

PECULIARIDADES DEL TRABAJO AUTÓNOMO DESARROLLADO POR EXTRANJEROS EN ESPAÑA. CRÍTICAS AL SISTEMA VIGENTE

THE PECULIARITIES OF THE SELF-EMPLOYED ACTIVITIES BY FOREIGN CITIZENS IN SPAIN. CRITICAL ANALYSIS

Lerdys Saray Heredia Sánchez

Universidad Miguel Hernández, Elche. Alicante / España

<https://orcid.org/0000-0003-1092-8868>

lheredia@umh.es

Recibido/Received: 06/06/2019

Aceptado/Accepted: 26/09/2019

RESUMEN

La presente comunicación tiene como objetivo analizar, desde una perspectiva crítica, las condiciones legales previstas por el Derecho de Extranjería en España para que los extranjeros puedan adquirir la condición de autónomos. Para cumplir con el objetivo planteado se parte por analizar, desde una perspectiva general, las características del sistema. A continuación, se analizan brevemente los diferentes supuestos previstos para el acceso al trabajo por cuenta propia por parte de los extranjeros, tanto residentes como no residentes. Por último, se analizan las deficiencias que presenta el sistema y las condiciones de su aplicación. Todo ello para demostrar que existe una situación de discriminación "formal" compatible con el sistema legal, que dificulta el acceso de los extranjeros al régimen jurídico del trabajo autónomo.

PALABRAS CLAVE

Extranjeros; residencia legal; trabajo por cuenta propia; requisitos; discriminación.

SUMARIO

1. Introducción. Algunas notas previas. 2. Análisis de las condiciones legales exigidas a los extranjeros para el desarrollo de actividades por cuenta propia. 2.1 La residencia legal como requisito *sine qua non*. 2.2 Tipos de residencia. 2.3 Diferentes supuestos comprendidos. 3. Conclusiones. Bibliografía.

ABSTRACT

The purpose of this communication is to analyze, from a critical perspective, the legal conditions provided by the Spanish Immigration Law to obtain the authorization to work as a self-employed for foreigners. In order to fulfill the proposed objective, we start by analyzing, from a general perspective, the characteristics of the system. The different scenarios foreseen for access to self-employment by foreigners, both residents and non-residents, are briefly analyzed below. Finally, the deficiencies presented by the system and the conditions of its application are analyzed. All this to demonstrate that there is a situation of "formal" discrimination compatible with the legal system, which hinders the access of foreigners to the legal regime of self-employment

KEYWORDS

Foreigners; Legal residence; Self-employment; Requirements; Discrimination.

CONTENTS

1. Introduction. Previous notes. 2. Analysis of the legal conditions required of foreigners to carry out activities on their own. 2.1 Legal residence as a sine qua non requirement. 2.2 Types of legal residence. 2.3 Different assumptions included. 3. Conclusions. References.

1. INTRODUCCIÓN. ALGUNAS NOTAS PREVIAS

Conviene dar inicio a estas líneas resaltando las cifras que el Ministerio de Trabajo daba el pasado 4 de junio de 2019, con motivo de la presentación de los datos de paro registrado y afiliación a la Seguridad Social correspondientes al mes de mayo, no sólo cabe destacar que la afiliación entre las mujeres ya se encuentra en cifras récord (lo cual constituye un motivo de satisfacción por lo que representa desde el punto de vista del empoderamiento de la mujer) con más de nueve millones ocupadas. Lo es también –y en el tema que nos ocupa– el caso de los ciudadanos extranjeros, que desde el inicio de la recuperación económica ha experimentado una recuperación de los niveles de empleo más acelerado que la media por el gran empujón que han dado los autónomos. La afiliación a la Seguridad Social en el colectivo ha alcanzado los 2.155.149 cotizantes, la mayor cifra desde julio de 2008, cuando este registro se situó en 2.151.880 personas (García-Maroto, 2019).

El registro de autónomos se ha incrementado en unas 100.000 personas, hasta las 339.376 y el número de afiliados en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos experimentó un incremento interanual de 16.457 ocupados (0,50%). Si bien los trabajadores extranjeros se concentraban al inicio de la crisis en el sector de la construcción (hoy mucho menor en proporción al PIB) y la hostelería, la recuperación del empleo ha venido de la mano del sector público, la educación y la sanidad, en cuanto al Régimen General, y del comercio o la industria manufacturera, en relación con el empleo por cuenta propia.

El Régimen de Autónomos cuenta con 3.277.855 personas, tras aumentar en 11.114 (0,34%) en el último mes. El Régimen Especial del Mar, por su parte, sumó 272 ocupados (0,42%) hasta situarse en 65.284 ocupados. Finalmente, el Carbón se sitúa en 1.537 afiliados medios (-21) (Ministerio de Trabajo, 2019).

