

EL TRABAJO POR CUENTA PROPIA DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

SELF-EMPLOYED FOREIGN WORKERS IN SPAIN

MARÍA LUISA TRINIDAD GARCÍA *

Completo estudio del régimen jurídico aplicable a los extranjeros que quieren realizar en España una actividad económica por cuenta propia. Se pasa revista a las distintas situaciones según se trate de comunitarios o ciudadanos de países del Espacio Económico Europeo, de nacionales de países con los que la Unión Europea tiene Acuerdos de Cooperación y Asociación y, finalmente, los sometidos al régimen general. La perspectiva utilitarista de la inmigración considerada como mano de obra necesaria ha permitido que se inicie un discurso en el que se justifica que se prevean mecanismos legales más ágiles que faciliten la contratación de mano de obra inmigrante que deja fuera, por ende, al trabajador por cuenta propia. El desinterés del legislador por este tipo de trabajador encuentra su máxima expresión en la supresión de la motivación para denegar el preceptivo visado. El análisis en detalle de los requisitos administrativos previstos subraya que en la legislación laboral de extranjería se marca una distancia cada vez mayor entre trabajador por

* Universidad de Almería.

cuenta ajena y trabajador por cuenta propia que no se corresponde con las tesis más avanzadas de la doctrina laboralista partidaria, justamente, de equiparar en derechos y garantías ambas categorías de trabajadores.

Palabras claves: regímenes jurídicos diferenciados; desinterés del legislador; burocracia disuasoria; desigual protección

This is a full study of the legal system applicable to self-employed foreigners wishing to carry out an economic activity in Spain. The focus varies according to the country of origin of the individual, whether it lies within the European Economic Community, whether it is a country with which the European Union has co-operation and association agreements or finally, whether it is under the general regime. The utilitarian perspective which considers immigration as necessary manual labour has justified more efficient legal mechanisms to facilitate the employment of immigrant manual workers. These mechanisms do not apply to self-employed workers. The lack of interest of legislators in this type of worker is highlighted by the suppression of motivation and refusal of the mandatory visa. The detailed analysis of the anticipated administrative requirements emphasises that within the labour legislation for immigrants there is a marked difference between those who work for an employer and those who are self-employed and there is no correspondence or comparison with the more far reaching policies of the labour doctrine with regard to the rights and guarantees of both categories of workers.

Key words: different legal systems; legislators' indifference; complex bureaucracy (red tape); unequal protection

I. DELIMITACIÓN DE SUPUESTOS: EMPRESARIO INDIVIDUAL, PROFESIONAL LIBERAL O AUTÓNOMO

Cuando hablamos de trabajo por cuenta propia ejercido por extranjeros en España, la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11

de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social¹ (en adelante LOEXIS) recoge en preceptos distintos la situación del trabajo por cuenta propia «ejerciendo una profesión para la que se exija una titulación especial (art. 36-2) y lo que describe como «actividades económicas por cuenta propia en calidad de comerciante, industrial, agricultor o artesano» a lo que dedica el art. 37. Entre ambos preceptos se alude al conjunto de situaciones que podemos incluir en el concepto de trabajo por cuenta propia: realizar una actividad lucrativa laboral o profesional, bien, en calidad de trabajador autónomo, bien, como empresario individual empleador en nuestro país. Los extranjeros que reúnen los requisitos previstos en la Ley y en las disposiciones que la desarrollan —principalmente su Reglamento de ejecución²—, *adquieren* el derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia —o ajena—, así como el acceso al sistema de la Seguridad Social (art. 10-1 LOEXIS).

Conforme al Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social³ (LGSS), están comprendidos en dicho sistema, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, los trabajadores por cuenta propia o autónomos, sean o no titulares de empresas individuales o familiares, mayores de dieciocho años. El art. 7-1 LGSS hace explícita referencia a «todos los españoles», pero en su apartado 5 extiende el ámbito de aplicación a los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos, que residan y se encuentren legalmente en territorio español. Con respecto a los nacionales de otros países, continúa el precepto, se estará a lo que se disponga en los

¹ BOE, núm. 307 de 23 de diciembre de 2000.

² Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. BOE, núm. 174 de 21 de julio.

³ BOE de 29 de junio de 1994.

Tratados, Convenios, Acuerdos o Instrumentos ratificados, suscritos o aprobados al efecto o a cuantos les fuere aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida.

Los trabajadores por cuenta propia, sean nacionales o extranjeros, se someten al Régimen Especial para los trabajadores por cuenta propia o autónomos⁴, en el que se incluyen las personas que realizan de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción por ella a contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas. En este orden debemos hacer también mención del Régimen Especial de Trabajadores Agrícolas⁵. Se caracteriza por aplicarse tanto a los trabajadores por cuenta ajena agrarios como a los que lo son por cuenta propia cuando son mayores de dieciocho años, y tienen la titularidad de pequeñas explotaciones agrarias sobre las que realizan su actividad de forma personal y directa, incluyendo también a sus familiares colaboradores.

I. CONDICIONES EXIGIDAS PARA EL ESTABLECIMIENTO

1. Alcance de las situaciones especiales contempladas en compromisos internacionales

Las condiciones previstas para el establecimiento por cuenta propia no han sido ni son exigibles en el mismo grado para todos los extranjeros. El trabajo por cuenta propia también está sujeto a regímenes jurídicos distintos

⁴ Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se crea el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos y la Orden Ministerial de 24 de septiembre de 1970, por la que se dictan normas para la aplicación y desarrollo del RETA.

⁵ Decreto 3772/1972, de 20 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social. Modificado por Ley 55/1999 de 29 de diciembre.

sobre la base de los distintos compromisos internacionales que tiene nuestro país. Así, por ejemplo, cuando se produjo nuestra incorporación a la Unión Europea en 1986, la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad fue operativa para el trabajo por cuenta propia de manera inmediata y la equiparación se hizo extensiva a los nacionales de los países del Espacio Económico Europeo a través del Acuerdo de Oporto⁶.

El régimen jurídico sobre entrada y permanencia en España de los nacionales de un país comunitario así como el de los nacionales de los Estados que conforman el Espacio Económico Europeo⁷, acaba de ser reformado por Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero⁸. Según se indica en el Preámbulo, había que acomodar sus disposiciones a la Declaración firmada en Marsella el 28 de julio de 2000 por los Ministros de Interior de Francia, Alemania, Italia y España en orden a suprimir la obligación de poseer una tarjeta de residencia en determinados supuestos. De hecho, tal formalidad administrativa se contempla ahora como una exigencia limitada a los casos expresamente establecidos (art. 3-3 en relación con el art. 8), aunque todo interesado que la solicite puede obtenerla (art. 6-2).

Con carácter general y sin perjuicio de los límites (capítulo IV) y de las personas exceptuadas (las señaladas en el párrafo c) del art. 2), las incluidas en su ámbito de aplicación «tienen derecho a entrar, salir, circular y permanecer libremente en territorio español, previo cumplimiento de las formalidades previstas...» (art. 3-1). Y, asimismo, «tie-

⁶ Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, hecho en Oporto el 2 de mayo de 1992. BOE, núm. 21, de 25 de enero de 1994.

⁷ Junto con España, estos países son en la actualidad: Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Islandia, Italia, Liechtenstein, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Suecia.

⁸ BOE, núm. 46 de 22 de febrero de 2003. La primera regulación se llevó a cabo por el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, siendo posteriormente modificado por los Reales Decretos 737/1995, de 5 de mayo y 1710/1997, de 14 de noviembre.

nen derecho a acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, en las mismas condiciones que los españoles...» (art. 3-2). Los supuestos contemplados como exentos de obtener la tarjeta de residente se relacionan con «trabajadores por cuenta propia o ajena, estudiantes o beneficiarios del derecho a residir con *carácter permanente*» que sean nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre EEE (art. 6-1, a), así como sus familiares y los de los ciudadanos españoles cuyo vínculo sea uno de los establecidos en el artículo 2, o se trate de *trabajadores transfronterizos*.

Otras personas que van a disfrutar de un régimen jurídico privilegiado son los nacionales suizos tras la entrada en vigor del Acuerdo sobre libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros y Suiza hecho en Luxemburgo el 21 de junio de 1999⁹. Conforme a su art 1:

«El objetivo del presente Acuerdo, a favor de los nacionales de los Estados miembros de la Comunidad Europea y de Suiza, es:

- a) conceder un derecho de entrada, de residencia y de acceso a una actividad económica por cuenta ajena, de establecimiento como trabajador autónomo y el derecho de residir en el territorio de las Partes Contratantes;
- b) facilitar la prestación de servicios en el territorio de las Partes Contratantes, y en particular liberalizar la prestación de servicios de corta duración;
- c) conceder un derecho de entrada y de residencia, en el territorio de las Partes Contratantes, a las personas sin actividad económica en el país de acogida;
- d) conceder las mismas condiciones de vida, de empleo y de trabajo que las concedidas a los nacionales.»

⁹ BOE, núm. 148 de 21 de junio de 2002.

