

CUESTIONES A DEBATE...
**TRABAJADORES TRANSNACIONALES
DE TERCEROS ESTADOS**

LUIS VIDAL DE MARTÍN SANZ
Abogado
Socio Director de Bering Abogados
Profesor del CEF

Extracto:

Los trabajadores desplazados de terceros Estados precisan además de cumplir la normativa laboral la obtención de una autorización de trabajo. La regulación que hace la ley y reglamento de extranjería es absolutamente insuficiente y debemos completarla con la normativa laboral, con los convenios internacionales de Seguridad Social de los que España forma parte y la jurisprudencia comunitaria.

Por primera vez se aborda un estudio conjunto de los Trabajadores Transnacionales de Terceros Estados (TTTE) de forma sistemática, reconstruyendo todos los escenarios posibles de transnacionalidad y la forma de resolverlos desde el punto de vista de extranjería conjugando adecuadamente y en la medida de lo posible con la normativa fiscal y de Seguridad Social.

Palabras clave: transnacionales, desplazados, convenios internacionales de Seguridad Social, expatriados, impatriados, movilidad intraempresarial y Vander Elst.

Sumario

1. Autorización de residencia y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios.
 - 1.1. Regulación.
 - 1.2. Escenarios de transnacionalidad.
2. Transnacionales de la Unión Europea (primer escenario).
3. Transnacionales de terceros países (segundo escenario).
 - 3.1. Ámbito de aplicación.
 - 3.2. Requisitos.
 - 3.3. Procedimiento.
4. Transnacionales Vander Elst (tercer escenario).

1. AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA Y TRABAJO EN EL MARCO DE PRESTACIONES TRANSNACIONALES DE SERVICIOS

1.1. Regulación.

Las autorizaciones de trabajo en el marco de prestaciones transnacionales se regulan por primera vez en la Ley de Extranjería en el año 2000 mediante la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2000 introduciendo el artículo 43.2 de la ley y regulando en el mismo artículo los trabajadores transfronterizos y los transnacionales a pesar de no tener ninguna semejanza jurídica.

También el antiguo Reglamento de Extranjería en su artículo 77 del Real Decreto 864/2001 regulaba por primera vez los llamados permisos tipo G con el que inicialmente se identifican a estas autorizaciones.

En realidad, la regulación de las prestaciones transnacionales tiene origen en la necesidad de garantizar un estándar mínimo a los trabajadores europeos que se desplazan (temporalmente) al amparo de la libre circulación de personas y libertad de establecimiento.

Dicha regulación se establece con **la Directiva 96/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo.**

En España dicha directiva se transpone (tres años después) a través de la Ley 45/1999 que en resumen tiene la siguiente finalidad: los empresarios incluidos en su ámbito de aplicación que desplacen *temporalmente* a España a sus trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional **deberán garantizar a estos, cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato de trabajo, **determinadas condiciones de trabajo previstas por la legislación española:** tiempo de trabajo, cuantía mínima del salario, no discriminación de los trabajadores temporales y a tiempo parcial, **prevención de riesgos laborales**, etc.**

Esta misma ley, en su disposición adicional cuarta, establece que las disposiciones de la presente ley (estándar mínimo de garantías) serán de aplicación a las empresas establecidas en terceros estados en la medida que puedan desplazar a sus trabajadores a España.

En la disposición adicional quinta se establece la necesidad de obtener la correspondiente autorización de residencia y trabajo a los trabajadores extranjeros o aplicación de la normativa comunitaria a los ciudadanos de la Unión.

Como decíamos, las disposiciones adicionales cuarta y quinta de la Ley 45/1999 son el punto de conexión con el artículo 43.2 de la Ley de Extranjería. De la simple lectura de este artículo se concluye que se trata de una remisión o deslegalización a favor del reglamento.

Regulación legal por tanto escasa, que incluso podría tratarse de una deslegalización incorrecta de materias reservadas a la ley y que tenemos que completar y conectar con la Ley 45/1999 sobre prestaciones transnacionales y con otras normas jurídicas, convenios internacionales de Seguridad Social en cuanto se refieren a los trabajadores desplazados, etc.

Además el reglamento solo trata el supuesto de empresas extracomunitarias que desplaza a sus trabajadores extranjeros de terceros estados a España.

Sin embargo, existen más escenarios de transnacionalidad, cuya regulación no se contiene en el reglamento de extranjería, ni la Ley 45/1999 y que ha resuelto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sentencia Vander Elst del año 1994).

1.2. Escenarios de transnacionalidad.

A la vista de la norma que hemos citado, la Ley 45/1999, la ley de extranjería y la Sentencia Vander Elst, podemos distinguir tres escenarios de transnacionalidad.

El primer escenario sería el que realizan los trabajadores comunitarios del Espacio Económico Europeo (EEE) desplazados temporalmente por sus empresas establecidas en la Unión Europea o EEE (incluidas las ETT, arts. 3.2, 4.2 y 5.4 de la Ley 45/1999).

A este supuesto será de aplicación la Directiva Comunitaria 96/71/CE, la Ley 45/1999 sobre desplazamientos transnacionales, y el Real Decreto 240/2007 sobre ciudadanos comunitarios, así como los reglamentos comunitarios sobre Seguridad Social (RE CEE/1408/71 y RE CEE/574/72).

Por ejemplo, un ciudadano alemán que está desplazado por su empresa alemana a la filial de España.

El segundo escenario sería el que realizan los trabajadores extracomunitarios desplazados temporalmente por empresas establecidas fuera de la Unión Europea. A este supuesto le será de aplicación los artículos 63 a 67 del Reglamento de Extranjería, las comunicaciones y garantía que establece la Ley 45/1999, así como los convenios bilaterales de Seguridad Social en cuanto a desplazamientos temporales de trabajadores se refiere.

Por ejemplo, un ciudadano mexicano que está desplazado por una multinacional mexicana en su sede de Madrid.

El tercer escenario, que no está regulado en el reglamento, y que cada vez es más frecuente, sería el trabajador extracomunitario que reside legalmente en un país de la Unión Europea o EEE y que es desplazado por su empresa establecida en la Unión (incluidas las ETT) a España.

Por ejemplo, un ciudadano estadounidense con residencia legal en Alemania que es desplazado desde la filial alemana a la filial española.

¿Puede desplazarse libremente este trabajador? ¿Precisa una autorización de trabajo española a pesar de que ya cuenta con una autorización de otro país europeo?

Existe libertad de circulación para estos trabajadores en aplicación de una de las libertades de la Unión.