En este contexto se enmarca el presente estudio que tiene por objeto analizar críticamente el sistema legal previsto en España, para fijar las condiciones de acceso a las actividades laborales por cuenta propia a los extranjeros. Vaya por delante la idea de discriminación institucional que esta autora considera que existe, de acuerdo con la aplicación del sistema vigente.

De acuerdo con ello, en los epígrafes que siguen, se analizan los distintos supuestos contemplados y, a continuación, se esbozan unas conclusiones con carácter crítico. La metodología del estudio parte de la identificación de un problema práctico: las diferencias jurídicas generadas entre personas con interés y capacidad para desarrollar un trabajo por cuenta propia, pero que se distinguen ante la Administración por su origen nacional. La incidencia en las relaciones socio jurídicas, relativas al estatuto del trabajador autónomo extranjero en España se contrasta con el estudio de las normas vigentes en materia de extranjería, de la doctrina, así como de la jurisprudencia, en su caso. A todo ello se añade la perspectiva que aporta la experiencia profesional de la autora en este ámbito.

2. ANÁLISIS DE LAS CONDICIONES LEGALES EXIGIDAS A LOS EXTRANJEROS PARA EL DESARROLLO DE ACTIVIDADES POR CUENTA PROPIA

2.1 La residencia legal como requisito *sine qua non*

Antes de analizar las condiciones particulares que deben cumplirse para que una persona extranjera pueda realizar actividades por cuenta propia en España es necesario tener en cuenta que en cualquier caso, y como condiciones generales, que para que se produzca el alta en la Seguridad Social deben cumplirse las siguientes condiciones:

a) La persona extranjera ha de tener la condición administrativa regular, esto es que el extranjero cuente con autorización de residencia y trabajo.

b) Para ello se deben de tener en cuenta los tipos de autorizaciones que permiten trabajar a los extranjeros mayores de edad y sujetos al régimen general, ya que los ciudadanos de la UE disfrutan de las libertades comunitarias, y sólo quedan sujetos a las mismas condiciones legales que los ciudadanos españoles.

c) Los tipos de autorizaciones que desde el punto de vista administrativo respaldan su acceso al mercado son las que permiten realizar actividades laborales por cuenta propia de forma específica, bien por contar con una residencia de larga duración, o en su caso, por contar con autorización para compatibilizar actividades por cuenta ajena y por cuenta propia.

d) Desde finales de 2018, con la modificación producida respecto al régimen de estudiantes e investigadores extranjeros en España, se debe tener en cuenta la posibilidad de que éstos accedan a la realización de actividades por cuenta propia en determinadas condiciones (Real Decreto-Ley 11/2018, de 31 de agosto, de transposición de directivas en materia de protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores, prevención del blanqueo de capitales y requisitos de entrada y residencia de nacionales de países terceros y por el que se modifica la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, *BOE* n° 214, de 4/09/2018).

Es importante destacar que en determinados supuestos, el acceso legal a las actividades laborales por cuenta propia se puede solicitar desde el país de origen de la persona extranjera. Es un camino complicado para la persona interesada, a veces imposible de transitar como veremos más adelante, pero es una vía que la normativa vigente establece para los extranjeros no residentes en nuestro país.

2.2. Tipos de Residencia y actividades laborales

La definición de residencia, y sus clases, se encuentra regulada en la Ley de Extranjería en su artículo 30 bis (Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, *BOE* n° 10, de 12/01/2000, texto consolidado, en lo adelante LOEX) y el en artículo 45 y siguientes del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (*BOE*, n° 103 de 30/06/2011, texto consolidado, en lo adelante Reglamento de la LOEX).

La normativa define como “residentes” a los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir. Este tipo de residencia puede ser de dos clases: 1) temporal, siendo ésta la que autoriza a permanecer en España por un período superior a 90 días e inferior a cinco años; y 2) de larga duración, que es la situación que autoriza a residir y trabajar en España indefinidamente, en las mismas condiciones que los españoles.

A su vez, la residencia temporal agrupa dentro de ella diferentes modalidades, donde

encontramos:

- A) Residencia temporal no lucrativa: no habilita para trabajar
- B) Residencia temporal por reagrupación familiar: habilita para trabajar.
- C) Residencia temporal lucrativa: habilita para trabajar por cuenta ajena y/o propia, según tipo específico (ej. trabajadores de temporada, extranjeros contratados en origen, etc.).
- D) Residencia temporal por circunstancias excepcionales: generalmente, arraigo social o familiar. Ambas permiten trabajar.
- E) Residencia de solicitantes de asilo y protección internacional y personas con estatuto de refugiado ya concedido: permiten desarrollar cualquier actividad.

A continuación, se analizan los diferentes tipos de procedimientos y sus características, previstos tanto para cuando el extranjero está en su país de origen, como para cuando se encuentra en España.

En definitiva, dado que la LOEX no hace ninguna definición de de que se entiende por trabajador extranjero por cuenta propia, y el Reglamento de la LOEX sólo establece que se “halla en situación de residencia por cuenta propia el extranjero mayor de 18 años autorizado a permanecer en España por un período superior a 90 días y e inferior a 5 años para llevar a cabo una actividad lucrativa por cuenta propia” (art. 103), por ello es necesario acudir a la definición recogida en el Estatuto de los Trabajadores Autónomos (Parra y Giménez, 2016:152-159).

