tres meses por año y, cumulativamente:
 - ▶ que la relación laboral que dio lugar a la autorización cuya renovación se pretende se interrumpió por causas ajenas a su voluntad;
 - ▶ que ha buscado activamente empleo, mediante su inscripción en el Servicio Público de Empleo competente como demandante de empleo;
 - ▶ y que en el momento de solicitar la renovación tiene un contrato de trabajo en vigor.
- *¿En qué situación quedan los familiares de un ciudadano británico que conviven con éste conforme a una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión tras la inaplicación del régimen comunitario a Reino Unido?*

Los familiares de un ciudadano británico que no tengan nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea dejarán de tener los privilegios previstos para los familiares de ciudadanos comunitarios, es decir, sería aplicable el régimen de reagrupación familiar previsto en los artículos 16 y siguientes de la Ley Orgánica 4/2000. El ciudadano británico ya no sería un «ciudadano de la Unión» y la tarjeta quedaría sin efecto.

Out is out.

Para cualquier duda, por favor póngase en contacto con:

Miguel Troncoso

Socio director, Bruselas

Tel.: 32 (0) 2 231 12 20

mtroncoso@gomezacebo-pombo.com

Miguel Lamo de Espinosa

Socio, Madrid/Londres

Tel.: (34) 91 582 91 00

mlamo@gomezacebo-pombo.com

Mónica Weimann

Socia residente, Londres

Tel.: 44 (0)20 7329 5407

mweimann@gomezacebo-pombo.com

Javier Vinuesa

Socio, Madrid

Tel.: (34) 91 582 91 00

jvinuesa@gomezacebo-pombo.com

Santiago Gómez-Acebo

Socio, Madrid

Tel.: (34) 91 582 91 00

sga@gomezacebo-pombo.com

Para más información consulte nuestra web www.gomezacebo-pombo.com, o diríjase al siguiente e-mail de contacto: brexit@gomezacebo-pombo.com

Barcelona | Bilbao | Madrid | Valencia | Vigo | Bruselas | Lisboa | Londres | Nueva York