¿Qué regulación tiene este supuesto?

	NORMATIVA APLICABLE
<p>PRIMER ESCENARIO: Transnacionales de la UE + EEE. (Ej. ciudadano alemán que está desplazado por su empresa alemana a la filial de España)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Directiva Comunitaria 96/71/CE • Ley 45/1999 sobre desplazamientos transnacionales • RD 240/2007 Reglamento Comunitarios • Reglamentos comunitarios sobre Seguridad Social (R. CEE/1408/71 y RE CEE/574/72)
<p>SEGUNDO ESCENARIO: Transnacionales de terceros países. (Ej. ciudadano mexicano que está desplazado por multinacional mexicana en su sede de Madrid)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Ley 45/1999 sobre desplazamientos transnacionales • RD 2393/2004 Reglamento Extranjería • Convenios Bilaterales de Seguridad Social
<p>TERCER ESCENARIO: Transnacionales Vander Elst. (Ej. ciudadano estadounidense con residencia legal en Alemania que es desplazado desde la filial alemana a la filial española)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Ley 45/1999 sobre desplazamientos transnacionales • RD 2393/2004 Reglamento Extranjería • Convenios Bilaterales de Seguridad Social o Reglamentos comunitarios sobre Seguridad Social. (R. CEE/1408/71 y RE CEE/574/72) • Sentencia Vander Elst • Instrucción DG Inmigración

2. TRANSNACIONALES DE LA UNIÓN EUROPEA (PRIMER ESCENARIO)

Se trataría del supuesto básico en el que una empresa de la Unión o del EEE desplaza a España su trabajador de la Unión.

No hay que hacer ninguna tramitación de la Ley de Extranjería puesto que su régimen será el de ciudadano comunitario o de la Unión.

Así el artículo 3 del Decreto de Comunitarios establece que:

«Las personas incluidas en el ámbito de aplicación del presente real decreto tienen derecho a entrar, salir, circular y residir libremente en territorio español, previo el cumplimiento de las formalidades previstas por este y sin perjuicio de las limitaciones establecidas en el mismo.

2. Asimismo, las personas incluidas en el ámbito de aplicación del presente real decreto, ..., tienen derecho a acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, **prestación de servicios** o estudios, en las mismas condiciones que los españoles, sin perjuicio de la limitación establecida en el artículo 39.4 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

Para desplazamientos superiores a tres meses el ciudadano de la Unión o el EEE tiene la obligación de inscribirse y de obtener un certificado de Registro donde se asignará un NIE. Con esto se cumplen las exigencias de Documentación.

En cuanto a la comunicación de desplazamiento desde el punto de vista laboral será de aplicación la Ley 45/1999.

Las empresa que desplacen a sus trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios transnacional deberán comunicar dicho desplazamiento antes del comienzo de la actividad a la dependencia de trabajo correspondiente de la Comunidad Autónoma.

Si la empresa desplaza a sus trabajadores para la ejecución de trabajos en régimen de subcontratación en el sector de la construcción, deberá figurar necesariamente en la comunicación el número de inscripción en el Registro de Empresas Acreditadas.

Si la empresa que desplaza a sus trabajadores fuera una empresa de trabajo temporal, deberá acompañar a la comunicación los siguientes documentos:

- a) La acreditación de que reúne los requisitos exigidos por la legislación de su Estado de establecimiento para poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados.
- b) La precisión de las necesidades temporales de la empresa usuaria que se traten de satisfacer con el contrato de puesta a disposición, con indicación del supuesto que corresponda de los previstos en el artículo 6 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por el que se regulan las empresas de trabajo temporal.

No será necesaria la comunicación de los desplazamientos transnacionales que tengan una duración inferior a ocho días, salvo que la empresa que realice el desplazamiento sea una empresa de trabajo temporal, en cuyo caso, sí se tiene que efectuar dicha comunicación.

Contenido mínimo de la comunicación.

- a) La identificación de la empresa que desplaza al trabajador.
- b) El domicilio fiscal de dicha empresa y su número de identificación a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido.
- c) Los datos personales y profesionales de los trabajadores desplazados.

- d) La identificación de la empresa o empresas y, en su caso, del centro o centros de trabajo donde los trabajadores desplazados prestarán sus servicios.
- e) La fecha de inicio y la duración previstas del desplazamiento.
- f) La determinación de la prestación de servicios que los trabajadores desplazados van a desarrollar en España con indicación del supuesto de transnacionalidad:
 - Contrato de servicios.
 - Desplazamiento intragrupal.
 - Cesión de trabajadores.

En relación con la Seguridad Social aplicable, tenemos que emplear la normativa comunitaria Reglamento CEE/1408/71 y Reglamento CEE/574/72, salvo que exista un Convenio Bilateral que sea más favorable al trabajador.

Como norma general, al trabajador desplazado de la Unión se le debe aplicar las siguientes reglas:

- Sometimiento a una única norma de Seguridad Social.
- Aplicación, como regla general, de la ley del lugar de trabajo (ley española). Sin embargo existen excepciones importantes:
 - 1.^a Si el desplazamiento a España es inferior a un año, podrá cotizarse en el país comunitario de origen. [art 14.1 a) Rgto. CEE/1408/71]. Esta excepción podrá prorrogarse si por circunstancias imprevisibles más allá de esos 12 meses y mediara conformidad expresa de la autoridad competente del Estado al cual se hubiera desplazado el trabajador siempre que la autorización se hubiera pedido ante de la terminación del período inicial y no excediera del plazo de 12 meses [Rgto. CEE/1408/71, art. 14.1 b)].
 - 2.^a Que dos o más Estados miembros de común acuerdo, excepcionen la norma general, en beneficio de determinadas categorías de sujetos o de persona y respetándose el interés del trabajador, los objetivos del reglamento y la libre circulación (Rgto. CEE/1408/71, art. 17).

3. TRANSNACIONALES DE TERCEROS PAÍSES (SEGUNDO ESCENARIO)

Trabajadores extracomunitarios desplazados temporalmente por empresas establecidas fuera de la Unión Europea. A este supuesto le será de aplicación los artículos 63 a 67 del Reglamento de Extranjería, las comunicaciones y garantía que establece la Ley 45/1999, así como los convenios bilaterales de Seguridad Social, en su caso, en cuanto a desplazamientos temporales de trabajadores se refiere.

3.1. **Ámbito de aplicación.**

Supuestos incluidos: encontrarse en algunos de los supuestos de desplazamiento del artículo 63 del Reglamento de Extranjería.