Por otro lado, en algunos de los Acuerdos de Asociación de la Unión Europea como es el caso con Turquía o los llamados «Acuerdos Europeos» con los países de la Europa Central y Oriental (República Checa, Eslovaquia, Rumania, Bulgaria, Hungría y Polonia), el ejercicio de actividades económicas se retiene como derecho a un trato no menos favorable que el que se conceda a los propios nacionales¹⁰. Pero es importante, a este respecto, no perder de vista que en estos acuerdos los preceptos se dirigen a regular la situación de aquellas personas que se encuentran establecidas en la Unión con cierto carácter de permanencia. Por

¹⁰ La UE está llevando a cabo una destacada labor de creación de estatutos diferenciados —más favorables— respecto de nacionales de países de terceros Estados con los que concluye Acuerdos de asociación y establecimiento. Estos acuerdos son: con Hungría el 16 de diciembre de 1991 (DOCE L 397, de 31 de diciembre de 1993, p.1); con Polonia el 16 de diciembre de 1991 (BOE, núm. 106, de 4 de mayo de 1994); con Bulgaria el 8 de marzo de 1993 (DOCE L 358, de 31 de diciembre de 1994, p. 1, BOE, núm. 13, de 15 de enero de 1997); con República Checa, el 4 de octubre de 1993 (BOE, núm. 185, de 4 de agosto de 1995); con Eslovaquia, el 4 de octubre de 1993 (BOE, núm. 183, de 2 de agosto de 1995); con Lituania, el 12 de junio de 1995 (BOE, núm. 60, de 11 de marzo de 1998); con Estonia el 12 de junio de 1995 (BOE, núm. 60, de 11 de marzo de 1998); con Letonia el 12 de junio de 1995 (BOE, núm. 56, de 6 de marzo de 1998); con Eslovenia, el 10 de junio de 1996 (DOCE L 51, 26 de febrero de 1999, pp. 3-201); con Rusia en 1997 (DOCE C 327, de 28 de noviembre de 1997, pp. 3-69); con Ucrania en 1998 (DOCE C 49, de 19 de febrero de 1998, pp. 3-46); con Moldavia en 1998 (DOCE C 181, de 24 de junio de 1998; pp. 3-48). Asimismo, cabe citar los Acuerdos Mediterráneos de Asociación con todos los países ribereños del Mediterráneo, a excepción de Libia, y que son: con Israel el 20 de noviembre de 1995 (Conseil, 10373/95); Túnez, el 17 de julio de 1995, (Conseil, 7761/95) con entrada en vigor el 1 de marzo de 1998 (DOCE, L 97, de 30 de marzo de 1998); Marruecos, de 15 de noviembre de 1995 (Conseil, 41 32/96), BOE de 1 de marzo de 2000; con Jordania, de 24 de noviembre de 1997 (Bull. UE 11, 1997); y provisional con OLP (DOCE L 187, de 16 de julio de 1997). Además, ha firmado Acuerdos con Egipto, Siria, Líbano y Argelia, además de mantener los existentes con Turquía, Chipre y Malta, en los que, entre otros diversos aspectos de tipo político, social, cultural, económico..., se prevén disposiciones en ámbitos tales como la libre circulación de servicios, capitales, derechos de establecimiento, libre competencia, emigración ilegal, etc.

tanto, el derecho a un trato no menos favorable considerado en el momento inicial de llevar a cabo la actividad económica, no elimina el cumplimiento de las condiciones exigidas por el derecho interno de extranjería del Estado miembro en el que se pretenda ejercer la actividad económica, (por ejemplo, respecto del caso de España, presentación del proyecto y justificación de la inversión y posible creación de puestos de trabajo), **aunque sí debe modular la apreciación discrecional sobre el grado de cumplimiento de dichas condiciones, en la medida en que los nacionales (y asimilados) están exentos de satisfacer tales requisitos.**

Si volvemos la cara a Latinoamérica, también podemos encontrar algunos casos de privilegio derivados de un compromiso internacional. Así ocurre con el art. 7 de los Convenios de doble nacionalidad con Chile y Perú¹¹, y el art. 8 del antiguo Tratado de reconocimiento, paz y amistad celebrado entre España y la República de Uruguay el 19 de julio de 1870¹². En términos muy similares, los artículos apelan al disfrute de los derechos y ventajas que les otorguen las legislaciones nacionales, respectivamente, y «... en consecuencia, podrán especialmente: viajar y residir en los territorios respectivos; establecerse dondequiera que lo juzguen conveniente para sus intereses; adquirir y poseer toda clase de bienes muebles e inmuebles; ejercer todo género de industria; comerciar tanto al por menor como al por mayor; ejercer oficios y profesiones, gozando de

¹¹ Convenio de doble nacionalidad con Chile de 24 de mayo de 1958, BOE, núm. 273, de 14 de noviembre y con Perú de 16 de mayo de 1959. BOE, núm. 94, de 19 de abril de 1960.

¹² Sobre el tenor de su art. 8, la Sala 3.^a, Sección 4.^a, del Tribunal Supremo en sentencia de 10 de octubre de 2002, reconoce el derecho de un nacional uruguayo a obtener su permiso de trabajo en España. Noticia obtenida en el Diario La Ley n.º 5659. Sobre el alcance de esta sentencia puede verse mi trabajo «Incidencia del Tratado concertado con Uruguay en el siglo XIX sobre los flujos migratorios del siglo XXI», prevista su publicación en el núm. 2 de la *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*.

protección laboral y de seguridad social y tener acceso a las autoridades de toda índole y a los Tribunales de Justicia, todo ello en las mismas condiciones que los nacionales. El ejercicio de estos derechos queda sometido a la legislación del país en que tales derechos se ejercitan».

Esta salvedad final puede introducir la duda de si, en definitiva, para el ejercicio de actividades por cuenta propia hay que estar a lo dispuesto en la Ley de Extranjería y, por tanto, someterse a las mismas condiciones previstas en el régimen general, o encontramos una concesión directa en la titularidad de un derecho que, evidentemente, en su ejercicio estará sometido a la legislación española. Como expusimos al trabajar la jurisprudencia española de los años 1980 a 1992 en relación con este punto concreto (Moya Escudero, M., Trinidad García, M.L. y Carrascosa González, 1993, pp. 75-78), el Tribunal Supremo nos ha depurado interpretaciones dispares según que la sección de la Sala 3 fuera la número 6 o la número 7. Para los integrantes de aquélla, la lectura del art. 7 de estos Convenios debe hacerse según una remisión a lo dispuesto en la legislación interna de extranjería con lo que no se reconoce la existencia de un derecho a obtener el permiso de trabajo (entre otras, STS de 16 de febrero de 1991)¹³, o bien, la que compartimos, que entiende que el derecho reconocido en un Convenio no puede resultar recortado por remisión a ley interna (SS. TS de 15 y 19 de noviembre de 1990)¹⁴.

Durante la década de los noventa, parece que se impone la segunda de las corrientes (que el mencionado artículo 7 contiene el reconocimiento explícito de un derecho a obtener un permiso de trabajo), y así se reconoce en la STS de 15 septiembre de 1998¹⁵, y unos años antes, en el Fundamento quinto de la STS de 22 de diciembre de 1995¹⁶, se podía leer que:

¹³ R.A.J., núm. 1051.

¹⁴ R.A.J., núm. 8480 y R.A.J., núm. 8486.

¹⁵ R.A.J., núm. 6916.

¹⁶ R.A.J., núm. 9684.

«Es doctrina consolidada de esta Sala desde la Sentencia de 21 mayo 1990 (entre otras, Sentencias de 1 junio, 7 julio y 19 noviembre 1990, 23 febrero 1991 y 8 y 25 febrero 1992) que el artículo 7 del Convenio de doble nacionalidad con Chile, de 24 mayo 1958, *consagra directamente el derecho de los súbditos chilenos a trabajar en España* (al igual que el Tratado con Perú respecto de los peruanos), con la consecuente obligación de las autoridades laborables españolas a otorgarles el permiso de trabajo para el ejercicio de su derecho.

La Ley Orgánica 7/1985, en su artículo tercero, establece que «lo dispuesto en esta Ley se entenderá en todo caso sin perjuicio de lo establecido en las Leyes especiales y en los Tratados Internacionales en los que sea parte España», lo que implica, además de cuanto resulta del artículo 96 de la Constitución Española, salvar específicamente la eficacia de estos Tratados. Y en el mencionado artículo 7 del Convenio se consagra inequívocamente el derecho de los chilenos en España (y de los españoles en Chile) a ejercer todo género de industrias y «ejercer oficio y profesiones gozando de protección laboral y de la Seguridad Social».

Igualmente, merece destacarse el razonamiento jurídico conforme al cual se afirma que:

«No se trata de una simple remisión desde el Convenio a la legislación española, como ocurre en otros Convenios, y en cuya técnica normativa al cambiar la legislación española pueden cambiar los derechos de los extranjeros concernidos por el Convenio, sino que en el Convenio Internacional con Chile se incluye un contenido propio y específico, y no sólo una abstracta remisión a la legislación de los Estados firmantes. Es en este contenido propio, que no resulta afectado por la Ley Orgánica 7/1985, en donde radica el título del derecho que la actora reclama y el que exigía el otorgamiento del permiso solicitado, cuya negación, también por este motivo, resulta contraria al ordenamiento jurídico.

Como se dijo en la citada Sentencia de 25 febrero 1992, el dato de que el artículo 7 del Convenio, tras la enunciación de los derechos que consagra, se cierre

con la expresión de que el ejercicio de estos derechos queda sometido a la legislación del país en que tales derechos se ejercitan, supone simplemente la necesidad de distinguir entre la titularidad del derecho a trabajar en España y el ejercicio de este derecho, siendo sólo este último, y no el derecho mismo en su atribución al ciudadano de Chile, el que viene sometido a la legislación española, sumisión a ella que, obviamente, también afecta a los ciudadanos españoles.»

Por nuestra parte, entendemos que viene en apoyo de una interpretación favorable a encontrar en el tenor del art. 7 una situación de privilegio de cara al ejercicio de actividades por cuenta propia —*sensu contrario*—, el reciente Protocolo que modifica el otro Convenio de doble nacionalidad que compartía idéntico tenor, el de Ecuador, porque aquí sí han modificado sustancialmente el tenor del precepto. Ahora se explícita en su texto que la sujeción a la legislación interna comporta la previa obtención de los permisos de residencia o de trabajo necesarios otorgándose, entonces, facilidades para la realización de actividades lucrativas, laborales o profesionales, por cuenta propia o ajena, en pie de igualdad con los nacionales del Estado de residencia.

Si la actual Administración española quiere que ése sea el alcance del beneficio de los Convenios de doble nacionalidad con Chile y Perú, tendrá que acordar sendos Protocolos de modificación. Si bien, no es previsible que esta iniciativa se vaya a emprender, ya que, el motivo más evidente que explica lo sucedido con Ecuador, es que el número de inmigrantes procedentes de ese país se ha disparado¹⁷.

¹⁷ El Protocolo modificadorio que entró en vigor el pasado 5 de julio de 2000 ha dejado, como decimos, el artículo con un alcance muy distinto al tenor anterior: «Los españoles en Ecuador y los ecuatorianos en España que no estuvieran acogidos a los beneficios que les concede este Convenio continuarán disfrutando de los derechos y ventajas que les otorgan las legislaciones ecuatoriana y española, respectivamente.

2. El ejercicio de la actividad económica en el régimen general: visado, permisos y autorizaciones según la actividad pretendida. Homologación de Título y Colegiación cuando proceda

Para los extranjeros sometidos al régimen general contamos con un entramado de permisos y autorizaciones a los que se refiere, de un lado, el artículo 25 LOEXIS con el *visado de entrada* y, de otro, el art. 36-1 LOEXIS de forma genérica —«para ejercer cualquier actividad lucrativa»— con mención del *permiso de residencia o autorización de estancia y una autorización administrativa para trabajar*. Ésta, ya claramente identificada con el permiso de trabajo, tanto en relación con el art. 36-2 (profesionales o autónomos) como para el art. 37 LOEXIS (actividades económicas en calidad de comerciante, industrial, agricultor o artesano).

