

**Recibido:18.12.2018. Aceptado:30.12.2018.**

## **LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE NO TIENE FRONTERAS EN LA UNIÓN EUROPEA**

LA LUTTE CONTRE LA FRAUDE N'A PAS DE FRONTIÈRES DANS L'UE

**SALVADOR NAVARRO AMARO**

Abogado

Profesor Asociado de la Universidad de Sevilla

## RESUMEN

A veces las normas de la Unión Europea que pretenden promover la libre prestación de servicios y la libre circulación de los trabajadores con objeto de favorecer la interpenetración económica, evitando complicaciones administrativas, como pueden ser las que regulan la emisión y utilización de los certificados E-101 o A1, son utilizadas fraudulentamente para obtener una reducción de costes laborales. Es lo que ocurre con el fenómeno de las *empresas buzón*, que se constituyen en determinados países miembros con el único objetivo de facilitar, mediante el desplazamiento de trabajadores, mano de obra barata en otros países cuyos costes habitualmente son más altos. El problema se complica cuando esta práctica cuenta con la laxitud o la pasividad en la aplicación de la norma por parte de las autoridades de los países en que estas empresas radican, que son quienes tienen la competencia para verificar el cumplimiento de los requisitos exigibles y la expedición de los documentos acreditativos. La sentencia que comentamos admite la posibilidad de que, en determinadas circunstancias, los tribunales de los países en que se desarrolle la prestación efectiva del trabajo puedan no tener en cuenta esos documentos obtenidos en el país de origen, y decidir conforme al resto del material probatorio disponible, cuando de este se desprenda la existencia de fraude en la obtención de los documentos bajo cuyo amparo se realizaron los desplazamientos.

**PALABRAS CLAVE:** Empresas buzón, Seguridad Social, Certificados, Estado Miembro Competente, Fraude.

## RÉSUMÉ

Parfois, les règles de l'Union Européenne qui visent à promouvoir la libre prestation de services et la libre circulation des travailleurs afin de favoriser l'interpénétration économique en évitant les complications administratives, telles que celles régissant la délivrance et l'utilisation des certificats E101 ou A1, sont utilisés frauduleusement pour obtenir une réduction des coûts de main-d'œuvre. C'est ce qui se produit avec le phénomène des *sociétés boîtes aux lettres*, qui sont constituées dans certains pays membres dans le seul objectif de faciliter, par le déplacement de travailleurs, la main-d'œuvre bon marché dans d'autres pays, dont les coûts sont généralement plus élevés. Le problème se complique lorsque cette pratique présente le laxisme ou la passivité dans l'application de la règle par les autorités des pays dans lesquels ces sociétés sont implantées, qui ont la compétence pour vérifier le respect des exigences et la émission de documents justificatives. La sentence que nous commentons admet la possibilité que, dans certaines circonstances, les tribunaux des pays dans lesquels l'exécution effective du travail est développée ne prennent pas en compte les documents obtenus dans le pays d'origine et décident en fonction du reste des éléments de preuve disponibles, lorsque ces montrent l'existence d'une fraude dans l'obtention des documents sous la protection desquels les déplacements ont été effectués.

**MOTS-CLÉS:** Sociétés Boîtes aux lettres, Sécurité Sociale, Certificats, Etat membre compétent, Fraude.

## **SUMARIO**

I. INTRODUCCIÓN

II. RESUMEN DE LOS HECHOS

III. NORMATIVA CONSIDERADA

IV. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA Y SOLUCIÓN OFRECIDA

V. VALORACIÓN

## I. INTRODUCCIÓN

El de las llamadas empresas buzón (letterbox companies) es un problema que viene preocupando a las autoridades europeas y nacionales por ser un instrumento idóneo para el fraude tanto desde el punto de vista impositivo como laboral. Se trata de empresas que no tienen una estructura real, sino meramente aparente. Con frecuencia, una mera dirección de correo (de ahí la denominación) que hace las veces de “domicilio social”.

De tal manera los trabajadores contratados por esas empresas realmente trabajan para otras, incurriéndose probablemente en la figura de la cesión, habitualmente enmascarada mediante alguna fórmula de subcontratación. Es por tanto un asunto que puede plantearse en el mercado interior, pero últimamente viene siendo utilizado en el ámbito de prestaciones transnacionales, y en concreto dentro de la UE, con el objeto de tener un régimen a la carta de menores impuestos, salarios, etc.<sup>1</sup>, ya que se constituyen estas empresas en aquellos países donde se tienen menos costes (normalmente países exsocialistas del este), pero para operar fundamentalmente en otros cuyo régimen fiscal, laboral o de seguridad social resulta más exigente. Ello supone un uso abusivo de las libertades de prestación de servicios y de establecimiento. Tradicionalmente se ha venido ligando el fenómeno a la elusión impositiva, pero son igualmente apreciables numerosos casos de prácticas de este tipo de empresas que tienen como finalidad la elusión de derechos sociales. Tan es así que incluso la CES/ETUC ha elaborado recientemente un informe<sup>2</sup> denunciando algunos de estos casos de compañías a las que se achaca la práctica de dumping social.