A) **CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS ENTRE EMPRESAS.** Cuando el desplazamiento temporal se produzca por cuenta y bajo la dirección de la empresa extranjera, en ejecución de un contrato celebrado entre esta y el destinatario de la prestación de servicios que esté establecido o que ejerza su actividad en España, en el supuesto establecido en la disposición adicional cuarta de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional [art. 63 a) del RD 2393/2004 y art. 2.1.1 a) de la Ley 45/1999 y art. 42 del ET].

El establecimiento en España de la sociedad o que ejerza su actividad (oficina de representación).

B) **MOVILIDAD INTRAEMPRESARIAL O INTRAGRUPAL.** Cuando se trate del desplazamiento temporal de trabajadores desde centros de trabajo de empresas establecidas fuera de España a centros de trabajo en España de esta misma empresa o de otra empresa del grupo de que forme parte [art. 63 b) del RD 2393/2004 y art. 2.1.1 b) de la Ley 45/1999].

Debemos remitirnos al artículo 4 de la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derecho de información y consulta de los trabajadores en empresas y grupos de dimensión comunitarias y artículo 40.4 del ET.

C) **CONTRATOS DE CESIÓN O PUESTA A DISPOSICIÓN.** Cuando se trate del desplazamiento temporal de trabajadores altamente cualificados para la supervisión o asesoramiento de obras o servicios que empresas radicadas en España vayan a realizar en el exterior.

Este supuesto se podría canalizar en el primer supuesto de arrendamiento de servicios. El reglamento ha querido liberalizar las prestaciones transnacionales de servicios, haciendo posible también que el contrato entre ambas empresas tenga como objeto la cesión de trabajadores a través de una ETT establecida en tercer Estado a una empresa usuaria española con las limitaciones subjetivas y objetivas que el reglamento impone:

- Trabajadores altamente cualificados.
- Cesión para supervisión o asesoramiento a la usuaria española.
- Relación laboral previa con la empresa que desplazada.

La ley que regula las ETT solo contempla la actividad transnacional de tales empresas en el espacio europeo (ETT establecidas en los Estados de la Unión Europea y del EEE en España o de empresas de trabajo temporal españolas en esos Estados. Art 22.2. Será necesario pues reformar la

LETT para dotar a esta regulación reglamentaria de la precisa habilitación legal y hacer real la exigencia de cumplimiento por la empresa extranjera que cede al trabajador.

Supuestos excluidos.

Los desplazamientos realizados con motivo del desarrollo de actividades:

1. Formativas: en supuestos de contrato de servicios [art. 63 a)].
Y en los supuestos previstos de puesta a disposición [art. 63 b)].
2. Personal navegante respecto de las empresas de la marina mercante.

3.2. Requisitos.

- a) Que la residencia del trabajador extranjero en el país donde radica la empresa que le desplaza es estable y regular.
- b) Que la actividad profesional del trabajador extranjero en el país en el que radica la empresa que le desplaza:
 - Tiene carácter habitual.
 - Antigüedad en dicha **actividad como mínimo durante un año**.
 - **Ha estado al servicio de tal empresa, al menos, nueve meses (expresa relación laboral (art. 63).**

Además se debe aportar contrato de trabajo del trabajador con la empresa que desplaza.

- c) Que la empresa que le desplaza garantiza a sus trabajadores desplazados temporalmente a España los requisitos y condiciones de trabajo aplicables, de acuerdo con lo establecido en la Ley 45/1999, de 29 de noviembre.
 - c1) Se trata de aportar la «Carta de Desplazamiento» o documento de la empresa que desplaza que suele contener lo siguiente:
 1. Tiempo de trabajo.
 2. Salario.
 - Pluses.
 - Retribuciones en especie.
 - Ventajas fiscales.
 - Derechos de reubicación (*relocation*).

3. Igualdad de trato y no discriminación.
4. Prevención de riesgos laborales y protección de maternidad.
5. Respeto a la intimidad.
6. Libertad sindical y derecho de huelga.
7. Duración del desplazamiento.

Todas estas condiciones tienen que ser conformes a la Ley 45/1999.

c2) La comunicación de desplazamiento contendrá los datos e informaciones siguientes:

Las empresas que desplacen a sus trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios transnacional deberán comunicar dicho desplazamiento antes del comienzo de la actividad a la dependencia de trabajo correspondiente de la Comunidad Autónoma.

Si la empresa desplaza a sus trabajadores para la ejecución de trabajos en régimen de subcontratación en el sector de la construcción, deberá figurar necesariamente en la comunicación el número de inscripción en el Registro de Empresas Acreditadas.

Si la empresa que desplaza a sus trabajadores fuera una empresa de trabajo temporal, deberá acompañar a la comunicación los siguientes documentos:

1. La acreditación de que reúne los requisitos exigidos por la legislación de su Estado de establecimiento para poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados.
2. La precisión de las necesidades temporales de la empresa usuaria que se traten de satisfacer con el contrato de puesta a disposición, con indicación del supuesto que corresponda de los previstos en el artículo 6 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por el que se regulan las empresas de trabajo temporal.

No será necesaria la comunicación de los desplazamientos transnacionales que tengan una duración inferior a ocho días, salvo que la empresa que realice el desplazamiento sea una empresa de trabajo temporal, en cuyo caso, sí se tiene que efectuar dicha comunicación.

Contenido mínimo de la comunicación.

- a) La identificación de la empresa que desplaza al trabajador.
- b) El domicilio fiscal de dicha empresa y su número de identificación a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido.
- c) Los datos personales y profesionales de los trabajadores desplazados.

- d) La identificación de la empresa o empresas y, en su caso, del centro o centros de trabajo donde los trabajadores desplazados prestarán sus servicios.
- e) La fecha de inicio y la duración previstas del desplazamiento.
- f) La determinación de la prestación de servicios que los trabajadores desplazados van a desarrollar en España con indicación del supuesto de transnacionalidad.

- Contrato de servicios.
- Desplazamiento intragrupal.
- Cesión de trabajadores.

- g) No situación nacional de empleo.

Es uno de los requisitos que el nuevo reglamento elimina a diferencia del antiguo artículo 77 del viejo reglamento de extranjería.

Sin embargo, la actual regulación hace una remisión al artículo 40 de la Ley de Extranjería que se refiere a los supuestos en los que no se tendrá la situación nacional de empleo, lo cual crea la duda de que sea exigible o no.