Hay que destacar en este punto que la reforma de la Ley 4/2000 ha dado un salto cualitativo que dificultará el desempeño de tales actividades en España, al considerar innecesario que se motive la denegación del preceptivo visado para poder realizar una actividad por cuenta propia. El apartado 5 del art. 27 LOEXIS no deja duda cuando dice que:

«La denegación de visado deberá ser motivada cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena.»

Con sujeción a su legislación y de conformidad con el Derecho internacional, una vez concedidos los permisos de residencia o de trabajo necesarios, cada Parte otorgará a los nacionales de la otra facilidades para la realización de actividades lucrativas, laborales o profesionales, por cuenta propia o ajena, en pie de igualdad con los nacionales del Estado de residencia. La expedición de los permisos de trabajo será gratuita. Las respectivas autoridades garantizarán el goce efectivo de las facilidades mencionada, con sujeción al criterio de reciprocidad». El texto del Convenio en BOE, núm. 11, de 13 de enero de 1965. El Protocolo en BOE, núm. 196, de 16 de agosto de 2000.

Para justificar esta vuelta de tuerca, se explica que el porcentaje de peticiones para trabajo por cuenta propia es muy escaso —así lo hizo el PSOE para retirar su enmienda aceptando la propuesta del Grupo Popular—. A nuestro modo de ver, sin embargo, el recorte del derecho de defensa y de la tutela judicial efectiva que supone la ausencia de motivación, no admite justificaciones. Por esas sendas legales, el porcentaje no sólo será cada vez menor, sino que, el propio reconocimiento del derecho al ejercicio de una actividad por cuenta propia, puede resultar artificioso.

2.1. *Endurecimiento de los criterios recogidos para valorar la concesión del permiso: perspectiva nacional y comunitaria*

Los criterios para conceder y denegar los permisos y autorizaciones, se han endurecido particularmente desde la creación del Espacio Schengen. Además, durante la efímera vida de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social¹⁸, no se han podido advertir diferencias sustanciales, pues, al respecto, el texto no incorporó novedades importantes y se seguía aplicando el Reglamento de ejecución de la Ley de Extranjería de 1985 que, justamente, se adaptó a dicho Espacio en 1996. Un paréntesis, no obstante, en este panorama lo ha representado el conjunto normativo dictado a propósito del proceso extraordinario de regularización que sí suavizaba las condiciones para favorecer el ejercicio de la actividad de que se trate.

El desarrollo reglamentario vigente (en adelante REXIS), presenta como acertada novedad la eliminación de la referencia a las razones de competencia (Trinidad García, M.L., 2000, p. 5), mejora la redacción de los distintos preceptos que tocan el tema (arts. 70 a 75), y extiende a los permisos por cuenta propia los supuestos privilegiados en los que no se va a tener en cuenta la situación nacional de

¹⁸ BOE, núm. 10, de 12 de enero de 2000.

empleo a la hora de conceder el permiso (art. 71-1 en relación con el art. 70-2, e). Sin embargo, más allá de estos aspectos positivos, los criterios enjuiciables discrecionalmente por la Administración se mantienen en la línea restrictiva precedente, recuperándose la referencia al régimen de reciprocidad suprimido en la Ley 4/2000.

En el momento de la concesión del visado de residencia para realizar una actividad lucrativa por cuenta propia o del correspondiente permiso, se *tomará en consideración*:

- incidencia de la actividad a realizar en la creación de empleo,
- aportación de capital, nuevas tecnologías o mejora de las condiciones de producción,
- suficiencia de la inversión para llevar a cabo la explotación del proyecto,
- que el solicitante reúne la cualificación profesional exigible,
- acredita el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa específica aplicable a los nacionales para la apertura y normal funcionamiento de la actividad de que se trate, y
- el régimen de reciprocidad existente en el país de origen del extranjero

El REXIS incorpora una definición sobre cómo entender y aplicar esa reciprocidad de manera que se atenderá al conjunto de disposiciones favorables o limitativas a que los españoles sean sometidos (art. 70-3).

Por otro lado, las causas que justifican la denegación aparecen recogidas en el art. 74-2 REXIS. Son una continuación de lo recogido en el Reglamento de 1996, incluida la alusión genérica por la que la autoridad competente — mediante resolución debidamente motivada— podrá denegar cuando concurra *cualquier causa* considerada motivo suficiente. La perpetuación, de hecho, de este cajón de sastre hace innecesario, en realidad, que se establezcan causas específicas; pero, en tanto que persisten, también lo hace nuestra valoración crítica (Trinidad García, M.L., 2001, pp. 266-267) a que se pueda denegar el permiso

cuando la actividad proyectada no favorece la creación de puestos de trabajo ni implica una aportación de capital que pueda contribuir al crecimiento de la economía nacional (art. 74.2, a). Aunque tales razones son concordantes con lo que mantiene la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 30 de noviembre de 1994, sobre limitación a la admisión de nacionales de terceros países en los Estados miembros para ejercer en ellos una actividad profesional por cuenta propia¹⁹, no dejan de parecerse criterios desproporcionados para una actividad inicial ejercida por una persona individual que, en todo caso, sólo se deberían atender de forma positiva, esto es, como motivos para conceder pero no como razones para denegar.

Por su parte, la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países por razones de trabajo por cuenta ajena y de actividades económicas por cuenta propia²⁰, presenta luces y sombras. Entre las primeras, cabe destacar (considerandos siete y ocho) el establecimiento de un único procedimiento nacional de solicitud que conduzca, en un solo acto administrativo, a la concesión de un título combinado de residencia y permiso de trabajo. Entre las segundas, que el criterio principal para admitir a nacionales de terceros países para realizar actividades por cuenta propia sea probar la existencia de un valor añadido para el empleo o el desarrollo económico o cultural del Estado miembro anfitrión. Insistimos en la idea de que al calibrar la importancia de la inversión, lo razonable es que se atienda a su suficiencia para la propia explotación y no que el referente sea la economía nacional del respectivo Estado miembro, porque las actividades económicas modestas

¹⁹ DOCE C 274 de 19.9.1996.

²⁰ DOCE C 332 E/248 de 27.11.2001. Puede verse la Nota de la ponente Anna Terrón, Portavoz socialista en la Comisión de Libertades públicas y Ciudadanía, Justicia y Asuntos Interiores, sobre su Informe al Parlamento Europeo sobre dicha Propuesta de Directiva en <http://www.psc.es/ambit/parlameuropeu/documents/deafault.asp?apt=1732>.

también deben poder tener acogida. Por otro lado, estas circunstancias son especialmente llamativas porque en modo alguno interfieren cuando se trata de nacionales o comunitarios.

Las solicitudes de permiso podrán presentarse tanto ante la representación diplomática del Estado de destino como en este mismo, cuando el solicitante ya reside en ese territorio o se encuentra en él legalmente.

El capítulo III se dedica específicamente a este tipo de actividad bajo la rúbrica «Entrada y residencia para realizar actividades por cuenta propia» (arts. 17 a 24).

Dice el art. 17:

- «1. Los Estados miembros sólo autorizarán a los nacionales de terceros países a entrar y residir en su territorio para ejercer actividades por cuenta propia cuando las autoridades competentes del Estado miembro de que se trate hayan expedido un “permiso de residencia-trabajador por cuenta propia” de conformidad con la presente Directiva.
2. El “permiso de residencia-trabajador por cuenta propia” será expedido si, una vez verificados los datos y documentos, se determina que el solicitante reúne los requisitos para obtener un «permiso de residencia-trabajador por cuenta propia» de conformidad con los artículos 18 y 19, y con sujeción a cualquier limitación que el Estado miembro imponga con arreglo a los artículos 26, 27 y 28.»

Hay que subrayar que se contempla como requisito la presentación de un plan de negocio detallado; prueba de tener suficientes medios financieros, incluidos recursos personales y, si procede, prueba de la inversión de la cantidad mínima requerida, incluidas garantías financieras. Asimismo, el art. 19 contempla la prueba de que la actividad prevista creará una oportunidad de empleo para el solicitante y repercutirá positivamente en el empleo o en el desarrollo económico del respectivo Estado miembro.

Al respecto, los Estados miembros pueden adoptar disposiciones nacionales con arreglo a las cuales se considere que se cumple ese presupuesto del art. 19, o que no se cumple para determinadas actividades por cuenta propia en sectores específicos y, en su caso, en una región concreta sin necesidad de un examen caso por caso. La previsión se justifica por la existencia, por ejemplo, de zonas consideradas de especial atención como ocurre en el caso de España con Baleares, Barcelona, Gerona, Las Palmas, Málaga, Tarragona, Tenerife, Alicante, Ceuta y Melilla.

Muy interesante es la regulación de un período inicial predeterminado que otorga validez al documento por un máximo de tres años. Será renovable durante períodos que no superen los tres años, de conformidad con la legislación nacional. La renovación deberá instarse con un período de antelación de tres meses a la fecha de vencimiento del permiso inicial, y las autoridades del lugar de realización de la actividad examinarán que se siguen cumpliendo las condiciones de la concesión inicial. No obstante, cuando el solicitante ya ha gozado de un permiso durante tres años, no tendrá que demostrar la repercusión positiva en el empleo o en el desarrollo económico del respectivo Estado. La previsión es lógica y, al menos, reduce en algo la burocracia del expediente y el margen discrecional de la autoridad para conceder la renovación. Cuando ésta se produce, el solicitante obtiene un «permiso de residencia-trabajador por cuenta propia» sin restricción alguna en cuanto al tipo de actividad o al lugar de su realización.

Al igual que para el «permiso de residencia-trabajo por cuenta ajena», la obtención fraudulenta es motivo de anulación (art. 23), y de suspensión o anulación cuando se comprueba la incorrección de los datos en los que se apoya la solicitud o no se han notificado convenientemente sus modificaciones. Asimismo, las razones de orden público o de seguridad nacional conformes con la Directiva pueden dar lugar a la suspensión o anulación (art. 23 en relación con el art. 27). Sin embargo, las *dificultades comerciales* no serán razón suficiente para dicha anulación,

siempre que no impidan hacer frente a los costes de vida a los que alude el apartado h) del art. 18-2 (mantenerse a sí mismo y a los miembros de su familia sin necesidad de depender de los servicios asistenciales del Estado miembro de acogida durante la duración de su estancia y tener un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos; los recursos se reputan suficientes cuando igualen o superen el umbral por debajo del cual el Estado miembro de acogida deberá prestar asistencia a sus nacionales o, en su defecto, no sean inferiores al nivel de subsidio mínimo de seguridad social pagado por el Estado miembro de acogida) en un período superior a:

- a) tres meses en un período de doce meses, para los titulares de un «permiso de residencia-trabajador por cuenta propia» que hayan realizado actividades como trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en el Estado miembro durante menos de dos años;
- b) seis meses en un período de doce meses, para los titulares de un «permiso de residencia-trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia» en el Estado miembro durante dos años o más.