En España es muy conocida la problemática en el sector del transporte<sup>3</sup>, pero el fenómeno puede darse en cualquier otra rama de actividad económica siempre que ello suponga un ahorro de costes para las empresas implicadas, aunque sea a costa de burlar una normativa pensada para favorecer la prestación transnacional de servicios y la competencia, pero no la trampa.

En este contexto resulta especialmente interesante la sentencia que comentamos, que supone el primer pronunciamiento<sup>4</sup> del TJUE acerca de la eficacia de certificados E101 o A1 obtenidos de forma fraudulenta, porque supone un criterio importante en la lucha contra este tipo de operativas, que pudieran considerarse abusivas.

Pronunciamiento en alguna medida sorprendente por resultar en muchos sentidos diametralmente opuesto a otro no muy lejano en el tiempo como es el del asunto A-Rosa Flussschiff (STJUE de 27 de abril de 2017). Pero cuya diferente solución se

---

<sup>1</sup> USO, “Prácticas de “empresas buzón” (Letterbox): eludiendo impuestos y explotando trabajadores”. Disponible en: <http://www.uso.es/practicas-de-empresas-buzon-letterbox-eludiendo-impuestos-y-explotando-trabajadores/> consultado 19/09/2018.

<sup>2</sup> Syndicat European Trade Union, “The Impact of letterboxtype practices on labour rights and public revenue”. Disponible en [https://www.etuc.org/sites/default/files/press-release/files/ces\\_letterbox\\_compagnies\\_gb\\_juin\\_ok\\_0.pdf](https://www.etuc.org/sites/default/files/press-release/files/ces_letterbox_compagnies_gb_juin_ok_0.pdf)

<sup>3</sup> “¿Qué es la Ley Macron? La inseguridad jurídica, el gran reto del transporte en carretera”. *El Economista* 26/10/2016; “Filiales en Rumanía y fraude a Hacienda: así rompen las 'empresas buzón' el transporte”. *El Confidencial* 19/08/2017; “Inspección de trabajo controlará las empresas buzón”. *Logística Profesional.com* 14/05/2018; “Montoro, Báñez y De la Serna persiguen fraude de las 'empresas buzón’”. *Intereconomía.com* 21/05/2018; “Ofensiva del Gobierno contra el fraude de las 'empresas buzón’” *Expansión* 22/05/2018.

<sup>4</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. Hendrik Saugmandsgaarde Øe, de 9 de noviembre de 2017. *Asunto C-359/16, ECLI: EU:C:2017:805*. Apartado nº 40.

justifica precisamente en la apreciación de la existencia de un comportamiento fraudulento por parte de los particulares que pretenden aprovecharse de la normativa europea, sin cumplir sus requisitos, en su por tanto ilegítimo beneficio. Hay no obstante que añadir que este fraude por parte de particulares viene además acompañado de una falta de cooperación y diligencia por parte de la administración del país en que radican las “empresas buzón” en cuestión. Por lo que no sólo cabe hacer reproche las empresas sino también a algunos Estados miembros que parecen hacer la vista gorda ante este tipo de prácticas.

La sentencia resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Casación de Bélgica en el curso de un procedimiento penal seguido contra una serie de personas físicas y jurídicas en dicho país, por problemas derivados de la legislación aplicable a los trabajadores contratados por determinadas empresas búlgaras para prestar sus servicios en territorio belga. Se cuestiona cuál ha de ser la interpretación del artículo 14, punto 1, letra a), del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n.º 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, y con las modificaciones introducidas por el Reglamento (CE) n.º 631/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, y el artículo 11, apartado 1, letra a), del Reglamento (CEE) n.º 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento n.º 118/97.

El problema central versa acerca de cuáles son las posibilidades de actuación de las autoridades del Estado miembro al que han sido desplazados trabajadores al amparo de certificados E 101 (o A1 en la actualidad) -que permiten mantener la cobertura de seguridad social del país del empleador, aunque la prestación se lleve a cabo en otro frente a la pasividad o inoperancia de la institución expedidora del Estado miembro de origen, pese la constancia de información que permite deducir la obtención fraudulenta de dichos certificados.

La cuestión es si dicha inoperancia puede beneficiar a los sujetos perpetradores de ese fraude, escudándose en la competencia de la autoridad expedidora de los certificados, o por el contrario se permite la revisión por parte de las autoridades, en este caso judiciales, del país receptor de los trabajadores, en qué supuestos y con qué condiciones, procedimientos y efectos.