El artículo 66 establece que no será causa de denegación el supuesto del artículo 53 b) del reglamento. Por tanto no se exige superar la situación nacional de empleo.

- h) Documentación identificativa de la empresa que desplaza.

La empresa que desplaza es una empresa de un tercer Estado por tanto tendremos que aportar:

- Escritura de constitución o documento equivalente (traducido en su caso y legalizado o apostillado).
 - Certificado del registro mercantil del país de origen o inscripción en el mismo (traducido en su caso y legalizado o apostillado).
 - Número o código de identificación fiscal y domicilio fiscal.
 - Número de inscripción en la Seguridad Social.
- i) Acreditación de la autorización o institución competente del país de origen que acredite que el trabajador **continúa sujeto a su legislación en materia de Seguridad Social** si existe instrumento de Seguridad Social aplicable.

En caso de cotizar en España, nombramiento de un representante legal que se obliga a cotizar en España.

A continuación mostramos un cuadro de países que mantienen **convenio de Seguridad Social**, plazo de desplazamiento y plazo de prórroga de dicho desplazamiento.

PAÍS	Período DE DESPLAZAMIENTO (años)	PRÓRROGA DEL DESPLAZAMIENTO (años)
ANDORRA	2	3
ARGENTINA	2	+ (prorrogable sin período definido)
AUSTRALIA	5	+ (prorrogable sin período definido)
BRASIL	3	2
CANADÁ	5	+ (prorrogable sin período definido)
CHILE	3	2
COLOMBIA	3	3
ECUADOR	1	1
ESTADOS UNIDOS	5	+ (prorrogable sin período definido)
FILIPINAS	3	+ (prorrogable sin período definido)
MARRUECOS	3	---
MÉXICO	2	2
PARAGUAY	2	+ (prorrogable sin período definido)
PERÚ	2	1
REP. DOMINICANA	3	2
RUSIA	5	+ (prorrogable sin período definido)
TÚNEZ	2	2
UCRANIA	2	2
URUGUAY	2	+ (prorrogable sin período definido)

j) Acreditar documentalmente que se encuentra en uno de los tres supuestos:

1. Contrato de servicios [63 a)] (aportar contrato traducido).
2. Desplazamiento intergrupar [63 b)] (acreditar que son grupo de empresas).
- 3 Contrato de cesión o puesta a disposición [63 c)].

3.3. Procedimiento.

Competencia:

1. Inicio en la oficina de extranjeros de la provincia donde se inicia el desplazamiento.
2. Inicio en el Consulado en el país de origen, que se tramitaría mediante el procedimiento de la autorización por cuenta propia (art. 58 y ss. del Rgto. de Extranjería).

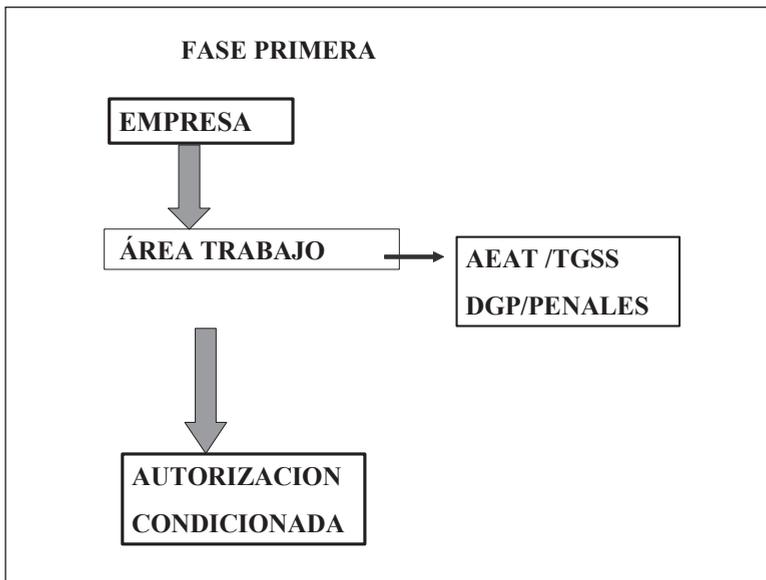
3. Unidad de Grandes Empresas si nos encontramos en la instrucción tercera de la instrucción sobre cualificados [directivos o trabajadores transnacionales altamente cualificados destinados a grandes empresas (instrucción Tercera) REMISIÓN].

Podemos distinguir tres fases:

- **La primera fase** que se inicia en España por la empresa ante el Área de Trabajo de la Delegación o Subdelegación del Gobierno.
- **La segunda fase** que tramita el trabajador extranjero ante el Consulado español solicitando un visado de trabajo.
- **La tercera fase** una vez en España procede finalizar el procedimiento con el alta en Seguridad Social y la puesta de huellas para la expedición de la correspondiente Tarjeta de Identificación de Extranjero. (TIE).

Se trata, por tanto, del esquema clásico de la autorización de residencia y trabajo. En todo lo no previsto en las mismas, será de aplicación la normativa española en materia de extranjería e inmigración y, en particular, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por las Leyes Orgánicas 8/2000, 11/2003 y 14/2003, el desarrollo reglamentario de la misma, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, y las previsiones legales y reglamentarias.

PRIMERA FASE: *Preparación y presentación de los documentos.*



Comparecencia del empresario.

La empresa (beneficiaria) que recibe al extranjero desplazado, no residente en España, deberá presentar, personalmente o a través de quien válidamente tenga atribuida la representación legal empresarial, la correspondiente solicitud de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena ante el Área de Trabajo de la Delegación o Subdelegación del Gobierno en la provincia donde se empiece.

- Solicitud Ex03 de autorización de residencia y trabajo.
- Oferta de trabajo (EX 06).
- Acompañados de los siguientes documentos:
 - Documento relativos a la empresa beneficiaria de la prestación.
 - a) Escritura de constitución de la empresa o documentos públicos del organismo contratante.
 - b) Poder notarial inscrito en el registro mercantil correspondiente de la persona que firma la oferta.
 - c) DNI del representante y documentos que justifiquen su relación laboral con la empresa a la que representa.
 - d) NIF de la empresa u organismo.
 - e) Documento acreditativo de estar de alta en Seguridad Social (TA 6).
 - f) Certificado de la Seguridad Social acreditativo de estar al corriente de pago en la Seguridad Social.
 - g) Certificado de la Agencia Tributaria acreditativo de estar al corriente de pagos.
 - h) Memoria descriptiva.
 - Documentos relativos al trabajador.
 - i) Fotocopia del pasaporte completo del trabajador.
 - j) Documento de identidad nacional o cédula del país.
 - k) Perfil del puesto de trabajo y/o currículum del trabajador para acreditar experiencia de un año.
 - l) Contrato de trabajo con la empresa que desplaza.