Esto es, se entiende que un trabajador autónomo es la persona física que realiza de forma habitual, personal y directa, por cuenta propia, una actividad económica o profesional título lucrativo, sin sujeción a contrato de trabajo, y aunque eventualmente utilice el servicio remunerado de otras personas (Art. 1 Ley 20/2007, de 11 de julio del Estatuto de Trabajo Autónomo, *BOE* nº 166 de 12/7/2007).

2.3 Diferentes supuestos comprendidos

A) Análisis del procedimiento de autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta propia, previsto para los extranjeros no residentes.

Este procedimiento está diseñado para que los extranjeros no residentes en España - nacionales de Estados no miembros de la Unión Europea (en adelante, UE)- que quieran realizar actividades por cuenta propia se les autorice a residir temporalmente en España a tal fin.

De este planteamiento se deriva una primera condición y es que para dar inicio a este proceso el extranjero debe presentar una solicitud dirigida a la obtención de una autorización de residencia y trabajo por cuenta propia personalmente (o por representante legalmente acreditado en los casos reglamentariamente previstos) en la misión diplomática u oficina consular española de su lugar/país de residencia (Fuentes y Palomar, 2015:167-177).

A tal efecto, los requisitos que se exigen por LOEX y su Reglamento son los siguientes:

- No encontrarse irregularmente en territorio español. De ahí que se haga desde el país de residencia del interesado.

- Carecer de antecedentes penales en España y en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español.

- No tener prohibida la entrada en España y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un Convenio en tal sentido. De lo que se desprende que si esta persona ha residido, o ha tenido alguna presencia física en España o en otro Estado de la UE y ha sido parte en algún procedimiento sancionador que ha dado lugar a una prohibición de entrada, implica que no podrá obtener este tipo de autorización.

- No encontrarse dentro del plazo de compromiso de no retorno a España en el supuesto

en que el extranjero lo haya asumido al retornar voluntariamente a su país de origen, de acuerdo con los programas de retorno voluntario promovidos por el Gobierno español.

- Cumplir los requisitos que la legislación vigente exige para la apertura y funcionamiento de la actividad proyectada.

- Poseer la cualificación profesional exigible o experiencia acreditada, suficiente en el ejercicio de la actividad profesional, así como la colegiación cuando así se requiera. Este requisito implica una serie de acciones previas dirigidas por un lado, a la obtención de la homologación de la titulación de la que depende el ejercicio de la actividad por parte de la Administración española; y por otro, a la correspondiente colegiación profesional, en el caso de que el ejercicio dependa de este requisito (por ejemplo, médicos, personal de enfermería, odontólogos, abogados, etc.).

- Se ha de acreditar que la inversión prevista sea suficiente y la incidencia, en su caso, en la creación de empleo.

- Además de que ha de acreditar que cuenta con recursos económicos suficientes para su manutención y alojamiento, una vez deducidos los gastos necesarios para el mantenimiento de la actividad económica que pretende desarrollar en España.

Como puede observarse el control previo al inicio de la actividad en España requiere la verificación del cumplimiento de los requisitos señalados anteriormente, por parte de la Administración española, a través de sus consulados, mediante la comprobación de la documentación acreditativa de los mismos que se analiza más abajo.

En particular, para actividades comerciales minoristas y prestación de los servicios enumerados en el Anexo de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios (*BOE* nº 311, de 27/12/2001, texto consolidado) que se realicen en establecimientos permanentes, cuya superficie útil sea igual o inferior a 300 metros cuadrados, declaración responsable o comunicación previa -de acuerdo con la normativa sobre el procedimiento administrativo- y, en su caso, justificante de pago del tributo correspondiente.

En el resto de actividades y prestaciones de servicios profesionales, relación de las autorizaciones o licencias que se exijan para la instalación, apertura o funcionamiento de la actividad proyectada o para el ejercicio profesional, indicando la situación en la que se encuentren los trámites necesarios para su consecución, incluyendo, si así fuera el caso, las certificaciones de solicitud ante los organismos correspondientes.

También es necesario aportar copia de la documentación que acredite poseer la capacitación y, según corresponda, la cualificación profesional legalmente exigida para el ejercicio de la profesión de la que dependa el desarrollo de la actividad en España.

Por otra parte, es necesario acreditar que se cuenta con la inversión económica suficiente, o compromiso de apoyo por parte de instituciones financieras, así como el proyecto de establecimiento o actividad a realizar, con indicación de la inversión prevista, su rentabilidad esperada y, en su caso, puestos de trabajo cuya creación se preve para su puesta en marcha.