Volviendo al tratamiento de la normativa española vigente, creemos que las autoridades españolas competentes tendrán que ponderar muy bien su aplicación, al menos, respecto de extranjeros residentes en España, si se quiere ser coherente con la finalidad integradora de la Ley y, desde luego, lo deben ser, como hemos visto, cuando se trate de nacionales de países terceros con los que la Unión tiene un Acuerdo de Asociación. En el primero de los casos lo hace ver la sentencia de 24 de marzo de 2000 emitida por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. La ponente, D.^a Celsa Pico Lorenzo, con un rigor argumentativo digno de ser subrayado, termina diciendo que:

«... estamos, pues, ante un supuesto que recoge el espíritu subyacente en la normativa sobre extranjería

tendente a conferir estabilidad laboral a los trabajadores extranjeros de larga residencia en territorio español. A ello no es óbice la aducida insuficiencia de la inversión ya que si bien aquélla no fue acreditada como era debido sí que se ha justificado su funcionamiento; estamos ante un pequeño negocio de restauración *sin que su modestia fuere razón suficiente para su denegación al atender a un segmento de población también existente*» (la cursiva es nuestra)²¹.

Al hilo de esta sentencia, hay que llamar la atención también del incremento de la discrecionalidad en el nuevo REXIS, ya que, ahora, se incorpora como causa de denegación específica —y que afecta tanto al permiso por cuenta ajena como al permiso por cuenta propia— *que el informe previo gubernativo sea negativo* (art. 74-1, h). Si unimos a esto las posibilidades de la cláusula de cierre general, y el hecho de no ser necesaria la motivación en el caso de visado, es claro que esta vía no es fácil para acceder a nuestro país, y sólo en el supuesto de residentes que demuestran cierto arraigo —si se consagra la línea jurisprudencial comentada— puede ser una opción que esté al alcance de un número mayor de extranjeros.

Lo visto queda lejos, lamentablemente, de la conclusión avanzada por P. Charro en el sentido de que dados los términos del art. 37 de la LOEXIS «una vez acreditado que se ha solicitado y que se está en condiciones de obtener las autorizaciones administrativas o, en su caso, que no procede la obtención de ninguna de ellas, la concesión del permiso de trabajo habrá de ser automática» (Charro Baena, P., 2001, p. 273). Compartiendo el criterio desde una aplicación estricta de la máxima que impide que un reglamento desarrolle un contenido no previsto en la ley, lo cierto es que en la materia que tratamos no es infrecuente una práctica de *deslegalización* dado el contenido que se le otorga a algunos preceptos del REXIS a partir de la refe-

²¹ STSJ de Cataluña, Sección 2.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 24-3-2000. RJCA, núm. 585.

rencia genérica del art. 10-1 de la LOEXIS cuando ya advierte que «los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen, tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena...». Resta medir en qué grado esa *deslegalización* podría hacer prosperar la nulidad, por ejemplo, del art. 74-2 REXIS o se mantendrá —como es casi seguro— en el margen de la facultad discrecional de la Administración para la debida aplicación de la Ley. Tendrán que ser los tribunales, finalmente, los que arrojen luz sobre esta delicada cuestión.

2.2. Regímenes especiales

A efectos de realizar una actividad lucrativa por cuenta propia, podemos incluir bajo la rúbrica de regímenes especiales, a los trabajadores transfronterizos con un permiso Tipo F y a los extranjeros autorizados para residir (apátridas, refugiados y familiares) a los que se habilitará para llevar a cabo una actividad lucrativa laboral o profesional (art. 66 REXIS).

Son *trabajadores transfronterizos* aquellos que desarrollan sus actividades en las zonas fronterizas del territorio español pero regresan diariamente a su lugar de residencia. No se deduce, sin embargo, del art. 76 REXIS que exista ningún trato especial de cara a la concesión y renovación ya que remite a los artículos 70 a 72 del régimen general y, además, se puntualiza que el haber sido titular de un permiso Tipo F no generará derecho para la obtención de un permiso de trabajo por cuenta propia o ajena, inicial o renovado.

La *extinción* se somete a las mismas causas de los permisos de trabajo por cuenta ajena y cuenta propia mediante resolución motivada de la autoridad competente para su concesión si:

- No eran ciertas las alegaciones presentadas para justificar la solicitud
- No se han cumplido las condiciones expuestas para su concesión

- La existencia de resolución sancionadora firme que extinga las prestaciones que dieran lugar a la renovación en caso de una prestación contributiva por desempleo o de prestación económica asistencial

2.3. Normas de procedimiento

La Sección 5.^a del Capítulo III REXIS relativo al permiso de trabajo y los regímenes especiales, desarrolla las normas de procedimiento. A nuestros efectos, seleccionaremos los preceptos que nos ayuden a conocer las singularidades de procedimiento en el permiso por cuenta propia.

Conforme al art. 80 d), el propio extranjero es el *sujeto legitimado* para solicitar tanto la concesión inicial como, en su caso, la renovación. Dicho extranjero tendrá que acreditar que posee la titulación²² o capacitación exigida para el ejercicio de la profesión cuando proceda (art. 81-1.1 d), y además deberá aportar los documentos siguientes:

- Proyecto del establecimiento o actividad a realizar, con indicación de la inversión prevista, su rentabilidad y puestos de trabajo de nueva creación, salvo que se hubiera aportado junto con la solicitud de visado.
- Acreditación de que se han solicitado las autorizaciones o licencias exigidas para la instalación, apertura o funcionamiento de la actividad proyectada o para el ejercicio profesional.
- Estar en posesión de las autorizaciones o licencias exigidas al tiempo de la retirada del permiso.

Cuando se pretenda la *renovación*, el art. 81-2.1, f) REXIS especifica que tratándose de una actividad por

²² Vid. R.D. 253/2003, de 28 de febrero, por el que se incorpora al ordenamiento español la Directiva 1999/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de junio de 1999, por la que se establece un mecanismo de reconocimiento de títulos respecto a las actividades profesionales a que se refieren las Directivas de liberalización y de medidas transitorias. BOE, núm. 52 del 1-3-2003.

cuenta propia hay que tener los documentos acreditativos de la inscripción y cotización de la empresa a la Seguridad Social, así como del cumplimiento de las obligaciones fiscales.

También se contempla la posibilidad de *renovación con cambio de actividad* (art. 72-5 REXIS) de cuenta ajena a cuenta propia, para lo que habrá de cumplir con las exigencias para el inicio de ésta y acreditar que ha realizado de manera habitual la actividad laboral en el período de vigencia del permiso que se solicita renovar y figurar en situación de alta o asimilada a la de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social. Un supuesto distinto es el de la *modificación* a petición de su titular que no se considerará como renovación (art. 73-1 REXIS).

Los arts. 82 a 87 REXIS recogen de forma pormenorizada el desarrollo correspondiente a lugar, plazos, forma y efectos de la presentación de la solicitud de permiso de trabajo, así como su tramitación e instrucción y la autoridad competente para resolver²³.

Para aquellos extranjeros que quieran compatibilizar el ejercicio de actividades por cuenta propia y por cuenta ajena no se ha previsto un procedimiento específico que simplifique los trámites, sino que los interesados tienen que obtener simultáneamente las autorizaciones para trabajar correspondiente a ambas actividades y, previamente, la que otorga la autoridad laboral sobre el hecho en sí de la compatibilidad en atención al objeto y características de la actividad lucrativa, su duración y la jornada laboral en cuestión. De la autorización de compatibilidad se dará traslado a la autoridad gubernativa para su anotación en el Registro Central de Extranjeros (art. 88 REXIS).

²³ Para una información más detallada, puede verse, entre otros, TRINIDAD GARCÍA, M.L., ROBLES ALMÉCJA, J.M., FUENTES MAÑAS, J.B., *Guía jurídica de Extranjería, Asilo y Ciudadanía de La Unión*, Comares, 5.^a ed., Granada, 2002.

3. Efecto disuasorio sobre las solicitudes de permiso por cuenta propia

Por todo lo anterior, entendemos que los extranjeros que se someten al régimen general soportan unas exigencias que, necesariamente, tiene un efecto disuasorio, sobre todo cuando se trata de una actividad inicial y la persona se encuentra fuera del territorio español. En este caso, de hecho, se produce la situación de mayor indefensión al no necesitar motivación la denegación del visado de residencia para trabajar por cuenta propia, según lo previsto tras la reforma operada en la Ley en el párrafo 5 del art. 27.

Pensamos que la compleja trama administrativa unida al hecho cierto de que el perfil mayoritario de los potenciales inmigrantes posee escasos recursos económicos, explican el sucesivo descenso tanto en el número de solicitudes de este tipo de permisos como en los que la Administración ha concedido. Si analizamos el período de 1989 a 1998, salvo la existencia de un pico ascendente entre los años 1990 a 1992, y un ligero repunte en los años 1995 y 1996, el gráfico que facilita la Administración evidencia un constante descenso²⁴. Otra confirmación del retroceso del que hablamos se observa en las cifras que aporta el proceso extraordinario de regularización²⁵, hasta el

²⁴ Datos obtenidos consultando los enlaces recogidos en la dirección: www.reicaz.es

²⁵ R.D. 239/2000, de 18 de febrero, por el que se establece el procedimiento para la regularización de extranjeros prevista en la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. BOE, núm. 43, de 19 de febrero de 2000. También la Resolución de 20 de marzo de 2000, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación de la Resolución de 16 de marzo de 2000, de la Dirección General de Policía y de la Dirección General de Política Interior del Ministerio del Interior y de la Dirección General de las Migraciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, por la que se aprueban las instrucciones relativas al procedimiento de regularización

punto de que el comercio minorista ejercido por los extranjeros en España representa un escaso 5,92%.