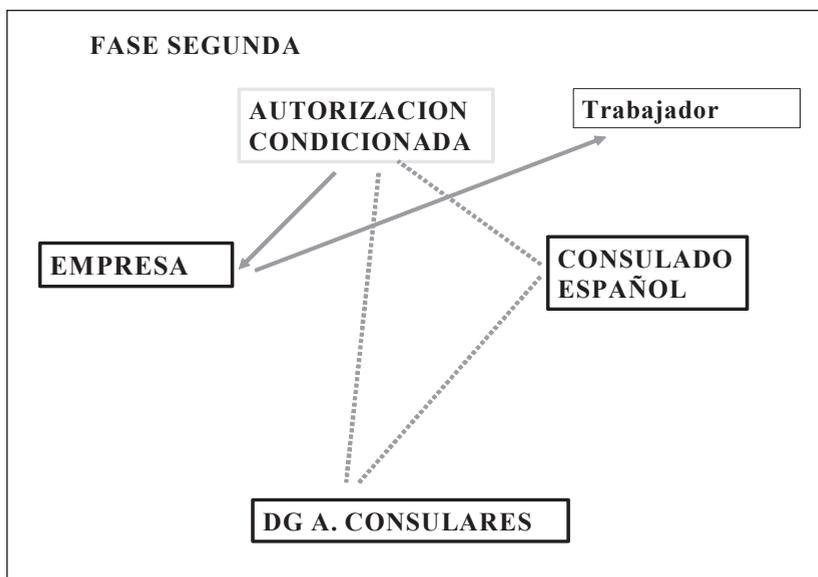
- m) Documentos que acrediten la relación laboral con la empresa al menos nueve meses.
- n) Documentos que acredite la residencia legal en el país que desplaza.
- Documentos relativos a la empresa que desplaza desde tercer Estado.
 - ñ) Escritura de constitución o documento equivalente (traducido en su caso y legalizado o apostillado).
 - o) Certificado del registro mercantil del país de origen o inscripción en el mismo (traducido en su caso y legalizado o apostillado).
 - p) Número o código de identificación fiscal y domicilio fiscal.
 - q) Número de inscripción en la Seguridad Social.
- Documentos relativos a las formalidades del desplazamiento.
 - r) Comunicación a la autoridad laboral autonómica del cumplimiento de los requisitos que exige la Ley 45/1999.
 - s) Acreditar la sujeción a la Seguridad Social del país de origen en caso de que así fuera y existiera Convenio de Seguridad Social.

Tramitación.

Recibida la solicitud, se procederá a la instrucción del procedimiento y a su inmediata tramitación, y recabará de oficio el informe al respecto de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, de la Tesorería General de la Seguridad Social, de los servicios competentes de la Dirección General de la Policía y del Registro Central de Penados y Rebeldes. Estos informes deberán ser emitidos en el plazo de 10 días.

En el supuesto de que no se presenten los documentos recogidos en el apartado 2, o no se acredite estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social, se requerirá al interesado con la advertencia expresa de que, de no aportar los documentos o acreditar el cumplimiento de las citadas obligaciones en el plazo de 10 días, se le tendrá por desistido de la petición y se producirá el archivo del expediente.

SEGUNDA FASE: *Resolución y solicitud de visado de trabajo en el país de origen.*



Resolución motivada.

Una vez realizados estos trámites se resolverán motivadamente y se notificará a la empresa la concesión o no de la resolución, que está condicionada a la entrada del extranjero en España (art. 51.5 del Reglamento).

La autorización de trabajo transnacional se limitará a provincia y sector o actividad.

Duración.

Coincidirá con la duración de desplazamiento con el límite de un año, prorrogable por el mismo período si se acreditan idénticas condiciones.

Esta afirmación que recoge el artículo 64.3 del reglamento, en la práctica se ha traducido en una duración de UN AÑO + OTRO AÑO.

Sin embargo esta duración de dos años como máximo no encaja con la definición de desplazamiento del Estatuto de los Trabajadores ya que define desplazamiento, como aquel movimiento dentro del territorio nacional por un período inferior a un año, puesto que superar dicho plazo significa un traslado que tiene tratamiento jurídico diferente.

La Ley 45/1999 habla de desplazamiento temporal sin definir la duración del mismo.

Los convenios internacionales de Seguridad Social consideran, por lo general, desplazamiento aquel movimiento de trabajadores por el tiempo de dos años prorrogable hasta cinco años (véase cuadro de duración de convenios).

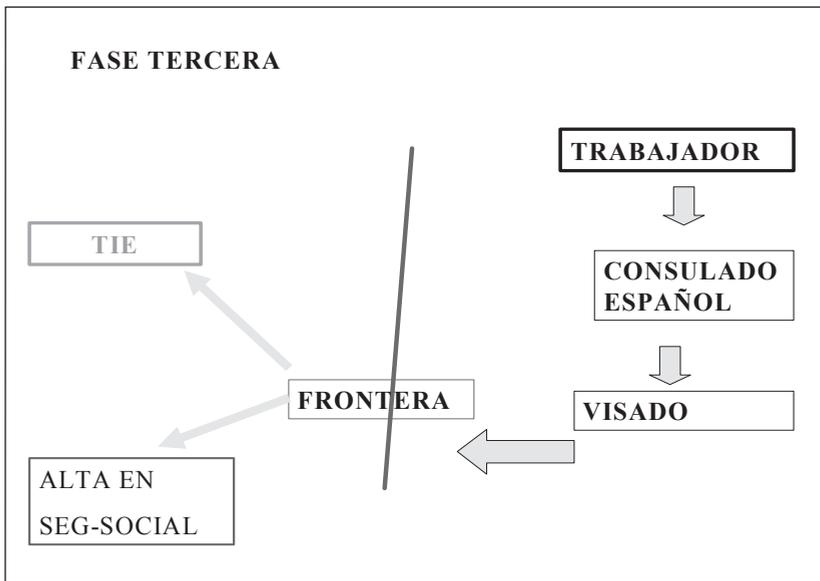
Parece que lo razonable, puesto que nos encontramos ante un desplazamiento temporal, es que la duración de esta autorización de trabajo en el marco de prestaciones transnacionales, pudiera prolongarse hasta el límite máximo de la residencia temporal (cinco años) en coordinación con los Convenios Bilaterales de Seguridad Social, que suelen prever unos desplazamiento de dos de años prorrogable hasta cinco años o más.