Los documentos que pueden acreditar el cumplimiento de los requisitos relativos al proyecto empresarial, pueden ser emitidos tras el informe de valoración emitido por alguna de las siguientes organizaciones:

- a) Federación Nacional de Asociaciones de Empresarios y Trabajadores Autónomos (ATA)
- b) Unión de Profesionales y Trabajadores Autónomos (UPTA)
- c) Confederación Intersectorial de Autónomos del Estado Español (CIAE)
- d) Organización de Profesionales y Autónomos (OPA)
- e) Unión de Asociaciones de Trabajadores Autónomos y Emprendedores (UATAE)

Es importante destacar que la Administración cuenta con un plazo de para resolver la solicitud de 3 meses, contados a partir del día siguiente a la fecha en que haya tenido lugar la entrada en el registro del órgano competente para su tramitación. Sin embargo, transcurrido dicho plazo sin que la Administración haya practicado la notificación, se entenderá que la solicitud ha sido desestimada por silencio administrativo, lo que en la práctica conocemos como silencio administrativo negativo.

Si pasado este complejo trámite la persona interesada obtiene una respuesta favorable, entonces dispone de un mes desde la notificación para solicitar personalmente el visado, en la misión diplomática u oficina consular en cuya demarcación reside y a dicha solicitud deberá acompañar, repitiendo parte de la documentación ya presentada, los siguientes documentos: el pasaporte o título de viaje reconocido como válido en España con una vigencia mínima de cuatro meses; el Certificado de antecedentes penales expedido por las autoridades del país de origen o del país o países en que haya residido durante los últimos cinco años; un Certificado médico acreditativo de que no padece ninguna enfermedad infecto contagiosa y justificante de haber abonado la tasa del visado.

En este lago proceso la misión diplomática española volverá a revisar toda la documentación y resolverá sobre la solicitud en el plazo de un mes, para que una vez notificada la concesión del visado, la persona proceda a su recogida, la que de no efectuarse implicará que ha renunciado y se producirá el archivo del expediente.

Finalmente, una vez recogido el visado, el trabajador deberá entrar en territorio español en el plazo de vigencia del visado, que será de tres meses. Y a partir de la entrada en España, la persona dispone de otros tres meses para realizar los trámites de alta en la Seguridad Social, Hacienda, etc. y posterior cotización en los términos establecidos por la normativa que resulte de aplicación.

Una vez que dicha alta se produzca y en plazo de un mes, el interesado deberá solicitar, personalmente, la Tarjeta de Identidad de Extranjeros en la Oficina de Extranjería o Comisaría de Policía de la provincia donde se haya tramitado la autorización. Entonces, llegado este momento, cuando ha transcurrido aproximadamente un año o más, es que puede afirmarse que el empresario autónomo ha logrado su objetivo.

B) El acceso a las actividades por cuenta propia de los extranjeros que ya se encuentran en España.

En este caso conviene destacar que el procedimiento está previsto para los extranjeros que ya cuentan con una autorización para residir y trabajar por cuenta ajena y –además– quieran trabajar por cuenta propia, sujetos al régimen general de extranjería, ya que como se ha apuntado supra, los nacionales de los Estados miembros de la UE y sus familiares que les acompañan, pueden realizar cualquier actividad de este tipo, previo cumplimiento de las mismas formalidades administrativas exigidas a los ciudadanos españoles.

Por tanto, el primer requisito exigido a los interesados es que sean titulares de una autorización de residencia y trabajo en vigor, así como poder acreditar la compatibilidad en el ejercicio de ambas actividades, en relación con su objeto y características, duración y jornada laboral.

Dado que el extranjero ya es titular de una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, deberá acreditar los requisitos exigidos para la actividad por cuenta propia, estos son –básicamente– los mismos que en el supuesto anterior: cumplir con los requisitos que la legislación vigente exige para la apertura y funcionamiento de la actividad proyectada; acreditar que se tiene la cualificación profesional exigible o experiencia acreditada y suficiente en el ejercicio de la actividad profesional, así como la colegiación profesional,

cuando así se requiera; acreditar que la inversión prevista sea suficiente y la incidencia, en su caso, en la creación de empleo; así como que cuenta con los recursos económicos suficientes para su manutención y alojamiento, una vez deducidos los necesarios para el mantenimiento de la actividad.

De la misma manera, los documentos acreditativos del cumplimiento de los requisitos relativos a la actividad por cuenta propia, harán referencia a la descripción de las actividades comerciales minoristas y prestación de los servicios enumerados en el Anexo de la Ley 12/2012, que se realicen en establecimientos permanentes, cuya superficie útil sea igual o inferior a 300 metros cuadrados, conjuntamente con la declaración responsable o comunicación previa, así como el justificante de la tasa correspondiente.

Para el resto de actividades y prestaciones de servicios profesionales, relación de las autorizaciones o licencias que se exijan para la instalación, apertura o funcionamiento de la actividad proyectada o para el ejercicio profesional, indicando la situación en la que se encuentre los trámites para su consecución, incluyendo, en su caso, las certificaciones de solicitud ante los organismos correspondientes.