En consulta hecha a principios del mes de mayo de 2001 en la Oficina de Extranjeros de Almería, se nos anunciaba, por ejemplo, que sólo se estaban tramitando renovaciones de este tipo de permisos. Y cuando se llevaban concedidas siete mil solicitudes —finales del mes de septiembre de aquel año—, sólo dos correspondían a peticiones de un permiso inicial por cuenta propia. Concluidos los análisis globales del proceso extraordinario de regularización, los permisos de trabajo y residencia por cuenta propia suponen un 5,12% frente al 85,35% de los casos por cuenta ajena²⁶.

El valor puramente anecdótico que estas cifras representan, puede deberse, como hemos dicho, al hecho de que la realización de la actividad económica se hace depender de factores añadidos y enjuiciables con carácter discrecional a los que necesitan los españoles, los ciudadanos comunitarios o los que tienen la cobertura de un Acuerdo de asociación o un Tratado de establecimiento. Si partimos, por ejemplo, de los datos facilitados por la Seguridad Social a diciembre de 2000 respecto de Andalucía, se observa cómo es sensiblemente superior el número de comunitarios que cotizan en el régimen especial de autónomos, que en el caso de nacionales de países terceros. Es indudable que la diferencia en las cifras encuentra su explicación en la no exigencia de permiso para los primeros, en que los trámites para la homologación de títulos se limita al *reco-*

de extranjeros, previsto en la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, aprobado mediante Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero. BOE, núm. 70, de 22 de marzo de 2000.

²⁶ Datos facilitados por el Gobierno y publicados por El País el 22 de diciembre de 2000. Consultar, asimismo, el informe encargado por el CES de Andalucía a la Universidad de Almería denominado «Situación de la inmigración en Andalucía», Directora M.M. RUIZ CASTILLO, Coordinadores P. PUMARES FERNÁNDEZ y M.L. TRINIDAD GARCÍA, noviembre 2000-septiembre 2001 (pendiente de publicación).

*nocimiento*²⁷, y a que, en términos generales, son personas que gozan de un mayor poder económico.

Para hacernos una idea del componente disuasorio que tiene la burocracia en este tipo de actividades, baste recordar la queja expresada por el Consejo Económico y Social de Jaén al respecto²⁸ (hasta siete documentos diferentes han de presentar los pequeños comerciantes), y ahora consideremos que un extranjero no sólo debe cumplir con todo este trámite sino con los específicos por su condición de tal y, además, con el filtro de la discrecionalidad de la Administración a la hora de valorar el interés económico para nuestra sociedad o, en particular, para la creación de empleo.

Lo hasta aquí expuesto permite afirmar, en definitiva, que venimos recorriendo un camino en el que se estrechan sus márgenes respecto del grupo de extranjeros que queda sometido al régimen general con lo que se marca una distancia cada vez más notoria entre las personas según su lugar de procedencia —criterio de la nacionalidad— y el beneficio económico que, en su caso, comporte a la sociedad receptora. El desinterés del legislador por este tipo de inmigración, mientras no responda a un perfil inversor interesante para la economía española o nuestro mercado de trabajo es evidente, y está en línea con los países de nuestro entorno.

No obstante, hay que reseñar que la legislación francesa da un mejor ejemplo al no complicar en exceso la burocracia que hay que cumplir. El Derecho vigente para que un extranjero pueda establecerse con objeto de realizar una actividad lucrativa en calidad de industrial, comercial o artesano ha sido objeto de una reciente reforma por vía del Decreto número 98-58 de 28 de enero de 1998, que se completa con la Circular de 8 de junio del mismo año y la

²⁷ Vid. RUEDA VALDIVIA, R. «Homologación de títulos y colegiación» (art. 36.2) *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*. Coord. M. MOYA ESCUDERO, Comares, Granada, 2001, pp.227-250. Y *supra* nota 22.

²⁸ Información publicada en *El País*, Andalucía, el 5 de marzo de 2001.

Decisión de 26 de marzo en la que se recogen los documentos que han de ser presentados para solicitar la «*carte d'identité de commerçant*»²⁹.

Las condiciones se han ido adecuando a la creación del espacio europeo y a una política convencional por parte de Francia con países con los que quiere mantener una relación especial de manera que, bien mediante convenios de libre establecimiento sobre la base de reciprocidad que no dispensan de la «*carte*» pero reconocen un derecho a su obtención (son alrededor de quince los convenios de este tipo que tiene Francia), bien de expresa dispensa de esa documentación como ocurre con Estados como Andorra, Mónaco y Argelia, se facilita considerablemente el acceso al trabajo por cuenta propia. Además, los que poseen la «*carte de résident*» están exentos de obtener la tarjeta.

Pero, al margen de que el juego de las situaciones de privilegio sea mucho más amplio, lo más importante son las condiciones y las garantías previstas en caso de denegación. Así, en el régimen general lo que se exige es:

- presentación de un proyecto con una previsión presupuestaria plurianual;
- demostrar que se tienen medios económicos para la primera inversión a través, por ejemplo, de un contrato de garantía o el certificado de saldo en una entidad financiera del país y,
- la aceptación de la viabilidad del proyecto por parte de la Cámara de Comercio.

La tramitación, por su parte, es más simple al estar unificado el procedimiento con la petición, cuando proceda, del visado de estancia prolongada (art. 6), y ofrecer soluciones flexibles y alternativas en cuanto al lugar de presentación de la solicitud. En la instrucción por la autoridad administrativa competente se comprobará que se cumplen las exigencias contempladas para los nacionales,

²⁹ Vid. *JO*, de 31 de enero de 1998. También en *Bulletin Joly Sociétés*, 1998, pp. 190 y 591.

así como que no existen razones de orden público u otras particulares en la persona que le hubieran supuesto la prohibición de ejercer en Francia una actividad comercial. En cuanto a la resolución, se fija un plazo máximo de tres meses para responder de manera explícita o implícita que se computa a partir de la recepción del expediente completo (art. 12). Si la resolución es denegatoria, debe estar motivada de hecho y de derecho haciendo expresa indicación de los recursos que cabe interponer. Por su parte, el interesado está obligado a recoger su acreditación en los cuatro meses siguientes a la notificación de su concesión, caducando su eficacia y debiendo plantear una nueva solicitud si hubiera transcurrido ese período.

Como vemos, la reglamentación muestra un procedimiento más sencillo, un sistema más garantista en la relación con la Administración y, desde luego, unas previsiones sobre las condiciones que hay que cumplir que son ajustadas y objetivamente razonables con el tipo de prestación laboral que se tiene intención de acometer. Frente a ello, los criterios de la normativa española tienen peor justificación.

4. Infracciones y régimen sancionador

Por otro lado, y en la línea de fijar condiciones estrictas para el ejercicio de la actividad por cuenta propia, se sanciona como infracción leve el inicio de la actividad al amparo del permiso de residencia temporal «sin haber solicitado autorización administrativa para trabajar por cuenta propia» (art. 52, c) LOEXIS). Y se califica de grave en el art. 53, b) —aunque ya no distingue entre trabajo por cuenta propia y ajena—, con un doble presupuesto: encontrarse trabajando sin haber obtenido permiso de trabajo o autorización previa para trabajar —repárese en el uso de la expresión «haber obtenido» frente a la infracción leve «haber solicitado»—, pero lo que aumenta el tipo de la infracción es no contar con autorización de residencia válida.

El desarrollo reglamentario del procedimiento sancionador se encuentra en el art. 92-3 REXIS, que delimita el marco jurídico con referencia a la LOEXIS, el propio Reglamento (arts. 133 y 134) y, específicamente, en la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y el Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto, que aprueba el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social regulado en el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.

La infracción leve conlleva una sanción de multa de hasta 50.000 pesetas (art. 55, a LOEXIS y art. 134-4 REXIS), que puede ascender hasta el millón de pesetas en el caso de ser grave.

El procedimiento sancionador se inicia por acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de acuerdo con lo establecido para las infracciones del orden social, correspondiendo la imposición de las sanciones al Subdelegado del Gobierno o, en su caso, al Delegado del Gobierno en las Comunidades uniprovinciales (art. 55-2 LOEXIS). Para la graduación de las sanciones, el órgano competente se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia (art. 55-3 LOEXIS y art. 134 REXIS). Para la determinación de la cuantía de la sanción, se tendrá especialmente en cuenta la capacidad económica del infractor (art. 55-4 LOEXIS). Pero, incluso, la conducta grave descrita en el apartado b) del art. 53, posibilita, entre otras causas, que la multa sea sustituida por el inicio de expediente de expulsión (art. 57-1 LOEXIS y art. 134-5 REXIS).

5. Tipología y caracteres de los permisos

A este respecto, no existen diferencias formales entre el texto del Reglamento vigente y el derogado, si bien, es interesante anotar que se ha reemplazado la referencia a las razones fundadas para que el permiso se limite a una actividad concreta o un ámbito geográfico determinado en el permiso inicial, por la garantía del derecho a la libertad de circulación consagrada en el art. 5 LOEXIS para los *residentes extranjeros* (art. 69-1 y 2 REXIS).

Los permisos de trabajo por cuenta propia pueden ser:

Tipo d (inicial), con una vigencia de un año pudiendo limitarse a una actividad concreta y un ámbito geográfico determinado salvando, como acabamos de ver, el derecho a la libertad de circulación.

Tipo D (renovado), que habilita para el ejercicio de cualquier actividad en todo el territorio nacional durante un período de dos años. Pueden obtener este permiso los titulares de un permiso de modalidad d, al término de su vigencia.

Tipo E que se adquiere al término de la vigencia del D renovado para un período también de dos años y autoriza a desarrollar cualquier actividad en todo el territorio nacional (art. 69-2 REXIS).

6. Otros aspectos relacionados con el ejercicio de la actividad de comercio

A excepción de la determinación de la capacidad para contratar que se rige por la ley personal concretada en la ley nacional (art. 9-1 del Código civil en relación con el art. 15 del Código de comercio), el extranjero que pretende ejercer el comercio en España queda sometido al cumplimiento de lo dispuesto en nuestro ordenamiento para el ejercicio de tal actividad³⁰.

³⁰ Puede verse, TRINIDAD GARCÍA, M.L. «La condición jurídica del comerciante extranjero», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 189-190, pp. 524-526.

A los efectos, destacamos que para obtener la licencia de apertura de un establecimiento comercial, deben solicitar la autorización a las Corporaciones Locales que van a comprobar que se está en posesión de los preceptivos permisos de residencia y de trabajo y se cumplen las obligaciones tributarias como el alta en la Licencia fiscal. El sujeto pasivo de dicha licencia es toda persona física y jurídica, española y extranjera, que realice en territorio nacional cualesquiera de las actividades que originan el hecho imponible: el mero ejercicio por cuenta propia o en comisión de las actividades comerciales e industriales como extracción, fabricación, artesanía, construcción, comercio interior, comercio exterior, enajenación de terrenos y edificaciones o servicios.

