

El control del cumplimiento de la legislación de Seguridad Social aplicable a los trabajadores desplazados: nuevo criterio jurisprudencial

Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de febrero de 2018 (asunto C-359/16)

Manuel Pedro Velázquez Fernández

Inspector de Trabajo y Seguridad Social

1. EL MARCO NORMATIVO COMUNITARIO Y ALGUNOS PROBLEMAS APLICATIVOS: EL PROCEDIMIENTO PARA REVOCAR EL CERTIFICADO A1

En los reglamentos comunitarios, en la versión precedente (1408/71 y 574/72) y en la actual (883/2004 y 987/2009), se establece que cuando una empresa se desplaza temporalmente con sus trabajadores para prestar servicios en otro Estado miembro de la Unión Europea/Espacio Económico Europeo (UE/EEE), estos pueden mantener su relación de aseguramiento en la Seguridad Social de su país de origen. Ello será así siempre que la duración total del desplazamiento no sea superior a 24 meses, esos trabajadores no reemplacen a otros ya desplazados anteriormente y no haya acuerdos bilaterales entre los Estados afectados que amplíen la duración de este periodo de excepción. Para acreditar el desplazamiento temporal, la Seguridad Social del país de origen tiene que expedir a cada trabajador el certificado A1 (que por entonces se llamaba E101), como así sucedió en este supuesto.

La validez de dicho certificado ha de ser necesariamente reconocida y aceptada por las autoridades del país de acogida, como así señala el artículo 5.1 del Reglamento 987/2009 y recoge la abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que se cita en la propia sentencia. El certificado implica que no puede aplicarse el régimen de Seguridad Social de otro Estado miembro. Este principio supone una excepción a la práctica habitual de las inspecciones de trabajo y Seguridad Social de los Estados ante situaciones de fraude que afectan a trabajadores del sistema propio de Seguridad Social. Cuando, por ejemplo, un trabajador se encuentra asegurado como autónomo pero se comprueba que está empleado como un trabajador por cuenta ajena, la Inspección de Trabajo está facultada para promover la anulación de dicho aseguramiento

y proponer su alta en el régimen de Seguridad Social de los trabajadores por cuenta ajena con la inmediata exigencia del pago de las cuotas al empleador al que presta sus servicios, sin tener que esperar a que su alta en el régimen de autónomos sea previamente revocada.

Esto, en cambio, no puede ocurrir en el supuesto de que la Inspección de Trabajo constate un fraude en el desplazamiento de los trabajadores de otro Estado miembro. Así sucede cuando, por ejemplo, se comprueba que la empresa en realidad no se ha desplazado al Estado de acogida, sino que presta servicios en él de forma permanente y continuada y apenas tiene actividad en su país de origen, como al parecer sucedió en este caso. La comprobación de estos hechos normalmente entraña que la Inspección de Trabajo del país de acogida formule preguntas a las autoridades del país de origen a través de los sistemas electrónicos de intercambio de información y de datos, como el IMI (*Internal Market Information System*) o el sistema EESSI (Intercambio Electrónico de Información sobre Seguridad Social). Está concebido del mismo modo para intercambiar informaciones entre administraciones de Seguridad Social pero que por entonces no estaba en funcionamiento.

Una de las prácticas fraudulentas más extendidas es la relativa a las «empresas buzón» (*letter-box companies*). Supone utilizar por conveniencia fiscal y de Seguridad Social una sede oficial en un país distinto a aquel en el que desarrollan sus actividades. Se trataba más bien de un supuesto, más habitual, en el que la empresa mantiene su sede social en su país de origen y desarrolla en él actividades marginales. De acuerdo con las actuales Orientaciones de la Comisión Administrativa para la Coordinación de Sistemas de la Seguridad Social, un documento sin valor legal pero de indudable relevancia práctica, al menos el 25 % anual de la facturación de la empresa que desplaza trabajadores ha de llevarse a cabo en el país en el que tenga afiliados a sus trabajadores.