Dicha notificación también indicará los siguientes pasos a seguir e incorpora los modelos de autoliquidación de la tasa de residencia modelo 790 y de trabajo modelo 990 así como la tasa de expedición de tarjeta para que sean abonados.

También se notificará de forma simultánea y por medios telemáticos al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la misión diplomática del país de origen. Es lo que se denomina NEV (Número de Enlace Visado) por el cual se controla electrónicamente la veracidad de la resolución y visualmente se comparte la información entre el área de trabajo, la Dirección General de Asuntos Consulares y el Consulado Español. En el gráfico aparece representado por un triángulo con rayas discontinuas.

Cuando la empresa recibe la notificación debe hacerle llegar de forma urgente y segura dicha resolución al trabajador extranjero en el país de origen ya que tiene el plazo de un mes para solicitar personalmente el visado (art. 51.6 del Rgto.).

TERCERA FASE: *Obtención de visado, entrada en España e incorporación a la empresa.*



Solicitud de visado.

Recibida la resolución condicionada, el trabajador en su país de origen se dirige personalmente a la sección consular de la misión diplomática de España en su país con su pasaporte con una vigencia mínima de cuatro meses. Antecedentes penales traducidos y legalizados, al haber sido el único país donde ha vivido los últimos cinco años, certificado médico y la copia de autorización de residencia y trabajo (art 51.7 del Rgto.).

El Consulado una vez cursada la solicitud es posible que cite para una entrevista personal extendiéndose la correspondiente acta del que se da copia al interesado. Transcurridos unos días se le cita para recoger personalmente el visado de trabajo disponiendo de hasta tres meses para realizar el viaje a España y presentarse en la frontera para solicitar la entrada en España (art. 52 del Rgto.)

Entrada en España.

Una vez efectuada la entrada tiene un mes para que la empresa proceda a dar de alta en Seguridad Social salvo que sea de aplicación el convenio de Seguridad Social (momento en que se podrá empezar a trabajar) (art. 50.10, 11 y 12 del Rgto.).

En el mismo plazo se deberá solicitar la Tarjeta de Identificación de Extranjero (TIE), todo ello como decimos dentro de un mes desde la entrada en España. Si la prestación es superior a seis meses (arts. 50.13 y 105 del Rgto.)

4. TRANSNACIONALES VANDER ELST (TERCER ESCENARIO)

Como decíamos anteriormente se trata de determinar qué régimen se aplica al trabajador extracomunitario que reside legalmente en un país de la Unión Europea o EEE y que es desplazado por su empresa (incluidas las ETT) establecida en la Unión a España.

Es muy frecuente que empresas de construcción ubicadas en la zona limítrofe con Portugal, por ejemplo Huelva, realicen contratos de arrendamiento de servicios con empresas portuguesas que se encargan de ejecutar un trabajo en España y que mandan a sus empleados que son brasileños, angoleños, etc., que residen legalmente en Portugal.

¿Pueden desplazarse libremente estos trabajadores? ¿Precisan una autorización de trabajo española a pesar de que ya cuentan con una autorización de otro país europeo?

Existe libertad de circulación para estos trabajadores en aplicación de una de las libertades de la Unión.

Desde 1994 está resuelto este supuesto, sin embargo ni la Ley Orgánica 4/2008 ni su Reglamento de 2004 han regulado este supuesto, por lo que tendremos que acudir directamente a la lectura y aplicación de esta sentencia que por su claridad e importancia reproducimos parcialmente.

Sentencia de 9 de agosto de 1994, TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Asunto C-43/93.

«... Entre el Sr. Vander Elst, empresario de nacionalidad belga establecido en Bélgica, y la Office des migrations internationales (en lo sucesivo, «OMI»), organismo francés dependiente del Ministerio de Trabajo encargado, en particular, de las operaciones de contratación de mano de obra extranjera en el territorio francés.

3. El Sr. Vander Elst explota, en Bruselas, una empresa de demolición especializada. Además de nacionales belgas, la empresa emplea ininterrumpidamente desde hace varios años a nacionales marroquíes. Estos últimos residen legalmente en Bélgica, tienen un permiso de trabajo belga, cotizan a la Seguridad Social belga y perciben sus salarios en dicho país.

4. En 1989, la empresa Vander Elst efectuó trabajos de demolición y de recuperación de materiales en un edificio denominado «Château Lanson» en Reims. Dichas tareas duraron un mes y, para efectuarlas, el Sr. Vander Elst envió a dicho lugar una cuadrilla de ocho personas que forman parte de su personal habitual, de los cuales cuatro eran belgas y cuatro marroquíes. Para estos últimos, había obtenido previamente del consulado de Francia en Bruselas un visado de corta duración, válido por un mes.

5. Durante el control efectuado los días 12 y 18 de abril de 1989 en la obra de Reims, los servicios franceses de inspección del trabajo comprobaron que los trabajadores marroquíes empleados por el Sr. Vander Elst que trabajaban en dicha obra no disponían de un permiso de trabajo expedido por las autoridades francesas. Según dichos servicios, el visado de corta duración no bastaba para ejercer en Francia una actividad laboral por cuenta ajena.

Los servicios franceses de inspección del trabajo consideraron que, al emplear a nacionales de países terceros en el territorio francés, sin haber informado a la OMI y sin poseer los permisos de trabajo correspondientes, el Sr. Vander Elst había infringido los artículos L. 341-6 y L. 341-9 del code du travail. Por consiguiente, basándose en el acta levantada por dichos servicios, la OMI exigió al demandante una contribución especial de 121.520 FF, con arreglo al artículo L. 341-7 del mismo code. Tras una consulta con el directeur departamental du travail et de l'emploi, el importe de la contribución especial se redujo a 30.380 FF.

8. El Sr. Vander Elst presentó un recurso de reposición contra dicha decisión ante el director de la OMI, que fue desestimado mediante decisión de 9 de marzo de 1990. El 28 de abril de 1990, el Sr. Vander Elst interpuso ante el tribunal administratif de Châlons-sur-Marne un recurso de anulación de la decisión relativa a la mencionada contribución especial y, con carácter subsidiario, una solicitud de disminución de su importe debido a su buena fe y al hecho de que había efectuado inmediatamente las diligencias necesarias para obtener, como obtuvo, los permisos provisionales de trabajo exigidos.