## **II. RESUMEN DE LOS HECHOS**

En el curso de una investigación de la inspección de trabajo belga se detecta que unas empresas constructoras de esta nacionalidad desarrollan su actividad en su país sin prácticamente contratar trabajadores, sino que en su lugar subcontrataban con empresas búlgaras que son quienes proveían la mano de obra, contratándola en Bulgaria y desplazándola a Bélgica al efecto. Para ello, las empresas búlgaras facilitan los certificados A1 (o E101) que obtienen en su país, al objeto de que, tratándose de trabajos de duración temporal limitada, se mantenga la aplicación del régimen de seguridad social búlgaro, lo que evita tener que dar a estos trabajadores de alta en la seguridad social belga y cotizar por ellos conforme a la normativa de este último país.

Pero profundizando en la investigación se comprueba que esas empresas búlgaras son más ficticias que reales (de manera que se les puede considerar *empresas buzón*) y que como tales prácticamente no desarrollan actividad en su país<sup>5</sup>.

De forma que nos encontramos con empresas belgas, que operan en Bélgica, pero que desarrollan su actividad mediante trabajadores contratados por empresas ficticias búlgaras, mediante mecanismos de subcontratación probablemente irregulares, ya que podemos suponer, aunque no se dice expresamente, que se trata de mera cesión de trabajadores, con lo que consiguen un menor coste de mano de obra, contando no obstante para ello con la cobertura de la expedición por parte de las autoridades búlgaras de los certificados exigibles, obtenidos, a juicio de las autoridades belgas, de manera fraudulenta.

Ante esta circunstancia, las autoridades belgas solicitan a las búlgaras, que son las competentes para ello, la revisión de la concesión de los certificados a la vista de la información obtenida, según la cual deberían probablemente ser revocados. Pero las autoridades búlgaras hacen caso omiso de tal información y se limitan a responder evasivamente con un resumen de los certificados E 101 expedidos, su período de vigencia y la indicación de que las diferentes empresas búlgaras cumplían las condiciones y los requisitos de desplazamiento a nivel administrativo en el momento de la solicitud de los certificados E 101 en cuestión, pero todo ello sin examinar ni tener en cuenta los hechos observados y comprobados en Bélgica.

En esta tesitura, se sigue proceso penal en Bélgica en que se persiguen diversos delitos relacionados con la falta de autorizaciones de residencia, de afiliación, cotización, etc., de los trabajadores desplazados desde Bulgaria. Un primer tribunal absolvió a los acusados basándose precisamente en la eficacia de los certificados expedidos por las autoridades búlgaras, que les eximían del cumplimiento de las obligaciones por las que venían acusados. Sin embargo este pronunciamiento fue revocado en apelación, resultando condenados los acusados, quienes recurren a su vez al tribunal de casación. Es este último el que en definitiva plantea la cuestión al TJUE y lo hace en los siguientes términos:

*¿Puede un juez que no sea el del Estado miembro de envío anular o no tener en cuenta un certificado E 101 expedido en virtud del artículo 11, apartado 1, del Reglamento [...] n.º 574/72 [...], en la versión aplicable antes de su derogación por el artículo 96, apartado 1, del Reglamento [...] n.º 987/2009 [...] si los hechos que se someten a su apreciación permiten determinar que el certificado fue obtenido o invocado de forma fraudulenta?*

### III. NORMATIVA CONSIDERADA

El problema analizado cabe encuadrarlo en el marco de la libertad de prestación de servicios<sup>6</sup>, más que de circulación de trabajadores<sup>7</sup>, puesto que los trabajadores afectados no se desplazan por propia iniciativa, sino que lo hacen por decisión de sus

---

<sup>5</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. Hendrik Saugmandsgaarde Øe, de 9 de noviembre de 2017. *Asunto C-359/16, ECLI: EU:C:2017:805*. Apartado nº 10.

<sup>6</sup> Arts 56 y ss TFUE.

<sup>7</sup> Arts 45 y ss TFUE.

empresas con objeto de prestar un servicio por parte de estas en otro país diferente de la Unión. No obstante, la normativa que se analiza, relativa a la coordinación de los sistemas de seguridad social entre los Estados miembros, no hace distinciones a este respecto, teniendo como objetivo la protección de los derechos de seguridad social de las personas que en general se desplazan por la Unión Europea, siendo aplicable a los trabajadores tanto por cuenta ajena o propia *sometidos a la legislación de uno o de varios Estados miembros o apátridas y que sean nacionales de un Estado miembro o de un tercer país o apátridas o refugiados residentes en el territorio de un Estado miembro, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes*<sup>8</sup>.

Expresamente, la cuestión sometida a la consideración del tribunal se refiere a determinados artículos de los Reglamentos 1408/71 y 574/72, que ya no son aplicables a día de hoy, al haber sido sustituidos por los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 respectivamente, vigentes ambos desde 1 de mayo de 2010<sup>9</sup>. La regulación es en todo caso similar en lo esencial, con pequeñas variaciones que no afectan a lo fundamental del asunto. De hecho la sentencia hace mención de ambas normativas, aunque en función de los términos estrictos en que ha sido planteada la cuestión prejudicial, y siguiendo un principio de congruencia, sólo resuelve sobre la base de la normativa anterior. No existen sin embargo motivos para pensar en una solución diferente a la luz de la normativa actual<sup>10</sup>.