Hay provincias en las que tiene carácter obligatorio la inscripción en un censo de los establecimientos comerciales regentados por personas físicas de nacionalidad extranjera: Baleares, Barcelona, Gerona, Las Palmas, Málaga, Tarragona, Tenerife, Alicante, Ceuta y Melilla. La inscripción caduca cuando lo haga el permiso de trabajo o cese el ejercicio de la actividad mercantil. El incumplimiento de esta obligación da lugar a una sanción en materia de disciplina de mercado (sin duda puede afectar para la renovación del permiso). Junto al alta en la Licencia fiscal, resulta de obligado cumplimiento el causar alta en la Seguridad Social dentro del régimen de autónomos.

Los otros aspectos específicos del ejercicio de la actividad de comercio se refieren a la contabilidad y a la publicidad a través del Registro Mercantil. Si bien, la inscripción es potestativa para el empresario individual, con excepción del naviero (art. 19 Cco.), el empresario individual no inscrito no podrá pedir la inscripción de ningún documento en el Registro Mercantil ni aprovecharse de sus efectos legales.

Para formalizar la inscripción, el extranjero interesado se presentará al Registrador de la capital de la provincia en que haya de dedicarse o esté dedicado al comercio, con una instancia en la que aparecerá su firma legitimada y la

expresión del nombre, apellidos, edad, estado civil y nacionalidad. Asimismo, se hará constar el nombre comercial y, en su caso, el rótulo que tenga o haya de tener el establecimiento; su localización y la fecha del comienzo de las operaciones. A esa instancia se acompañará una copia simple firmada por el interesado y, específicamente, el documento que justifique hallarse inscrito en el consulado de su país de origen y la certificación debidamente legalizada³¹ que acredite su capacidad para contratar conforme a su ley personal. El extranjero residente en España, sólo tendrá la consideración de inversor extranjero si acredita suficientemente la procedencia exterior de los medios de pago que utilice. Por tanto, sólo se podrá favorecer del derecho de transferir al exterior sin limitación cuantitativa alguna, cuando pruebe que la inversión se realizó mediante la utilización o aportación de capitales exteriores y la inversión hubiera sido declarada en debida forma para su inscripción en el Registro de Inversiones.

7. Especialidades de la regularización extraordinaria (Reales Decretos 239/2000, de 18 de febrero, y 142/2001, de 16 de febrero)

Lo primero que hay que precisar en este punto es que no podemos hablar de un único proceso de regularización extraordinaria sino que, como es bien sabido, hemos asistido a una secuenciación de procesos de regularización —admitidos o no como tales por el Gobierno³²—, que comienzan con el Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero, y la Resolución del Ministerio de la Presidencia de 20 de marzo de

³¹ Vid. Convenio suprimiendo la exigencia de la legalización de los documentos públicos extranjeros, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961, BOE, núm. 229, de 25 de septiembre de 1978.

³² Vid., ampliamente: TRINIDAD GARCÍA, M.L., «Los inmigrantes irregulares en la Ley 4/2000 y en su reforma: una regularización que no cesa», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 1, noviembre, 2002, pp. 99-112.

2000, a propósito de la aprobación de la Ley 4/2000, y a ello hay que añadirle el Real Decreto 142/2001 de 16 de febrero en desarrollo de la Disposición transitoria cuarta de la Ley 8/2000, y la regularización «especial» basada en el tenor del art. 31-4 de dicha Ley, motivada por los encierros llevados a cabo por los inmigrantes en distintas provincias españolas.

Desde una visión global puede afirmarse que en este período se han simplificado y suavizado de manera notable los aspectos de trámite introduciendo algunas especialidades, pero, al tiempo, hay que hablar de una notable falta de seguridad jurídica por la constante improvisación en las últimas fases del proceso en las que es detectable la ausencia de criterios generales de idéntica aplicación en el conjunto del territorio.

Para los beneficiarios del proceso de regularización previsto en el Real Decreto 239/2000, el permiso de trabajo y residencia d (inicial) no ha estado sometido a restricción alguna.

En el caso de haber sido titular durante los tres años anteriores de un permiso, se concedería el correspondiente al tipo más favorable, (si es de la misma naturaleza). La traducción de esta prerrogativa —por lo que al permiso por cuenta propia se refiere—, es que por un permiso d (inicial) caducado, se obtendría un permiso E, y por un D o E caducado, un *permanente*.

III. PRINCIPALES LÍNEAS DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL PERMISO DE TRABAJO POR CUENTA PROPIA

En el presente epígrafe expondremos de manera sintética las principales líneas que la jurisprudencia española ha establecido en relación con la legislación de extranjería y la obtención del permiso de trabajo por cuenta propia. Siguiendo un orden cronológico, las primeras sentencias del Tribunal Supremo se centran, lógicamente, en la Ley de Extranjería de 1985, y ordenan retrotraer actuaciones por:

- a) haber denegado la petición de permiso de trabajo por cuenta propia para «Asesoramiento en legislación y relaciones comerciales y traducción de documentos», sin haber comprobado la homologación de título (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a, de 14 de diciembre de 1989);
- b) denegar el permiso de trabajo por cuenta propia al carecer de visado de residencia sin tomar en consideración que se trata de peticionario de derecho de asilo que ha visto su petición denegada (STS de 20 de octubre de 1996 y 21 de mayo de 1996), y
- c) no haber motivado la denegación de visado de residencia a una súbdita dominicana que estaba en España cuando lo solicita (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a, de 12 de noviembre de 1992).

Mención específica merecen los casos de *renovación* y la *venta ambulante*. De hecho, el Supremo hace prevalecer que se trata de una renovación frente a los informes negativos basados en el «carácter marginal de la actividad ambulante», puesto que éstos son criterios recogidos en la norma como hechos a valorar «favorablemente» (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a, de 14 de mayo de 1992). Sin embargo, en la STS de 31 de mayo de 1995, el informe negativo basado en criterios semejantes en cuanto a que se trata de una «actividad de carácter marginal y precario que no produce inversión o creación de empleo que favorezcan la economía nacional», sí se estiman motivo suficiente de denegación aunque, al mismo tiempo, el solicitante, súbdito pakistaní, no pudo demostrar una residencia legal en España de diez años como él declaraba. La venta ambulante, por otro lado, en el marco del proceso extraordinario de regularización establecido por Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de junio de 1991, se ha admitido plenamente como actividad lucrativa por cuenta propia en sendas SSTs de 29 de junio y 26 de octubre de 1999.

En la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a, de 17 de junio de 1997, se impone también la circunstancia de la *preferencia* (nacional uruguaya que ha contraído matrimonio con nacional español) frente al acogimiento por el Director Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Madrid del informe negativo expedido por la Dirección Territorial de Economía y Comercio para denegar la solicitud de permiso de trabajo por cuenta propia.

En otro orden de cuestiones, cabe asimismo referirse al juego que, en la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a, de 16 de diciembre de 1997, se le otorga a la cláusula de la nación más favorecida contemplada en el Tratado de Cooperación y Amistad entre España y Argentina de 21 de septiembre de 1863. Conforme a dicho tratado, «los súbditos de uno y otros país podrán ejercer libremente sus oficios y profesiones con arreglo a las leyes del país en los mismos términos que los que usaren los de la nación más favorecida». Esa nación es Alemania sobre la base del Tratado de establecimiento suscrito con España el 23 de abril de 1970, en el que se lee que «los nacionales de cualquiera de las partes podrán ejercer actividades económicas y profesionales en el territorio de la parte en las mismas condiciones que sus nacionales y que si fuese necesario para ello obtener autorización administrativa previa, les será concedida en las mismas condiciones que a los nacionales». Así, pues, se admite extender a los nacionales argentinos las condiciones favorables recogidas para los alemanes.

Dicha alegación se acepta también en la STS de 3 de abril de 1998, pero la Sala ya anuncia en su Fundamento tercero, que se ha producido un cambio de situación tras la entrada en vigor del nuevo Tratado suscrito entre España y Argentina el 3 de junio de 1988, pues en él desaparece la mención a la cláusula de la nación más favorecida. La desestimación de los argumentos del Abogado del Estado se refuerzan, de facto, en el hecho de que la interesada tenía la *preferencia* establecida en el art. 18 de la Ley 7/85 en relación con el art. 39 del Real Decreto 1119/1986, al ser

ciudadana argentina y haber aportado los documentos que la Administración le pidió y que eran procedentes.

Otros Fundamentos los hemos seleccionado por establecer el alcance de la *discrecionalidad reglada* de la Administración en relación con el otorgamiento, en este caso denegación, de un permiso de trabajo por cuenta propia para venta ambulante. Así, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a, de 16 de diciembre de 1997 —acogiendo sustancialmente los Fundamentos de la sentencia de 23 de mayo de 1990 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid—, cita la doctrina reiterada del TS conforme a la cual:

«la Administración para conceder o denegar la licencia ampliatoria de la esfera de actuación individual, a favor de súbditos extranjeros en España mediante el mecanismo de la autorización de residencia y permiso de trabajo por cuenta propia o ajena, no goza, en su facultad decisoria, de una discrecionalidad absoluta, pues para dictar sus acuerdos en esta materia ha de apreciar cada supuesto concreto, ponderando las circunstancias que en él concurren, así como los intereses públicos y privados puestos en juego y los demás elementos de juicio requeridos por la norma. En consecuencia, la resolución que se dicte debe contener una motivación suficiente de las causas que determinen la concesión o denegación, especialmente tratándose de esta última, de la licencia solicitada; porque sólo así, al estar en presencia de una potestad policial o de intervención de un derecho fundamental de la persona, como es el derecho al trabajo, resulta posible, «ex post facto», constatar y controlar en vía de recurso, mediante la técnica de los hechos determinantes y de los conceptos jurídicos indeterminados, si la medida adoptada se halla justificada por no sobrepasar los límites ni los fines que objetivamente tiene señalados».

En la STS de 3 de febrero de 1998, a propósito de la denegación de la renovación del permiso tipo D a un nacional chino, la Administración deniega dicha renovación al no mantenerse un puesto de trabajo para un español que

se consideró determinante en la concesión inicial. El Supremo asume los Fundamentos esgrimidos por la Sección 2.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, para la cual:

«... del examen del expediente administrativo, no se deduce que la referida concesión inicial hubiere sido condicionada al hecho de la contratación de trabajadores españoles, ni que el mismo hubiere sido determinante de aquella concesión, por lo que no cabe extraer las consecuencias pretendidas por la resolución impugnada, así como tampoco de la falta de afiliación a la Seguridad Social, puesto que el artículo 36 del precitado Reglamento no se refiere a los supuestos de permiso de trabajo por cuenta propia, sino por cuenta ajena» (para entender esta referencia hay que indicar que la Administración parte de una incorrecta subsunción de lo solicitado en los pertinentes preceptos de la Ley de Extranjería y su Reglamento de desarrollo).