Además, la copia de la documentación que acredite poseer la capacitación y, en su caso, la cualificación profesional legalmente exigida para el ejercicio de la profesión, y la correspondiente acreditación de contar con la inversión económica suficiente, o compromiso de apoyo por parte de instituciones financieras u otras; al igual que el proyecto de establecimiento o actividad a realizar, con indicación de la inversión prevista, su rentabilidad esperada, así como los puestos de trabajo cuya creación se hayan previsto crear (respecto a las entidades que pueden emitir los informes, véase epígrafe anterior).

Al igual que en el supuesto anterior, la Administración resolverá en el plazo de tres meses, transcurrido el cual si no se produce respuesta el silencio tendrá efectos negativos respecto a la solicitud. Si por el contrario, la respuesta es favorable, corresponderá al interesado la solicitud de la Tarjeta de Identidad que le acredita para el desarrollo de la actividad, tras causar la correspondiente alta en la Seguridad Social, de acuerdo con el régimen de afiliación que le corresponda.

A continuación, se analiza de forma breve, el procedimiento de renovación de las autorizaciones obtenidas conforme a los supuestos antes mencionados y, como veremos, esta solicitud deben presentarla los extranjeros que tengan una autorización para residir y trabajar por cuenta propia, próxima a caducar y, no teniendo derecho a la autorización de residencia de larga duración, quieran seguir disponiendo de una autorización para residir y trabajar por cuenta propia en España (Vidal, 2018:137-168).

Los requisitos para obtenerla coinciden en su parte general con los mismos que se exigen para todas las renovaciones de las autorizaciones de residencia bajo el régimen general de extranjería: carecer de antecedentes penales en España; no tener prohibida la entrada en España y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido y, en el caso que corresponda, acreditar la escolarización de los menores a su cargo en edad de escolarización obligatoria.

En cuanto a los requisitos de renovación de carácter particular, y de acuerdo con la actividad desarrollada, el solicitante debe poder acreditar uno de los siguientes supuestos:

- Continuar con la actividad que dio lugar a la autorización que se va a renovar, siempre que se hayan cumplido las obligaciones tributarias y de Seguridad Social.

- Que el cónyuge o la persona con la que el trabajador mantenga una relación análoga a la conyugal dispone de los requisitos económicos suficientes para sostenerle económicamente. Y en este sentido, si la unidad familiar incluye dos miembros, la cuantía mínima que se deberá acreditar es la que represente mensualmente el 150% del IPREM. Si la unidad

familiar está compuesta por más de dos miembros, por cada miembro adicional se deberá sumar al 150% del IPREM mencionado el 50% del IPREM.

- Ser beneficiario de la protección del sistema de previsión español por cese de actividad.

Si se continúa con la relación laboral que dio origen a la concesión de la autorización que se va a renovar, se ha de acreditar mediante la siguiente documentación:

a) Declaración del IRPF, o del IVA, o del Impuesto de Sociedades.

b) Si el cónyuge del trabajador dispone de los requisitos económicos suficientes para reagrupar al trabajador: la documentación acreditativa de la existencia del matrimonio o de la relación de pareja; la acreditación de los medios económicos.

c) Si tiene otorgada protección por cese de actividad, se ha de aportar el documento que justifica la concesión de la protección.

Ahora bien, en el supuesto de no poder acreditar alguno de los requisitos exigidos, se podrá aportar informe de la Comunidad Autónoma de su lugar de residencia sobre su esfuerzo de integración.

El trabajador tendrá que presentar dicha solicitud, de forma personal o mediante representación en cualquier registro público y dirigido a la Oficina de Extranjería correspondiente a la provincia en la que resida el trabajador, durante los 60 días naturales previos a la fecha de expiración de la autorización. También se puede solicitar dentro de los 90 días naturales posteriores a la fecha en que hubiera finalizado la vigencia de la autorización, sin perjuicio de la posibilidad de que sea incoado el correspondiente procedimiento sancionador.

Es importante destacar que la presentación de la solicitud en plazo prorroga la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento y la vigencia de la renovación autorización de residencia y trabajo por cuenta propia es por dos años.

De acuerdo con este procedimiento puede afirmarse que una vez obtenida la autorización para realizar actividades por cuenta propia, su mantenimiento, siempre y cuando se pueda acreditar el cumplimiento de alguno de los requisitos anteriores, es relativamente sencillo.

C) El acceso a las actividades laborales por cuenta propia por parte de los residentes de larga duración en España.

Como nota previa es necesario señalar que tienen derecho a este tipo de residencia los extranjeros que hayan residido en España legalmente, y de forma continuada, durante cinco años y quieran seguir residiendo en España, así como otros extranjeros que se encuentren en alguno de los supuestos comprendidos en el artículo 148 del Reglamento de la LOEX, tal es el caso de los que acrediten haber residido durante ese periodo de forma continuada en la UE, en calidad de titulares de una Tarjeta azul-UE, siempre que en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud, dicha residencia se haya producido en territorio español.