Entre los problemas que pretenden resolver las normas citadas está el de los posibles conflictos de leyes nacionales a aplicar en cada caso cuando se producen estos desplazamientos de trabajadores.

El principio de partida es el de que se aplica a los trabajadores desplazados una única legislación en esta materia: bien la del país de origen en el que fueron contratados, bien la del país de destino en que se realiza la prestación de servicios. Así lo establecen tanto el Reglamento 1408/71 en su art. 13 como el Reglamento 883/2004 en su artículo 11, según los cuales los afectados estarán sometidos “*a la legislación de un único Estado miembro*”.

Cuál sea esa concreta legislación es algo de lo que ambas normas se ocupan de determinar a continuación, de manera que el propio art 13 del Reglamento 1408/71, en su punto 2.a) y el mismo art 11 del Reglamento 883/2004 en su punto 3.a) establecen como regla general que es, en principio, el lugar de la prestación del servicio el que determina la normativa nacional aplicable, resultando por tanto indiferentes otras circunstancias como el lugar de residencia del trabajador o el de la sede o domicilio de la empresa.

Pero a esta regla general se añaden a continuación algunas normas particulares que la excepcionan, de entre las que nos interesa la contemplada en los arts. 14.1.a) y 12.1 de los Reglamentos 1408/71 y 883/2004 respectivamente. Son estos preceptos los que mayores diferencias presentan en su regulación entre los que venimos exponiendo, si

---

<sup>8</sup> Art 2.1 Reglamento 1408/71.

<sup>9</sup> Esta normativa es aplicable en todo el Espacio Económico Europeo y en Suiza. En concreto los nuevos Reglamentos 883/2004 y 987/2009 se aplican en Suiza desde el 1 de abril de 2012 y en Noruega, Islandia y Liechtenstein desde el 1 de junio de 2012.

<sup>10</sup> En este sentido se pronuncia el Abogado General en sus conclusiones. Conclusiones del Abogado General Sr. Hendrik Saugmandsgaarde Øe, de 9 de noviembre de 2017. *Asunto C-359/16, ECLI: EU:C:2017:805*. Apartado n° 20.



bien, aunque significativas en algunos aspectos, no resultan especialmente trascendentes en cuanto al tema que nos ocupa. Conforme a ellos, el trabajador contratado por una empresa de un Estado miembro que es desplazado temporalmente a otro estado miembro para la realización de un trabajo o servicio por cuenta de dicha empresa, sigue sometido a la normativa de seguridad social del país de origen, sin que por tanto tenga que cursar alta ni cotizar en el país de destino. Así se establece para favorecer la libre prestación de servicios y la interpenetración económica entre los Estados de la Unión<sup>11</sup>, puesto que exigir otra cosa se entiende que dificultaría gravemente el desarrollo y la necesaria fluidez de esas actividades transnacionales de carácter temporal.

Por lo tanto, en caso de prestaciones temporales, y siempre que se den los requisitos y límites previstos, la legislación del *único Estado miembro* aplicable no sería la de aquél en que se realiza la prestación de servicio, sino la del que tenga su sede la empresa.

El instrumento formal que se utiliza para acreditar que concurren esas circunstancias, y que por lo tanto la empresa no tiene que cumplir con las obligaciones de seguridad social del Estado de acogida, porque ya lo hace en el de origen, es un certificado, que expide la autoridad del Estado de origen. Así se desprende de los arts. 11.1 del Reglamento 574/72 y 19.2 del Reglamento 987/2009. El Estado emisor es el competente para verificar el cumplimiento de las condiciones exigibles, mientras que el Estado receptor está obligado a respetar la vigencia y eficacia del certificado y a no aplicar por tanto su normativa, puesto que se le está certificando que se aplica la del Estado de envío.

Actualmente el certificado en cuestión es identificado como A1, mientras que con anterioridad recibía la denominación de E101.

Para el caso de que surjan problemas de interpretación o aplicación del Reglamento a supuestos particulares entre la autoridad del Estado de origen y la autoridad del Estado de destino, como en esta caso sobre la determinación de la ley nacional aplicable, tanto el Reglamento de 1971, en su art 84 bis 3, como el de 2004, en su art 76.6, establecen un procedimiento de diálogo y conciliación en el que se contempla como vía de solución la posibilidad de acudir a la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, contemplada en los artículos 80 y 71 respectivamente de cada reglamento.

En la actualidad, los arts. 5 y 19 del Reglamento 987/2009, desarrollan dicho procedimiento, y también existe una decisión, A1, de 12 de junio de 2009, de la citada Comisión Administrativa sobre el particular.