Asimismo, se destaca que,

«al tratarse de una renovación, ésta se concederá siempre que subsistan las mismas circunstancias que determinaron la primera o anterior concesión conforme al art. 19 de la Ley 7/85, no constando acreditada la alteración de las circunstancias que la Administración valoró al conceder el permiso de trabajo de cuya renovación aquí se trata, pues aunque es cierto, que para los permisos de trabajo por cuenta propia, dice el artículo 18 citado, que se valorará la posible creación de empleo, no hay que olvidar, que también el mismo artículo dice que se valorará la inversión o aportación de bienes susceptibles de permiso de empleo o mejorar las condiciones en que se presta, y tratándose en el caso de autos de la instalación de un establecimiento mercantil, la Administración pudo valorar la inversión y no sólo la creación de empleo, y por ello, era a la Administración a la que incumbía acreditar cuál o cuáles fueron las condiciones que se valoraron para conceder el permiso de trabajo, y si éstos no se han acreditado,

no se puede estimar válidamente que se han alterado». (FD cuarto).

En la STS de 13 de julio de 1998 se estima que no existió motivación suficiente en la denegación de una solicitud de renovación solicitada por el Sr. Amarlal R. por aportar *fuera de plazo* las declaraciones de IVA e IRPF y omitir ciertos datos. Tales motivos, se entiende que,

«no legitiman a la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social para la denegación, y, por otro lado, se recuerda que el artículo 51 del Real Decreto 1119/1986, faculta a la Administración para solicitar informes, que unos son facultativos pero otros son obligatorios y ninguno de ellos consta en el expediente administrativo.»

Por último, reproducimos ampliamente los Fundamentos de Derecho de tres sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña, (24 de marzo de 2000), Canarias (7 de abril de 2000) y Cantabria (1 de abril de 2000), en tanto que son las primeras en las que ya se avanzan lecturas de la reforma de la Ley de 1985, y en los razonamientos se trasluce la incidencia de los debates que sobre el alcance de la reforma se producían en diferentes ámbitos (políticos, jurídicos, académicos, sociales, etc.).

En la primera de ellas, el solicitante, ciudadano coreano, se considera incluido en el régimen preferente —residencia en España de diez años trabajando por cuenta ajena— para obtener un permiso de trabajo por cuenta propia. La Administración, por su parte, se basa en la insuficiencia de la inversión y en el cambio de circunstancias respecto de la anterior pretensión, para denegar el permiso.

La Sala parte de una premisa de gran interés por su novedad y oportunidad: *el espíritu de integración* del que ya se habla en la Ley de 1985, pero que viene a ser reforzado tras la reforma al quedar reseñado en su propio título denominador. Este hecho trascendente, sirve para justificar que ese espíritu de integración debe impregnar cualquier resolución que se dicte en tal ámbito (cfr. FD 2.º).

En el Fundamento cuarto se parte de la principal doctrina establecida hasta el momento,

“(…) de manera que sabemos que la equiparación de derechos entre nacionales y extranjeros no es plena constitucionalmente sino que responde al *standard* mínimo que rige en otros países de nuestro entorno sociopolítico. Así, todos aquellos derechos atribuidos a los individuos independientemente de su nacionalidad derivados de su carácter de persona humana (derecho a la vida, a la intimidad física y moral) garantizados por los Tratados y Pactos internacionales, están reconocidos a los ciudadanos extranjeros. Pero, además de limitaciones constitucionales (como el art. 23 de la CE en relación con el art. 13.2), existen los llamados derechos no absolutos en los que el control del Estado no ha desaparecido por completo pudiendo ser objeto su ejercicio y disfrute de restricciones por los Estados, con la sola exigencia previa de que una ley determine su exacto alcance y contenido (art. 13 CE). Así el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse respecto a que «constitucionalmente no resulta exigible la igualdad de trato entre los extranjeros y los españoles en materia de acceso al trabajo *sino* sólo, con excepciones, una vez producida la contratación» (sentencia 107/1984, de 23 de noviembre, posteriormente reiterado en Sentencias 99/1985, 115/1987, 94/1993, 116/1993, 12/1994 y 242/1994). Además, ni la «Carta Social Europea», ni el «Convenio Europeo del Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante», ambos signados por España, comportan al extranjero más que el derecho a no ser discriminado respecto al nacional en el ámbito protector de la Seguridad Social y la legislación laboral (desempleo, despido...). Se parte de la necesidad de la autorización previa al trabajo, o, en su caso, a la residencia, por la autoridad de cada país (art. 8 Convenio Europeo de 24 de noviembre de 1977).

La citada ordenación legal de 1985, no obstante respetar los escasos Convenios y Tratados de establecimiento suscritos entre España y diversos Estados, sigue inspirada, por la atención al mercado nacional de trabajo (art. 18.1 de la LOE) vinculando permisos de re-

sidencia y permiso de trabajo (art. 15.1 LOE). Sin embargo, tras la promulgación del RD 155/1996, de 2 de febrero, en la relación por cuenta ajena, puede concederse el permiso de trabajo tanto si se justifica un contrato de trabajo como si se presenta un mero compromiso, mientras por cuenta propia (art. 76), se tomará en cuenta no sólo la incidencia de la actividad a realizar en la creación de empleo, aportación de capital o nuevas tecnologías o mejora de las condiciones de producción, así como la acreditación de las autorizaciones exigibles para la instalación, apertura y funcionamiento de la actividad.

Ningún cambio relevante opera en tal campo la nueva Ley 4/2000 —señala la Sala— al continuar mencionando su art. 35.2 «la situación nacional de empleo» para la concesión inicial del permiso de trabajo por cuenta ajena mientras el art. 33 de la misma Ley, en consonancia con el anterior 17 de la LO 7/1985, se refiere a la justificación de las autorizaciones que la legislación vigente exige a los nacionales para la instalación, apertura y funcionamiento de la actividad proyectada.

(...) Se trata de determinar cuál es la posición de la Administración, en el citado marco legal, para conceder o denegar una solicitud de permiso de trabajo.

FD 5.º: En el ámbito de la legislación anterior a la LO 7/1985 la discrecionalidad de la administración se sometía a amplias restricciones siendo de absoluta necesidad la motivación de las resoluciones denegatorias (así la STS de 20 de noviembre de 1987). Tal posición se mantiene al interpretar la LO 7/1985 pese a las amplias facultades que el legislador ha atribuido a la autoridad administrativa laboral. Situación que, bajo la normativa vigente, ha adquirido incluso rango legal al contemplar la Ley 4/2000, en su art. 35.4, que los permisos de trabajo «podrán renovarse a su expiración si persiste o se renueva el contrato...» mientras la aplicable aquí por razones temporales, la LO 7/1985, expresa más contundentemente en su artículo 19.1 que «los permisos de trabajo se renovarán, siempre que subsistan las mismas circunstancias que determinaron la primera o anterior concesión».

El Tribunal Supremo viene reiterando (SSTS.de 27 y 28 de febrero, 15 de junio, 7 de julio, 21 de septiembre y 22 de noviembre de 1990, 3 de junio de 1997, 12 de enero, 3 febrero, 11 mayo y 13 de julio 1998) la necesidad de la motivación de la resolución para el debido conocimiento de los interesados y la posterior defensa de sus derechos sin que baste la mera cita del articulado legal que protege el mercado nacional de empleo para desestimar una pretensión. Sin embargo ha dicho también en sus sentencias del 25 de febrero y 7 de marzo de 1991, que «no cabe confundir la brevedad y la concisión de los términos con la falta de motivación», reputando motivación suficiente la expresión de «no quedar justificada la necesidad o conveniencia para el empleo y la economía nacional al cubrir con un extranjero la actividad solicitada, de conformidad con lo establecido en el art. 37.4a)». En consonancia con ello son múltiples los pronunciamientos (SSTS. del 18 julio de 1991, 1 y 4 de junio y 13 de noviembre de 1992 y 18 de octubre de 1994) respecto a que la situación nacional de empleo constatada en base a los informes del Instituto Nacional de Empleo son razón suficiente para la denegación de una solicitud. Por el contrario la ausencia del informe del INEM a que se refiere el art. 51.1 RD 1119/1986, de 26 de mayo, comporta la nulidad de lo actuado (STS de 7 de diciembre de 1994) al actuar fuera de los límites que establece el ordenamiento para el adecuado ejercicio de la potestad discrecional. No obstante la preceptividad de tales informes (SSTS 6 febrero y 4 de junio de 1992), su ausencia no da lugar a la retroactividad (SSTS 6 y 27 de junio de 1997). Ya en el ámbito del trabajo por cuenta propia, aunque en el marco del proceso extraordinario de regularización establecido por Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de junio de 1991, se ha admitido plenamente como actividad lucrativa por cuenta propia la venta ambulante en sendas sentencias del Tribunal Supremo de 29 de junio y 26 de octubre de 1999).

Si bien escueta, en el caso de autos, existe motivación de la Administración en orden a denegar la petición, en el sentido de que se limita la autoridad laboral

a transcribir la normativa que permite la denegación de permisos de trabajo cuando no se repunte necesario para la economía nacional atendido el informe de la Delegación Territorial de Economía y Comercio. Mas la valoración de aquella necesidad o insuficiencia no queda al exclusivo arbitrio de la Administración sino que pueda controlarla el Tribunal en razón a la documentación obrante en el expediente administrativo valorando el órgano jurisdiccional si se ha desenvuelto en los parámetros legales.

FD 6.º: «Avanzando más en la cuestión de fondo recordemos lo afirmado por el Gobierno en la Comunicación dirigida al Congreso de los Diputados en diciembre de 1990 en respuesta al debate de una moción el 26 de junio anterior, determinante del ulterior Acuerdo del Consejo de Ministros de regularización de 7 de junio de 1991. Se decía entonces que «para asegurar el respeto a nuestros valores constitucionales y preservar eficazmente la dignidad de los extranjeros presentes en España no debemos acoger más que aquellos que podamos integrar...».