9. En apoyo de su recurso, el demandante alegó en particular que las disposiciones controvertidas del codee d.C. travail constituyen un obstáculo a la prestación de servicios, incompatible con los artículos 59 y siguientes del Tratado según reiterada jurisprudencia, los nacionales de los Estados miembros de la Comunidad tienen un derecho de acceso al territorio de los demás Estados miembros en el ejercicio de diferentes libertades reconocidas por el Tratado y, en particular, de la libre prestación de servicios de que disfrutaban tanto los prestatarios como los destinatarios de servicios (véanse

las sentencias de 2 de febrero de 1989, Cowan, 186/87, Rec. p. 195, y de 30 de mayo de 1991, Comisión/Países Bajos, C-68/89, Rec. p. I-2637, apartado 10).

14. Procede señalar que el artículo 59 del Tratado no solo exige eliminar toda discriminación en perjuicio de quien presta servicios por razón de su nacionalidad, sino también suprimir cualquier restricción, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando puede prohibir u obstaculizar de otro modo las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos (véase la sentencia de 25 de julio de 1991, Säger, C-76/90, Rec. p. I-4221, apartado 12).

15. Asimismo, ya se ha declarado que una normativa nacional que supedita el ejercicio de determinadas prestaciones de servicios en el territorio nacional, por parte de una empresa domiciliada en otro Estado miembro, a la concesión de una autorización administrativa constituye una restricción a la libre prestación de servicios a efectos del artículo 59 del Tratado (véase la sentencia Säger, antes citada, apartado 14).

En primer lugar, hay que subrayar en este caso que los trabajadores marroquíes empleados por el Sr. Vander Elst residían de modo regular en Bélgica, Estado de establecimiento de su empresa, donde les había sido concedido un permiso de trabajo.

19. En segundo lugar, se desprende de los autos y de las observaciones orales formuladas ante el Tribunal de Justicia que los visados de corta duración de que disponían los interesados, expedidos a petición de estos por el consulado de Francia, constituían títulos válidos para residir en el territorio francés durante el tiempo necesario para la ejecución de las obras. Por consiguiente, se había respetado la normativa nacional aplicable en el Estado de acogida en materia de inmigración y de residencia de los extranjeros.

20. En lo que se refiere al permiso de trabajo que constituye el punto central del litigio principal, procede destacar finalmente que se exige para que un nacional de un Estado tercero pueda ejercer una actividad por cuenta ajena en una empresa establecida en Francia, sea cual fuere la nacionalidad de su empresa, y que el visado de corta duración no es equivalente. Dicho sistema está destinado a regular el acceso de los trabajadores de países terceros al mercado laboral francés.

21. Ahora bien, el personal de una empresa establecida en un Estado miembro que es enviado temporalmente a otro Estado miembro para realizar prestaciones de servicios no pretende en modo alguno acceder al mercado laboral de este segundo Estado, ya que vuelve a su país de origen o de residencia después de haber concluido su misión (véase la sentencia de 27 de marzo de 1990, Rush Portuguesa, C-113/89, Rec. p. I-1417). Estos requisitos se cumplen en el asunto presente.

22. En estas circunstancias, procede considerar que los requisitos controvertidos van más allá de lo que puede exigirse como requisito necesario para efectuar prestaciones de servicios. Por ello, dichos requisitos son contrarios a los artículos 59 y 60 del Tratado.

En el presente asunto, por una parte, los trabajadores marroquíes son titulares de un contrato de trabajo regular, sometido a la legislación belga, y, por otra, según los artículos 40 y 41 del Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad Económica Europea y el Reino de Marruecos, firmado en Rabat el

27 de abril de 1976 y aprobado en nombre de la Comunidad mediante el Reglamento (CEE) n.º 2211/78 del Consejo, de 26 de septiembre de 1978 (DO L 264, p. 1; EE 11/09, p. 3), debe suprimirse cualquier discriminación fundada en la nacionalidad entre trabajadores comunitarios y marroquíes en lo que atañe a las condiciones de trabajo y de retribución, así como en el ámbito de la Seguridad Social.

25. Como acertadamente subraya el Abogado General en el punto 30 de sus conclusiones, independientemente de la posibilidad de aplicar a los trabajadores enviados temporalmente a Francia las disposiciones nacionales de orden público que regulan los diferentes aspectos de la relación laboral, la aplicación del régimen belga pertinente excluye de todas maneras cualquier riesgo apreciable de explotación de trabajadores y de alteración de la competencia entre las empresas.

26. Por consiguiente, procede responder a las cuestiones prejudiciales que los artículos 59 y 60 del Tratado deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que un Estado miembro obligue a las empresas que, establecidas en otro Estado miembro, presten servicios en su territorio empleando de modo regular y habitual nacionales de Estados terceros, a obtener, para estos trabajadores, un permiso de trabajo expedido por un organismo nacional de inmigración y a pagar los gastos correspondientes, bajo pena de una multa administrativa».

La importancia de esta sentencia es trascendental, de ahí que sea citada y traída a colación por diversos operadores jurídicos. En España en noviembre de 2002 a la vista de las consultas realizadas se dicta una instrucción marcando una línea de actuación a seguir, que ha sido sustituida por Instrucción DGI/SGRJ/08/2008 de 14 de noviembre de 2008:

«2. Es de aplicación a los trabajadores por cuenta ajena pertenecientes a la plantilla de una empresa establecida en otro Estado miembro de la Unión Europea o parte en el acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que sean desplazados por su empresa a España durante un período limitado de tiempo en el marco de una prestación de servicios transnacional.

A los efectos anteriores tendrá la consideración de trabajador por cuenta ajena el empleado en una empresa de las definidas en el párrafo anterior que es residente legal y está autorizado a trabajar en el Estado en el que esté establecida dicha empresa, así como a volver a dicho Estado al término de la prestación.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de fecha 19 de enero de 2006, en el asunto C-244/04, ha declarado que la República Federal de Alemania había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 CE, al exigir a este tipo de trabajadores haber sido contratados por sus empresas con al menos un año de antelación a la fecha del desplazamiento para realizar prestaciones de servicio transnacionales. No es, por tanto, exigible la acreditación de la existencia de una relación laboral previa al desplazamiento.

- Ha de existir un contrato previo al desplazamiento.
- El contrato de trabajo se ha de concertar necesariamente en un Estado distinto del destinatario de la prestación (siendo este último España).
- El trabajador desplazado ha de mantener la relación laboral con la empresa contratante durante todo el tiempo que dure el desplazamiento.