En todo caso, entretanto todo esto se resuelve, el certificado ha de presumirse válido y surtir sus plenos efectos. Así ha sido entendido por reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>12</sup>, que en la regulación vigente a día de hoy ha sido codificada en el art 5.1 del Reglamento 987/2009.

---

<sup>11</sup> Sentencia comentada, apartado 32, con cita de la sentencia de 10 de febrero de 2000, FTS, C-202/97, EU:C:2000:75, apartado 28

<sup>12</sup> STJUE 27 de abril de 2017, *Asunto C-620/15, Caso A-Rosa Flussschiff*, ECLI: EU:C:2017:309, apartado 46 y jurisprudencia que se cita.



Cabe recordar además, como hace el Abogado General en sus conclusiones, la existencia de un procedimiento legislativo en curso dirigido a modificar los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 sobre la base de una propuesta presentada por la Comisión el 13 de diciembre de 2016. Entre las modificaciones propuestas por la Comisión figura, en particular, la inclusión en el artículo 1 del Reglamento n.º 987/2009 de una definición del concepto de «fraude» así como la indicación, en el artículo 5, apartados 1 y 2, de dicho Reglamento, de plazos precisos para la revisión por la institución emisora de la adecuada expedición del certificado E 101 y, en su caso, la retirada o la rectificación de dicho certificado, a solicitud de una institución competente de otro Estado miembro<sup>13</sup>.

Por otra parte no se puede olvidar que la normativa en cuanto a condiciones de trabajo de trabajadores desplazados se contiene en la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicio, recientemente modificada por la Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de junio de 2018, por lo que cuanto aquí se expone va referido tan sólo a lo que concierne a los aspectos de seguridad social que comportan este tipo de relaciones.

#### **IV. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA Y SOLUCIÓN OFRECIDA**

En esencia, el problema que se plantea es qué posibilidades de actuación tienen las autoridades, en este caso judiciales, del Estado de acogida cuando se detectan irregularidades en la obtención de los certificados A1 (o E101) y las autoridades del Estado de envío no han prestado la colaboración que parece deseable para la corrección de dichas irregularidades.

La sentencia extrae su solución del juego de tres principios: cooperación leal, confianza mutua e interdicción del fraude y del abuso de derecho, dando en definitiva prevalencia a este último.

El principio de cooperación leal viene consagrado en el art 4.3 TUE<sup>14</sup> y constituye un elemento básico en la construcción e integración europeas, pues de otra forma sería imposible el funcionamiento de una organización supranacional, pero cuyos miembros siguen reteniendo para sí aspectos fundamentales de su soberanía.

Este principio se ve además reflejado para el caso concreto básicamente en los arts. 84 y 84 bis del Reglamento 1408/71 y 76 del Reglamento 987/2009.

Correlativo al de *cooperación leal* es el principio de *confianza mutua*. Supuesta esta cooperación leal por parte de todos los Estados miembros, estos deben de tener una mutua confianza entre ellos, de manera que la administración de un Estado miembro que requiere la cooperación de otro confía en que la administración del Estado miembro al que le compete el asunto actuará con el mismo rigor y diligencia que si actuase directamente ella misma.

---

<sup>13</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. Hendrik Saugmandsgaarde Øe, de 9 de noviembre de 2017. *Asunto C-359/16, ECLI: EU:C:2017:805*. Apartado nº 21.

<sup>14</sup> “La Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados”. En similar sentido el art 13.2 TUE.

Sin embargo a tenor de la experiencia no se puede obviar que hay factores o circunstancias que pueden hacer quebrar la confianza mutua, precisamente cuando pueda apreciarse que la cooperación no es todo leal que fuera deseable. En este sentido cabe advertir que confianza mutua no es equivalente ni tiene que llegar al extremo de la “confianza ciega”, máxime si esta facilita comportamientos fraudulentos<sup>15</sup>.

En el caso en cuestión, el principio de colaboración leal impone que las autoridades búlgaras, al recibir la información sobre el posible fraude por parte de las belgas, hubieran actuado diligentemente para la confirmación (o no) de estos extremos. Al no hacerlo, sino limitarse a responder de manera rutinaria y extemporánea (como por cierto suele hacer la administración en tantos casos a los administrados) se rompe el principio de confianza mutua. La autoridad del Estado de destino no puede verse maniatada ante la falta de colaboración del estado de envío.

Se impone el principio de interdicción del fraude y del abuso de derecho formulado en numerosas resoluciones del propio tribunal entre las que se citan las de 2 de mayo de 1996, Paletta, C-206/94, EU:C:1996:182, apartado 24; de 21 de febrero de 2006, Halifax y otros, C-255/02, EU:C:2006:121, apartado 68; de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, EU:C:2006:544, apartado 35, y de 28 de julio de 2016, Kratzer, C-423/15, EU:C:2016:604, apartado 37; de 5 de julio de 2007, Kofoed, C-321/05, EU:C:2007:408, apartado 38, y de 22 de noviembre de 2017, Cussens y otros, C-251/16, EU:C:2017:881, apartado 27.