En todo caso, una vez que se constata suficientemente una situación de fraude, el artículo 5.3 del [Reglamento 987/2009](#) prevé que las autoridades del Estado de acogida deben dirigirse a las del país de origen para solicitarles la revocación de oficio del certificado A1. Ahora bien, en la práctica se plantean algunos problemas aplicativos que reducen su eficacia. Así, de un lado, estos sistemas de intercambio de información no siempre funcionan adecuadamente. Con alguna frecuencia un Estado no contesta a lo que se le pregunta, lo hace tarde o de forma genérica e inexacta. El caso aquí comentado (desplazamiento de trabajadores búlgaros a Bélgica) lo evidencia.

Parece ser que hubo solo una investigación judicial en Bulgaria en el marco de una comisión rogatoria ordenada por un juez de instrucción belga que demostraría que estas empresas búlgaras no desarrollaban ninguna actividad significativa en Bulgaria. Es decir, las autoridades belgas, probablemente como consecuencia de una fallida petición de información por vía IMI ante las autoridades búlgaras, promovieron un procedimiento judicial en su propio país contra las empresas búlgaras. Si en este caso se hubiera revocado de oficio la certificación por las autoridades búlgaras, las autoridades belgas habrían procedido a la afiliación de los trabajadores búlgaros en la Seguridad Social belga y a exigir a las empresas búlgaras el pago de todas las cotizaciones correspondientes, dando así por finalizada su actuación.

De otro lado, y enlazando con esta constatación, es práctica extendida la de que las autoridades del país de origen tengan una actitud proteccionista hacia sus empresas teniendo en cuenta un interés propio. Estas empresas están proporcionando trabajo a ciudadanos de su propio país que de otra manera estarían desempleados y además continúan contribuyendo a las arcas públicas del Estado de origen mediante el ingreso de sus cotizaciones y sus impuestos. El problema se plantea para el país de acogida. Estos trabajadores desplazados desempeñan su labor a un coste menor que los trabajadores establecidos en su país, que puede llegar a suponer entre un 20 y un 35 % de la masa salarial. Esto supone una clara práctica de competencia desleal por *dumping* social hacia las demás empresas del país de acogida además de la falta de ingreso de las cotizaciones e impuestos correspondientes en sus arcas públicas.

Ante las situaciones de falta de acuerdo entre las instituciones, el artículo 5.4 del [Reglamento 987/2009](#) prevé acudir a la Comisión Administrativa [de Coordinación de Sistemas de Seguridad Social], por conducto de las autoridades competentes, una vez transcurrido al menos un mes desde la fecha en que la institución que recibió el documento haya presentado su solicitud. La Comisión Administrativa tratará de conciliar las posturas de las instituciones en los seis meses siguientes a la fecha en que haya sido consultada.

La Comisión Administrativa ha regulado este procedimiento de conciliación en su [Decisión A1](#)¹. Este procedimiento puede durar un año sin que la resolución de la controversia esté garantizada de no mediar acuerdo de las partes. En tales casos, cabe también el recurso al TJUE por parte de un Estado contra otro por incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de los tratados de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 259 del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#). Un proceso cuya duración media se estima aproximadamente en dos años y medio. Una vez más, topamos con las dificultades prácticas de un marco tan complejo y tan dilatado en el tiempo. De ahí que, como en el caso que aquí se analizará, la autoridad de acogida (Bélgica), consciente de la falta de operatividad y eficacia de estas vías, no las sigan y emprenda vías internas. Pero, como vamos a ver, tampoco esta vía asegura el éxito.

2. EL SUPUESTO DE HECHO: SÍNTESIS DE LAS CIRCUNSTANCIAS MÁS RELEVANTES

La *Sociale Inspectie* (Inspección de Trabajo de Bélgica) realizó una actuación de comprobación del cumplimiento de la normativa en relación con la contratación del personal de Absa, sociedad belga que opera en el sector de la construcción en Bélgica. Esta actuación puso de manifiesto que, desde 2008, Absa apenas había contado con personal propio, optando por subcontratar a empresas búlgaras que desplazaban trabajadores a Bélgica. También se observó que la