En el caso de detectarse irregularidades o indicios de que se pretende encubrir, mediante la prestación transnacional de servicios, otras formas de relación laboral, se comunicarán a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

5. En el plazo de un mes a partir de su entrada en España, el trabajador desplazado por una empresa establecida en un Estado miembro de la Unión Europea o parte en el Espacio Económico Europeo para realizar una prestación transnacional de servicios a quien le haya sido expedido el visado de residencia deberá solicitar personalmente la tarjeta de identidad de extranjero cuando vaya a permanecer en España por un período superior a seis meses. En el reverso de esta tarjeta de identidad deberá figurar la siguiente inscripción literal:

- 1.ª línea: "Prestación transnacional servicios".
- 2.ª línea: "Ámbito U.E. y E.E.E."

A continuación se incluirá información relativa a los aspectos laborales de la prestación del servicio, dividida igualmente en otras dos líneas:

- 1.ª línea: quedará reservada para especificar el nombre o la denominación de la empresa prestataria de servicios.
- 2.ª línea: se hará mención al nombre o denominación de la empresa destinataria del servicio en España.

En la práctica, no se exige autorización de residencia y trabajo expedidas por las Áreas de Trabajo.

Si se precisa visado y a pesar de que la instrucción se refiere a visado para estancia (tres meses) o visado de residencia, en la práctica el trabajador que va a ser desplazado debe solicitar un visado de prestaciones transnacionales (Vander Elst) de tal forma que en cada Consulado español va a dar un tratamiento diferente a la solicitud de visado y va a exigir documentación diferente.

En la práctica, el Consulado exige la misma documentación que para una autorización de trabajo con la diferencia de que quien valora y resuelve la concesión de dicho visado es el cónsul español del país de origen (que a veces desconoce incluso la Instrucción de la Dirección General) creando inseguridad puesto que resuelven con criterios dispares y sin necesidad de motivar la denegación del visado.

En consecuencia y ante la falta de una norma reglamentaria, para los transnacionales Vander Elst resulta que en la práctica se ha conseguido el efecto contrario que busca la sentencia Vander Elst: **es más complejo desplazar a este tipo de trabajadores mediante esta vía que mediante una autorización de residencia y trabajo ordinaria.**

Sería recomendable que el Legislador español mediante ley o la propia Administración mediante reglamento introduzca este supuesto en nuestra normativa y lo regule privilegiadamente conforme establece la sentencia, favoreciendo la libre prestación de servicios entre empresas.

Expedición de visado y entrada en España.

En caso de que todo resulte positivo y el consulado expida el correspondiente visado de prestaciones transnacionales, el trabajador podrá entrar en España y si la prestación es superior a seis meses deberá obtener la TIE, en caso contrario, bastará el visado para acreditar la estancia y residencia legal.

Comunicación de desplazamiento (Ley 45/1999).

Las empresas que desplacen a sus trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios transnacional deberán comunicar dicho desplazamiento antes del comienzo de la actividad a la dependencia de trabajo correspondiente de la Comunidad Autónoma.

Si la empresa desplaza a sus trabajadores para la ejecución de trabajos en régimen de subcontratación en el sector de la construcción, deberá figurar necesariamente en la comunicación el número de inscripción en el Registro de Empresas Acreditadas.

Si la empresa que desplaza a sus trabajadores fuera una empresa de trabajo temporal, deberá acompañar a la comunicación los siguientes documentos:

- a) La acreditación de que reúne los requisitos exigidos por la legislación de su Estado de establecimiento para poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados.
- b) La precisión de las necesidades temporales de la empresa usuaria que se traten de satisfacer con el contrato de puesta a disposición, con indicación del supuesto que corresponda de los previstos en el artículo 6 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por el que se regulan las empresas de trabajo temporal.

No será necesaria la comunicación de los desplazamientos transnacionales que tengan una duración inferior a ocho días, salvo que la empresa que realice el desplazamiento sea una empresa de trabajo temporal, en cuyo caso sí se tiene que efectuar dicha comunicación.

Contenido mínimo de la comunicación.

- a) La identificación de la empresa que desplaza al trabajador.
- b) El domicilio fiscal de dicha empresa y su número de identificación a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido.
- c) Los datos personales y profesionales de los trabajadores desplazados.
- d) La identificación de la empresa o empresas y, en su caso, del centro o centros de trabajo donde los trabajadores desplazados prestarán sus servicios.
- e) La fecha de inicio y la duración previstas del desplazamiento.

- f) La determinación de la prestación de servicios que los trabajadores desplazados van a desarrollar en España con indicación del supuesto de transnacionalidad:
- Contrato de servicios.
 - Desplazamiento intragrupal.
 - Cesión de trabajadores.

Seguridad Social

Al tratarse de un ciudadano extracomunitario, podrá seguirse el criterio de cotización en España, la aplicación del Convenio bilateral de Seguridad Social en su caso (remisión) o los Reglamentos Comunitarios.

Efectivamente desde 1 de junio de 2003 también pueden acogerse a los reglamentos comunitarios aquellos trabajadores extracomunitarios (Rgto. CE/859/2003) siempre que se cumplan los dos siguientes requisitos:

- a) Acreditación de su residencia legal en alguno de los Estados miembros de la Unión.
- b) Que exista una situación de transnacionalidad en el que haya dos países de la Unión implicados.

De ser esta norma la que se aplica, al trabajador extracomunitario desplazado desde otro país de la Unión se le debe aplicar las siguientes reglas:

- Sometimiento a una única norma de Seguridad Social.
- Aplicación, como regla general, de la ley del lugar de trabajo (Ley española) salvo las siguientes excepciones:
 - 1.^a Si el desplazamiento a España es inferior a un año, podrá cotizarse en el país comunitario de origen [art. 14.1 a) Rgto. CEE/1408/71]. Esta excepción podrá prorrogarse si por circunstancias imprevisibles más allá de esos 12 meses y mediara conformidad expresa de la autoridad competente del Estado al cual se hubiera desplazado el trabajador siempre que la autorización se hubiera pedido ante de la terminación del período inicial y no excediera del plazo de 12 meses [Rgto. CEE/1408/71, art. 14.1 b)].
 - 2.^a Que dos o más Estados miembros de común acuerdo, excepcionen la norma general, en beneficio de determinadas categorías de sujetos o de persona y respetándose el interés del trabajador, los objetivos del Reglamento y la libre circulación (Rgto. CEE/1408/71, art. 17).

NOTA: Este artículo también ha sido publicado en la *Revista Cefgestión*. CEF. Núm. 130, junio 2009.