Dicho principio ha sido enunciado en el sentido de que la aplicación de la normativa de la Unión no puede extenderse hasta llegar a cubrir las operaciones que se realicen para beneficiarse fraudulenta o abusivamente de las ventajas establecidas en el Derecho de la Unión<sup>16</sup>.

Para la apreciación de ese fraude, sobre el que no existe en la actualidad una definición en la norma examinada, el tribunal exige la concurrencia de dos elementos:

- Un elemento objetivo, consistente en el incumplimiento de los requisitos exigidos para obtener e invocar un certificado (A1 o E 101) de los que permiten que la normativa de seguridad social aplicable continúe siendo la del Estado de origen.  
En este caso se incumplen en tanto se considera acreditado que las empresas búlgaras que habían desplazado a los trabajadores de que se trata en el litigio principal no desarrollaban ninguna actividad significativa en Bulgaria. Es decir, puede perfectamente considerárseles lo que hemos venido en llamar “empresas buzón” sin más finalidad que aparentar una localización en un Estado miembro que permita desplazar trabajadores a otro manteniendo un coste de seguridad reducido.
- Un elemento subjetivo, que requiere una actuación intencionada por parte de los interesados de esquivar o eludir esos requisitos para obtener la ventaja vinculada a dicho certificado. Es decir, la obtención del certificado sin cumplir requisitos no puede deberse en exclusiva a un error de la administración que lo

---

<sup>15</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. Hendrik Saugmandsgaarde Øe, de 9 de noviembre de 2017. *Asunto C-359/16, ECLI: EU:C:2017:805*. Apartado nº 70.

<sup>16</sup> STJUE 27 de abril de 2017, *Asunto C-620/15, Caso A-Rosa Flussschiff, ECLI: EU:C:2017:309*, apartado 42.

expide, sino que tiene que haber una intervención de los interesados en la producción de esa irregularidad. Bien por una acción voluntaria, como la presentación equívoca de la situación real del trabajador desplazado o de la empresa que lo desplaza, o por una omisión voluntaria, como el hecho de no presentar información pertinente con la intención de eludir los requisitos.

En el caso que nos ocupa, se observa que para la obtención de los certificados controvertidos, los solicitantes efectuaron *una presentación de los hechos que no correspondía a esa realidad* en cuanto a su actividad en el país de origen<sup>17</sup>. Puede suponerse por tanto que falsearon datos sobre dicha actividad para aparentar la que no tenían.

Dándose estos dos elementos, objetivo y subjetivo, es exigible además que *las personas a quienes se imputa, en un procedimiento de este tipo, haber recurrido a trabajadores desplazados al amparo de certificados obtenidos de manera fraudulenta deben tener la posibilidad de refutar las pruebas en las que se basa ese procedimiento, siempre que se respeten las garantías vinculadas al derecho a un proceso equitativo, antes de que el juez nacional decida, en su caso, no tener en cuenta estos certificados y se pronuncie sobre la responsabilidad de dichas personas con arreglo al Derecho nacional aplicable*. Por lo tanto ha de entenderse que los interesados deben ser parte en el proceso con plenas garantías de defensa.

## V. VALORACIÓN

En principio, a simple vista, el pronunciamiento del alto tribunal resulta llamativo, teniendo en cuenta sobre todo el antecedente inmediato de la sentencia A-Rosa Flussschiff (STJUE de 27 de abril de 2017 C-620/15, EU:C:2017:309), con la que resulta aparentemente contradictoria.

En dicha sentencia, en un caso en el que el tribunal nacional que plantea la cuestión prejudicial constata que las condiciones de la actividad del trabajador por cuenta ajena desplazado quedan manifiestamente fuera del ámbito de aplicación material de las excepciones a la regla general de aplicación del derecho del Estado miembro en que se desempeña la prestación, puesto que toda la actividad de la empresa suiza que lo contrata se desarrollaba en territorio francés, se afirmó sin embargo con rotundidad que:

*“el certificado E 101 expedido por la institución designada por la autoridad competente de un Estado miembro, con arreglo al artículo 14, apartado 2, letra a), del Reglamento 1408/71, vincula tanto a las instituciones de seguridad social del Estado miembro en el que se efectúe el trabajo como a los órganos jurisdiccionales de ese Estado miembro, aun cuando éstos comprueben que las condiciones en que se desarrolla la actividad del trabajador de que se trate quedan manifiestamente fuera del ámbito de aplicación material de dicha disposición del Reglamento 1408/71...”*

Se defendió en dicha sentencia que en estos casos

---

<sup>17</sup> STJUE 27 de abril de 2017, *Asunto C-620/15, Caso A-Rosa Flussschiff*, ECLI: EU:C:2017:309, apartado 58.