La autorización de residencia de larga duración también se concederá, de acuerdo con el apartado 3 de este mismo artículo, a los extranjeros que acrediten que se encuentran en cualquiera de los siguientes supuestos:

a) Residentes que sean beneficiarios de una pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, incluida dentro de la acción protectora del sistema español de la Seguridad Social.

b) Residentes que sean beneficiarios de una pensión de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez, en su modalidad contributiva, incluida dentro de la acción protectora del sistema español de la Seguridad Social o de prestaciones análogas a las anteriores obtenidas en España y consistentes en una renta vitalicia, no capitalizable, suficiente para su sostenimiento.

c) Residentes que hayan nacido en España y, al llegar a la mayoría de edad, hayan residido en España de forma legal y continuada durante, al menos, los tres años consecutivos inmediatamente anteriores a la solicitud.

d) Extranjeros que hayan sido españoles de origen y hayan perdido la nacionalidad española.

e) Residentes que al llegar a la mayoría de edad hayan estado bajo la tutela de una entidad pública española durante los cinco años inmediatamente anteriores de forma consecutiva.

f) Apátridas, refugiados o beneficiarios de protección subsidiaria que se encuentren en territorio español y a quienes se les haya reconocido el respectivo estatuto en España.

g) Extranjeros que hayan contribuido de forma notoria al progreso económico, científico o cultural de España, o a la proyección de España en el exterior. En estos supuestos, corresponderá al titular del Ministerio de Trabajo e Inmigración la concesión de la autorización de residencia de larga duración, previo informe del titular del Ministerio del Interior.

En cuanto al tema que nos ocupa, la conclusión más importante radica en que la autorización de residencia de larga duración autoriza a residir y a trabajar en España indefinidamente y en igualdad de condiciones que los españoles. En este marco, la sujeción a las condiciones requeridas con carácter general para iniciar una actividad por cuenta propia, serán las mismas que las exigidas a los españoles, no teniendo que iniciar un procedimiento específico ante la Oficina de extranjeros.

D) Autorización para realizar actividades por cuenta propia a titulares de autorización de estancia por estudios, investigación o formación prácticas no laborales o servicios de voluntariado.

Este procedimiento está destinado para los extranjeros que tengan autorizada la estancia en España por estar realizando alguna de las actividades señaladas que además quieran obtener una autorización para trabajar por cuenta propia.

Con la entrada en vigor del Real Decreto Ley 11/2018, de 31 de agosto, de transposición de Directivas en materia de compromisos por pensiones con los trabajadores, prevención de blanqueo de capitales, y requisitos de entrada y residencia de nacionales de países terceros, y por el que se modifica la ley 39/2015 del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, se modificó de forma sustancial el régimen aplicable a los investigadores y estudiantes extranjeros en España y se modifica -en consecuencia- el régimen de cambio de estancia por estudios a residencia y trabajo para estudiantes

Una de las grandes ventajas que introduce el Real Decreto Ley de 31 de agosto de 2018, antes citado, es que su Disposición Adicional Decimoséptima, establece los criterios para otorgar una autorización de residencia al estudiante para la búsqueda de empleo o para emprender un proyecto empresarial. En este sentido, dispone que una vez finalizados los estudios en una institución de educación superior, los extranjeros, que hayan alcanzado como mínimo el Nivel 6 de acuerdo al Marco Europeo de Cualificaciones, correspondiente a la acreditación de grado, podrán permanecer en España durante un período máximo e improrrogable de doce meses con el fin de buscar un empleo adecuado en relación con el nivel de los estudios finalizados o para emprender un proyecto empresarial (Ortega, et al. 2019: 23-52).

A tal efecto, durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de la vigencia de su autorización de estancia por estudios y durante los noventa días naturales posteriores a la fecha en que hubiera finalizado la vigencia de dicha autorización de estancia, el estudiante solicitará mediante medios electrónicos una autorización de residencia para la

búsqueda de empleo o para emprender un proyecto empresarial a la Delegación o Subdelegación del Gobierno de la provincia en la que vaya a residir, que únicamente comprobará que se ha obtenido el título o certificado de educación superior u otra prueba de cualificación oficial, que cuenta con seguro médico y el mantenimiento de recursos suficientes. Para acreditar esta última circunstancia, el solicitante presentará una declaración responsable en la que detallará los medios con los que acredite la suficiencia de recursos.

La solicitud presentada prorroga la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento, sin perjuicio de la posible incoación del correspondiente procedimiento sancionador por la infracción en que se hubiese incurrido de haber caducado la autorización.

El plazo para resolver esta autorización será de 20 días, transcurridos los cuales se entenderá concedida por silencio administrativo positivo.

Durante la vigencia de la autorización de residencia para la búsqueda de empleo o para emprender un proyecto empresarial, podrá estar acompañado por sus familiares en caso de que estos ya le hubiesen acompañado durante su estancia por estudios. Su permanencia estará, en todo caso, vinculada a la situación del titular de la autorización principal.