El examen de la situación del actor conduce a considerar que no nos hallamos ante una renovación «*stricto sensu*», tal cual regula la normativa vigente, sino ante una petición nueva por la modificación de la naturaleza del permiso de trabajo al pretenderse un permiso por cuenta propia, tipo D) frente al anteriormente disfrutado por cuenta ajena tipo B), ya que su alegato de diez años de residencia en territorio español se encuentra absolutamente huérfano de prueba.

Regula el texto reglamentario actualmente en vigor, art. 81 RD 155/1996, de 2 de febrero, la modificación del alcance de los permisos, lo que ha desarrollado la Orden de 25 de febrero de 1998, normas todas no vigentes al tiempo del acto enjuiciado, por no haber sido dictadas ni tener efectos retroactivos. Ello no obsta a que las consideremos orientativas en la interpretación de la normativa vigente, a partir del Preámbulo de la LOE 7/1985 expresivo de la pretensión de favorecer la integración de los extranjeros en la sociedad española valorándose el tiempo de permanencia en territorio es-

pañol, o incluso la nueva LO 4/2000 que plasma en su propio Título denominador aquella integración social.»

FD 7.º: «Para la obtención del permiso de trabajo tipo d), no resulta extraño que el apartado segundo del art. 40 RD 1119/1986, de 26 de mayo remita a las preferencias de los apartados 3 y 4 del art. 18 de la citada Ley 7/1985. Allí se contempla en el apartado j) la residencia en España durante los últimos 5 años y en el l) ostentar la condición de titular de un permiso de trabajo que pretende su renovación, al igual que para la concesión o renovación de permisos de trabajo por cuenta ajena, art. 38 RD 1119/1986. Desde luego no nos hallamos ante una renovación de permiso de trabajo ni se dan las condiciones del apartado j).

Sin embargo destaquemos que de lo obrante en el expediente queda claro que en el año 1993 fue otorgado al actor permiso de trabajo, tipo B, como cocinero-camarero. Aquel permiso no consta fuera prorrogado ni se peticionara la misma sino que se interesó el permiso cuya denegación aquí se cuestiona. Aportó como justificante de tal actividad su alta en el Impuesto de Actividades Económicas, cuota municipal, más las declaraciones trimestrales del Impuesto Sobre el Valor Añadido del segundo y tercer trimestre del año 1994 y las declaraciones trimestrales de igual período correspondiente al pago fraccionado del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. No justificó documentación alguna acerca de la titularidad dominical o arrendaticia del local en que pretendía ejercer la actividad de restauración.

Ciertamente la documentación antedicha es parca pudiendo conducir razonablemente a la denegación acordada por la administración en aras a que no se acredita inversión alguna. Sin embargo aquella actividad parece estar plenamente en marcha por cuanto en el expediente administrativo constan liquidación de pago trimestral del Impuesto del Valor Añadido y del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en los períodos inmediato a la solicitud.

Estamos, pues, ante un supuesto que recoge el espíritu subyacente en la normativa sobre extranje-

ría tendente a conferir estabilidad laboral a los trabajadores extranjeros de larga residencia en territorio español. A ello no es óbice la aducida insuficiencia de la inversión ya que si bien aquélla no fue acreditada como era debido sí que se ha justificado su funcionamiento; estamos ante un pequeño negocio de restauración sin que su modestia fuere razón suficiente para su denegación al atender a un segmento de población también existente. Y, a mayor abundamiento, cabría añadir que la denegación del permiso de trabajo conduciría al recurrente a entablar una solicitud del mismo en el proceso de regularización de la disposición transitoria primera de la LO 4/2000, desarrollada por RD 239/2000, de 18 de febrero, al concurrir en el mismo las circunstancias allí enumeradas por lo que debe accederse a la pretensión interesada". (la negrita es nuestra).

Sin duda alguna, se trata de una sentencia que, sin dejar de considerar la doctrina asentada y la legislación establecida, es capaz de dar un paso adelante a fin de llevar a la práctica un principio determinante en la materia como lo es el de la integración social. Creemos que la Sala no incurre en ningún exceso sino que, antes al contrario, es un ejemplo plausible de lo que significa la revisión o control judicial de la actuación de la Administración sobre la base de lo contenido en el expediente de que se trate.

La segunda de las sentencias aludida es del TSJ de Santa Cruz de Tenerife y se dicta el 7 de abril de 2000. Se trata de la denegación de una solicitud de permiso por cuenta propia para ejercer una actividad de comercio menor por parte de un extranjero casado con española. La Dirección Provincial de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales de Santa Cruz de Tenerife, denegó al recurrente el permiso, aduciendo que la actividad a la que pretende dedicarse no genera puestos de trabajo ni implica la realización de inversiones relevantes para la economía nacional, y, en cualquier caso, no se ha aportado la documentación necesaria para tramitar la solicitud (solicitud de licencia de apertura y contrato de arrendamiento de local de negocio).

La sentencia examina los motivos de anulación que alega el recurrente en su demanda, comenzando por aquel que se refiere al derecho que tiene de trabajar en España por el hecho de ser cónyuge de una ciudadana española, circunstancia que constaba en el expediente. Sin embargo, como el interesado manifestó su intención de presentar demanda de divorcio, fue requerido para que aportara la correspondiente demanda, sin que el requerimiento fuera atendido y, pese a no constar en el expediente el divorcio o la separación de derecho del matrimonio, la Autoridad administrativa se pronunció sobre la solicitud de permiso de trabajo para denegarla.

Este proceder debe ser censurado, ya que,

«no puede la Administración pronunciarse sobre la concesión o denegación del permiso de trabajo respecto de extranjeros que son cónyuges de ciudadanos españoles y que tienen reconocido legalmente el derecho a trabajar en España. Debió, por tanto, salvo que constara en el expediente el divorcio o la separación de derecho, tramitar la solicitud de acuerdo con lo dispuesto en el RD 766/1992» (FD 2.º).

(...) la Administración no puede denegar una solicitud de permiso de trabajo por no haber aportado el recurrente la documentación que sea exigible reglamentariamente. Deberá proceder conforme dispone el artículo 71 LRJ-PAC, requiriendo la aportación de los documentos necesarios, lo que no consta en el expediente administrativo se haya efectuado» (FD 3.º).

Por último, debemos señalar que las circunstancias de que la actividad que el extranjero se proponga realizar en España por cuenta propia no genere puestos de trabajo o no suponga inversiones relevantes para la economía nacional, no son determinantes por sí solas para la denegación de un permiso de trabajo. En este sentido ha interpretado el Tribunal Supremo el artículo 18.2 LO 7/1985, según el cual «cuando el permiso sea para trabajar por cuenta propia, se valorará favorablemente el hecho de que su concesión implique la creación de nuevos puestos de trabajo para españoles o signifique la inversión o aportación de bienes susceptibles

de promover el empleo nacional o de mejorar las condiciones en que se preste» (SSTS 10-12-1991, 13-11-1992 y 10-6-1997).

El artículo 82.2.1.º del RD 155/1996, de febrero, en el que se ampara la Administración para justificar la denegación del permiso de trabajo, contradice abiertamente el tenor literal de la Ley y de la jurisprudencia dictada en su aplicación, por lo que debe considerarse nulo.

La Administración debe, principalmente, valorar la seriedad del proyecto de establecimiento o actividad que presente el extranjero [a la vista de los preceptivos informes a los que se refiere el artículo 93 b) RD 155/1996] a los efectos de otorgar o denegar el permiso de trabajo» (FD 4.º) (la negrita es nuestra).»

Por último, consideraremos la sentencia del TSJ de Cantabria de 1 abril 2000. Lo más llamativo de la presente sentencia, es que, partiendo literalmente de los mismos Fundamentos de Derecho de las dos sentencias anteriores, hace hincapié, de un lado, en un determinado criterio jurisprudencial que entiende que «no cabe confundir la brevedad y la concisión de los términos con la falta de motivación», reputando motivación suficiente la expresión de «no quedar justificada la necesidad o conveniencia para el empleo y la economía nacional al cubrir con un extranjero la actividad solicitada como hacen las sentencias del TS de 25 de febrero y 7 de marzo de 1991» (FD 4.º) y, sobre todo, en el criterio político afirmado por el Gobierno en la Comunicación dirigida al Congreso de los Diputados en diciembre de 1990 —determinante del ulterior Acuerdo del Consejo de Ministros de regularización de 7 de junio de 1991—, en el que se decía que «para asegurar el respeto a nuestros valores constitucionales y preservar eficazmente la dignidad de los extranjeros presentes en España no debemos acoger más que aquellos que podamos integrar» (FD 5.º), para concluir en el Fundamento sexto que,

«constando en el expediente administrativo la existencia de un informe —se entiende negativo— emitido

por la Dirección Provincial del Instituto Nacional de Empleo, cuyo contenido aparece transcrito en la resolución impugnada, procede desestimar el presente recurso».

Habrá que esperar, pues, a los primeros pronunciamientos que se produzcan al respecto por el Alto Tribunal, para ver cuál es el peso que el principio de integración puede tener a la hora de resolver las impugnaciones por denegación de permisos para trabajar por cuenta propia. Por ahora, es fácil advertir dos orientaciones diferentes: una primera más sensible al alcance finalista que debe o puede tener dicho principio en el conjunto de situaciones que contempla la norma, y otra que aún no ha reparado en ese valor o, en todo caso, no lo considera como criterio interpretativo capaz de modular la incidencia negativa de un informe desfavorable.

BIBLIOGRAFÍA

- CHARRO BAENA, P., *Permiso de trabajo por cuenta propia*. Comentarios a la Ley de Extranjería. Director CAMPO CABAL, J.M., Civitas, Madrid, 2001, pp. 270-273.
- MORENO VIDA, M. N., *Permiso de trabajo por cuenta propia*. Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social. Dir. MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C. Comares, Granada, 2001, pp. 583-591.
- MOYA ESCUDERO, M., TRINIDAD GARCÍA, M. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Régimen jurídico del permiso de trabajo de los extranjeros en España: Una lectura a través de nuestra jurisprudencia (1980/1992)*, Comares, Granada, 1993.
- TRINIDAD GARCÍA, M.L. *El trabajo por cuenta propia de los extranjeros en España: recorrido por un camino que se estrecha*, Revista jurídica española, La Ley, Diario núm. 5150 de 28 de septiembre de 2000, pp. 1-8.
- TRINIDAD GARCÍA, M.L. *La prestación del trabajador migrante por cuenta propia*. Comentario sistemático a la Ley de Extranjería. Coordinado por M. MOYA ESCUDERO, Comares, Granada, 2001, pp. 251-275.