*“..incumbe a la institución competente del Estado miembro que ha expedido el certificado E 101 volver a considerar la fundamentación de dicha expedición y, en su caso, retirar dicho certificado cuando la institución competente del Estado miembro en el que el trabajador efectúa un trabajo exprese dudas sobre la exactitud de los hechos que constituyen la base de dicho certificado y, por lo tanto, sobre las menciones que en él figuran, en particular porque éstas no satisfacen los requisitos del artículo 14, apartado 2, letra a), del Reglamento n.o 1408/71...*

*...45 En el supuesto de que las instituciones interesadas no lleguen a ponerse de acuerdo,...., podrán optar por plantearla ante la Comisión Administrativa ....46 Si esta última no llega a conciliar los puntos de vista de las instituciones competentes acerca de la legislación aplicable al caso, el Estado miembro en cuyo territorio el trabajador de que se trate efectúa un trabajo tiene al menos, sin perjuicio de las eventuales impugnaciones por vía jurisdiccional que existan en el Estado miembro de la institución expedidora, la posibilidad de interponer un recurso por incumplimiento, con arreglo al artículo 259 TFUE, para permitir que el Tribunal de Justicia examine con ocasión de dicho recurso la cuestión de la legislación aplicable a dicho trabajador y, por tanto, la exactitud de las menciones que figuran en el certificado E 101”.*

Se imponen pues en esta solución de manera absoluta los principios de cooperación leal y confianza mutua y se indica el concreto procedimiento que debe seguirse para resolver las discrepancias entre los Estados miembros implicados, sin que el Estado de acogida pueda corregir unilateralmente lo actuado por el de envío.

Precisamente varias de partes personadas en el proceso<sup>18</sup> abogaron por la necesidad de acudir a este procedimiento habida cuenta de la falta de entendimiento entre las instituciones belgas y búlgaras.

Sin embargo no es esta la solución por la que se inclina la sentencia que ahora nos ocupa, sino que por el contrario opta por la posibilidad de que el órgano judicial del Estado de acogida ignore los certificados, obtenidos en este caso a través de fraude, sin que necesariamente se haya acudido previamente a la Comisión administrativa. Hay que resaltar que no se trata de una solución contradictoria con la anterior, sino diferente por ser diferentes las situaciones planteadas, ya que en A-Rosa Flussschiff ni se alegó la existencia de posible conducta fraudulenta, ni se había dado intervención alguna a la institución competente emisora de los certificados.

Es preciso distinguir por tanto el caso de existencia de error, aun manifiesto, de apreciación de los hechos o de interpretación de la norma, en habrá necesariamente que seguir los trámites previstos en la propia normativa de coordinación, de aquellos casos en que nos encontremos no ya ante un posible error, sino ante un fraude en cuya comisión intervienen los sujetos beneficiarios de los certificados, si además se constata una falta de reacción por parte de la institución competente advertida de esa posible existencia de fraude.

---

<sup>18</sup> Altun y otros, los Gobiernos irlandés, húngaro y polaco y la Comisión.

Cabría en este punto plantearse si ante la presencia de un comportamiento presuntamente fraudulento, que es la piedra angular sobre la que se sustenta la sentencia, por este mero hecho ya tendría vía libre el Estado de acogida para no otorgar eficacia a los certificados, sin necesidad de más trámite ante la institución emisora. Lo apuntamos porque la norma no establece distinciones, por lo que también cabría decir que el procedimiento de conciliación o se sigue en su totalidad o no hay que seguirlo de ninguna manera. Sin embargo entendemos que es precisamente la actitud escasamente colaboradora de las autoridades búlgaras ante la primera comunicación por parte de las belgas lo que permite apreciar al tribunal la existencia de una base suficiente para entender roto el principio de confianza mutua. Y es lo que lleva a incluir en su pronunciamiento la premisa exigible de que *“la institución del Estado miembro al que han sido desplazados los trabajadores (presente) ante la institución expedidora de los certificados E 101 una solicitud de revisión de oficio y de retirada de éstos a la luz de información obtenida en una investigación judicial que le ha permitido constatar que los mencionados certificados se han obtenido o invocado fraudulentamente y la institución expedidora no (tenga) en cuenta esa información para revisar la fundamentación de su expedición”*.

Por lo tanto cabe concluir que han de darse los dos elementos: fraude por parte de los particulares beneficiarios de los certificados, y falta de cooperación por parte de la institución emisora del Estado de envío en la investigación y en su caso corrección de ese fraude. En definitiva, lo que se pretende es que los fallos del sistema de coordinación, cuando estos fallos deriven en parte de la deficiente cooperación de algunos Estados, no puedan ser aprovechados en su propio beneficio por aquellos particulares que han intervenido de manera fraudulenta en la obtención de ese beneficio.