Durante la vigencia de la autorización de residencia para la búsqueda de empleo o para emprender un proyecto empresarial, en caso de encontrar un empleo adecuado en relación con el nivel de los estudios finalizados o de haber emprendido un proyecto empresarial (Campo y Roldán, 2018:245), se deberá solicitar la autorización correspondiente de entre las comprendidas en la LOEX.

Una de las grandes ventajas de este nuevo procedimiento se verifica en el tiempo de estancia en España requerido al estudiante extranjero, a quien se le exige un plazo general de tres años, cosa que el caso los estudiantes internacionales que vienen a España a realizar algún Máster, es difícil, pues la duración es de 2 años, como máximo. Este cambio permite que ahora puedan trabajar en España y desarrollarse profesionalmente en el país.

En definitiva, La residencia tendrá una duración máxima de 12 meses y está destinada a quienes hayan finalizado estudios de grado o nivel superior (Máster, Doctorado, etc.).

E) La obtención de una autorización de trabajo por cuenta propia por parte de los extranjeros que se encuentran en situación irregular en España.

Este tipo de autorización se obtiene al amparo del procedimiento previsto bajo “circunstancias excepcionales” mediante, por ejemplo, un expediente de arraigo social y deben solicitarla los extranjeros que se encuentren en España y que quieran que se les autorice a residir temporalmente, siempre que acrediten, entre otros requisitos: la permanencia continuada en España durante un mínimo de tres años; tener vínculos familiares (cónyuge o pareja de hecho registrada, ascendientes o descendientes en primer grado y línea directa) con otros extranjeros residentes o con españoles, o bien, acreditar la integración social del solicitante; o bien contar con un contrato de trabajo firmado (no siendo el caso que nos ocupa), cuya duración no sea inferior a un año (en ciertos casos, contemplados en la norma, puede aceptarse más de un contrato e incluso de duración inferior). Y lo que importa a efectos de este análisis, es “que podrá eximirse del contrato” cuando se acredite disponer de medios económicos suficientes para la manutención del solicitante o que los medios económicos provienen de una actividad por cuenta propia (Ortega, 2016: 183-204)

Justamente en este punto es donde encalla el procedimiento ya que ante la gran cantidad de requisitos exigidos, y sin perder de vista que el solicitante viene desde una situación de irregularidad administrativa, muchas personas prefieren solicitar la autorización mediante una actividad por cuenta ajena, para desde la legalidad posterior, modificar el régimen de autorización de residencia legal en España.

Es complicado, cuando no imposible, obtener y acreditar desde la condición de irregular

los siguientes aspectos: en actividades comerciales minoristas y prestación de servicios que se realicen en establecimientos permanentes, cuya superficie útil sea igual o inferior a 300 metros cuadrados, declaración responsable o comunicación previa; en el resto de actividades y prestaciones de servicios profesionales, relación de las autorizaciones o licencias que se exijan para la instalación, apertura o funcionamiento de la actividad proyectada o para el ejercicio profesional, indicando, la situación en la que se encuentre los trámites para su consecución, incluyendo, en su caso, las certificaciones de solicitud ante los organismos correspondientes; la documentación que acredite poseer la capacitación y, en su caso, la cualificación profesional legalmente exigida para el ejercicio de la profesión; acreditación de que se cuenta con inversión económica suficiente, o compromiso de apoyo por parte de instituciones financieras u otras, etc.

3. CONCLUSIONES

El escenario español, en cuanto al Derecho de extranjería se refiere, es complejo y al mismo tiempo diverso. Ello es así por varios motivos: primero, la pertenencia a la UE nos obliga a establecer un régimen jurídico diferenciado entre régimen general y régimen comunitario, dónde el extranjero nacional de la UE y los familiares que le acompañan, puede acceder al mercado laboral español en condiciones preferentes. Los unos como ejercicio de sus libertades comunitarias, los otros como miembros de la unidad familiar que, previo cumplimiento de los requisitos para obtener la residencia en España, les ampara -siempre que estén en edad laboral- para desarrollar cualquier actividad laboral por cuenta propia. De ahí que este artículo se haya enfocado en relación con el régimen general.

El segundo de los motivos, hace referencia a la diversidad de supuestos comprendidos en el ordenamiento jurídico que van desde la situación de regularidad hasta la posibilidad de acceder al mercado laboral desde la irregularidad administrativa, a través de las autorizaciones por circunstancias excepcionales. Lo cual dificulta de manera importante el acceso a las actividades por cuenta propia a quienes se encuentran en situación de irregularidad.

En tercer lugar, y por no extender este análisis más allá de los objetivos marcados inicialmente, porque la normativa española en materia de extranjería es de las que sufre modificaciones continuas tanto en lo formal, como en lo sustancial, de acuerdo con los intereses políticos presentes en cada legislatura. Sólo con analizar las sucesivas reformas aplicadas a la LOEX en el mismo año de su aprobación, dan buena cuenta de ello.