Pero además, el tribunal advierte que es necesario que *a quienes se imputa... haber recurrido a trabajadores desplazados al amparo de certificados obtenidos de manera fraudulenta deben tener la posibilidad de refutar las pruebas en las que se basa ese procedimiento, siempre que se respeten las garantías vinculadas al derecho a un proceso equitativo, antes de que el juez nacional decida, en su caso, no tener en cuenta estos certificados y se pronuncie sobre la responsabilidad de dichas personas con arreglo al Derecho nacional aplicable.*

Volvemos a transcribir la literalidad del fundamento porque nos parece el extremo más ambiguo de la resolución. En el caso enjuiciado están por un lado las empresas belgas y por otro las búlgaras. Las primeras subcontratan a las segundas, y en este sentido *recurren a los trabajadores desplazados*. Sin embargo, quienes se supone que han cometido fraude a la hora de obtener los certificados son las empresas búlgaras, pues es la empresa que va a desplazar a sus trabajadores la que debe cumplir tales trámites<sup>19</sup>. Las sociedades que aparecen identificadas en el proceso son belgas (se desconoce las nacionalidad de las personas físicas) ¿Son sólo a estas a las que se refiere la sentencia? ¿Se cumple con ello lo exigible en este aspecto? Si su intervención consiste en la subcontratación de su actividad con las búlgaras, en principio no tienen por qué tener ninguna relación con el fraude que se imputa. Otra cuestión es que la propia subcontratación sea fraudulenta, pero este no es el fraude del que habla la sentencia, sino del de la obtención de los certificados. ¿Basta por tanto con que las empresas receptoras sean parte en el proceso, o tendrán que serlo también las que desplazan a los

---

<sup>19</sup> En las conclusiones del Abogado General puede entreverse que en el supuesto las propias sociedades belgas eran las que constituían las sociedades-buzón búlgaras, pero no es algo que esté del todo claro.



trabajadores? Creemos que para que existan plenas garantías, como exige la sentencia, deberían serlo todas las involucradas, algo que no parece claro que se dé en el supuesto. De otra manera se podría estar haciendo responder a las empresas del Estado de acogida de las irregularidades cometidas por las empresas del estado de envío, y esto podría convertirse en un serio lastre para el desarrollo de las actividades transnacionales por la inseguridad jurídica que se generaría. Los certificados deben de tener plenos efectos frente a terceros, siempre que estos a su vez no actuaran de mala fe, esto es, conociendo al menos también las irregularidades cometidas para su obtención.

Hay que tener presente también a este respecto que entre las dos posibilidades planteadas en la cuestión prejudicial (anular o no tener en cuenta los certificados) la sentencia se inclina por la segunda, esto es, la de *no tener en cuenta*. Quiere esto decir que el certificado no se anula, lo que supone una solución menos invasiva de la competencia de la institución emisora<sup>20</sup>, sino que simplemente “no se tiene en cuenta”, se ignora su existencia en el Estado de acogida, de lo que derivará la obligación de someterse a la normativa de dicho Estado. Pero esto no excluye de por sí la obligación de cumplir también la normativa de seguridad social del Estado de envío, que continuará siendo de aplicación en tanto que el certificado no es anulado. Con lo cual pueden seguirse consecuencias doblemente lesivas para las empresas que incurran en este tipo de prácticas abusivas, lo que puede tener un deseable efecto disuasorio. Cuanto más cuando algunos implicados incluso podrían obtener reproche penal según la normativa del Estado en cuyo territorio se desempeña el trabajo.

Pero frente a todas estas consecuencias negativas a que pueden enfrentarse las empresas participantes en el fraude, resulta un tanto llamativa la actitud del Estado responsable de la emisión de los certificados, en este caso Bulgaria. No sólo no coopera con las autoridades belgas, sino que ni siquiera interviene en el proceso ante el tribunal europeo. Se desentiende por completo del asunto. Es evidente que existen Estados miembros a quienes no molestan este tipo de fraudes. Probablemente porque también obtienen su beneficio al permitirles recaudar más en sus propios sistemas de seguridad social, aparte de que facilitan con ello la exportación de sus trabajadores a otros países mediante una especie de competencia desleal no ya entre empresas sino entre Estados. Por lo tanto también alguien debería actuar contra ellos en supuestos como este, probablemente a través de un procedimiento de incumplimiento.

En definitiva, la sentencia abre una vía interesante en la lucha contra este fenómeno indeseable de las empresas buzón, que permitirá la lucha contra el fraude allende las fronteras, pero no se puede obviar la necesidad paralela de mejorar la cooperación y la implicación en su persecución por parte de los Estados en las que estas están generalmente establecidas.

---

<sup>20</sup> Según expresa el Abogado General en sus conclusiones “...no se puede reconocer a un órgano jurisdiccional del Estado miembro de acogida, aun en caso de fraude, la competencia de anular o de declarar inválido este certificado, sino que su competencia se limita a dejarlo inaplicado”. Conclusiones del Abogado General Sr. Hendrik Saugmandsgaarde Øe, de 9 de noviembre de 2017. *Asunto* C-359/16, *ECLI*: EU:C:2017:805. Apartado nº 56.