Bajo este *prima*, puede concluirse que tal y como está configurado el sistema legal a día de hoy para que las personas extranjeras puedan desarrollar actividades laborales por cuenta propia, se produce una discriminación formal respecto a los extranjeros residentes legales en España, para acceder a estas actividades entre personas que ya se encuentran residiendo legalmente, creando diferencias entre quienes tienen una autorización de residencia de carácter temporal frente a quienes cuentan con una autorización de larga duración (Sobre este procedimiento, por todos, Magallanes y Doménech, 2018: 295-298).

A la vista de cómo se configura el procedimiento para los extranjeros no residentes en España, puede afirmarse que lejos de estimular la inversión y la creación de empresas por parte del autónomo, empresario que puede generar empleo en nuestro país, se aplican tantas trabas y exigencias burocráticas que desestimulan la inversión. Sin embargo, la atracción de grandes inversores en el sector inmobiliario, tiene un tratamiento prioritario, incluso por la jurisprudencia de nuestros tribunales, contraviniendo el espíritu de la norma (STSJ 410/2018,

Madrid, Sección 1º, que concede el visado para ciudadanos chinos que adquieren vivienda en común, *pro indiviso*, cuando la inversión por separado no asciende a los 500 mil euros exigidos por Ley).

Por último, puede concluirse con un elemento positivo y es que con la modificación producida en el régimen de estudiantes e investigadores extranjeros, por fin éstos pueden acceder al mercado laboral por cuenta propia antes de los tres años que anteriormente se exigían y obtener autorización para explorar el mercado español.

BIBLIOGRAFÍA

- Campo J.M.; Roldán, A. (2018) “El doble canal de autorizaciones de trabajo y residencia de los profesionales altamente cualificados y de investigadores”, *Guía Práctica de Extranjería*, Navarra, Aranzadi, pp. 229-270.
- Fuertes, F.; Palomar, A. (2015) *Cuestiones prácticas del Derecho de Extranjería*. Madrid: Sepin.
- García-Maroto, D. (2019) “Récord histórico de 2.155.149 cotizantes extranjeros en la Seguridad Social”, *El Independiente*, <https://www.elindependiente.com/economia/2019/06/04/cotizantes-extranjeros-cifras-record/> (Consulta 5/6/2019).
- Magallanes, C. y Doménech, M. (2018) *Todos los procesos de extranjería y sus actuaciones administrativas en España*. Barcelona: Atelier.
- Ministerio de Trabajo (2019) “La Seguridad Social alcanza en mayo 19.442.113 personas afiliadas”, *SEPE*, <https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/noticias/historico-de-noticias/2019/detalle-noticia.html?folder=/2019/Junio/&detail=datos-afiliacion-seguridad-social-mayo-2019> (consulta 10/5/2019).
- Ortega, A. (2010) “Régimen especial de los estudiantes extranjeros”, *Revista Economist & Jurist*, 17 (138): 62-68.
- Ortega, A. (2014) *Hacia la construcción de un modelo común de la integración de la población inmigrante en la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Ortega, A. (Dir). (2016) *Manual práctico orientativo de Derecho de Extranjería*. Navarra: Aranzadi.
- Ortega, A.; Heredia, L.; Cobas, M.; Sempere, J.y Cabezón, M. (2019) *Práctica de la gestión de la diversidad cultural en las aulas universitarias. Con especial referencia a las cuestiones legales prácticas aplicables a estudiantes e investigadores extranjeros*. Navarra: Aranzadi.
- Ortega, A.; Heredia, L.y Sempere, J. D. (2015) *Gestión de la Diversidad Cultural en las aulas universitarias*. Alicante: Editorial Club Universitario.
- Palao G.; Espinosa R.; Fernández, E.; Azcárraga, C.; Lapiedra R.; Reig I.; De Lorenzo, M. (2018) *Nacionalidad y Extranjería*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Parra, C. y Giménez, M. (Dir.) (2016) *Nacionalidad y Extranjería*. Barcelona: Huygens Editorial.
- Vidal, L. (2018) *Movilidad, extranjería y nacionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Financieros.

Breve currículo:

Lerdys Saray Heredia Sánchez

Licenciada en Derecho por la Universidad de Oriente, Cuba, (1993) y por la Universidad de Alicante (2000), Máster en Propiedad Industrial e Intelectual y Sociedad de la Información por la Universidad de Alicante, (1996). Profesora Ayudante de Universidad, de la Universidad Miguel Hernández de Elche, Juez del Tribunal Provincial de Santiago de Cuba, Cuba, y Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente, Cuba (1993-2000). Profesora Asociada de la Universidad de Alicante (2001-2016). Es miembro de la Asociación de Profesores de Derecho Internacional Privado de España (AEDIPRI) y del Instituto de Derecho Iberoamericano, Valencia (IDIBE).