¹ [Decisión A1 de 12 de junio de 2009](#), relativa al establecimiento de un procedimiento de diálogo y conciliación sobre la validez de los documentos, la determinación de la legislación aplicable y el abono de prestaciones de acuerdo con el Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo.

contratación de estos trabajadores desplazados no se había declarado a la institución responsable en Bélgica de la percepción de las cotizaciones sociales, ya que eran titulares de certificados E101 o A1, expedidos por la institución designada por la autoridad búlgara competente en el sentido del artículo 11, apartado 1, del [Reglamento 574/72](#). Una investigación judicial llevada a cabo en Bulgaria en el marco de una comisión rogatoria ordenada por un juez de instrucción belga demostró que estas empresas búlgaras no desarrollaban ninguna actividad significativa en Bulgaria.

Sobre la base de los resultados de esta investigación, la Inspección de Trabajo belga remitió el 12 de noviembre de 2012 a la institución designada por la autoridad búlgara competente una solicitud motivada de revisión de oficio o de retirada de los certificados E101 o A1 expedidos a los trabajadores desplazados de que se trata en el litigio principal. Como se dijo, la institución búlgara competente respondió a dicha solicitud remitiendo un listado de los certificados E101 o A1 expedidos, indicando su periodo de validez y aclarando que, en el momento de su expedición, las diferentes empresas búlgaras de que se trata cumplían los requisitos administrativos del desplazamiento. En cambio, en dicha respuesta no se tuvieron en cuenta los hechos constatados y declarados probados por las autoridades belgas.

Las autoridades belgas incoaron diligencias penales contra los procesados en el litigio principal. Este proceso resultó fallido para las autoridades ante el juez de instancia y favorable ante el tribunal de apelación. En el tramo final del recurso de casación ante la corte suprema belga, este tribunal decidió plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia Europeo, que es el que ha dado lugar a la sentencia que ahora comentamos.

3. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Comienza el tribunal recordando en su sentencia cuál es el fundamento de la actual regulación de Seguridad Social sobre los desplazamientos que mantiene a los trabajadores dentro del régimen de Seguridad Social de su país de origen. «La finalidad de esta disposición es superar las trabas que pudieran obstaculizar la libre circulación de los trabajadores y favorecer la interpenetración económica, evitando complicaciones administrativas, en particular, a los trabajadores y las empresas» (32), como ya ha señalado la abundante jurisprudencia que se cita en la sentencia.

También recuerda que un requisito esencial para la aplicación de esta disposición es que la empresa que se desplaza desempeñe con carácter habitual actividades significativas en el territorio del Estado miembro de origen (34).

A continuación, señala que el principio de cooperación leal (art. 4 [TUE](#)):

Exige que la institución expedidora [del país de origen] proceda a una apreciación correcta de los hechos pertinentes para aplicar las normas relativas a la determinación de la legislación aplicable en materia de Seguridad Social y, por tanto, que garantice la exactitud de las menciones que figuran en el certificado E 101 (37).

Por otro lado, este mismo principio también exige que el país de acogida esté vinculado por los certificados que el país de envío emita (38 y 39).

Asimismo, hace mención expresa a la necesidad de seguir los procedimientos previstos en el reglamento y el tratado para los casos de desacuerdo entre Estados que antes hemos descrito (43 a 47). Señala al respecto una reciente Sentencia dictada por el propio tribunal el [27 de abril de 2017 \(asunto C-620/15, A-Rosa Flussschiff\)](#) en la que el Estado francés es condenado ante una clara situación de fraude de los trabajadores de una empresa suiza que solo prestaban servicios en territorio francés cotizando a la Seguridad Social suiza, pero en el que las autoridades francesas habían prescindido por completo de todo procedimiento de petición de revocación de oficio del certificado A1 ante las autoridades suizas y habían emprendido directamente la vía para la reclamación de cuotas a la empresa suiza implicada prescindiendo por completo del procedimiento establecido para estas controversias.

No obstante, el tribunal considera que en este caso concreto sí se han seguido las normas para solicitar la revocación de oficio de los certificados A1 y que el Estado búlgaro se ha negado a revocarlos valiéndose de forma fraudulenta y abusiva de la protección de las normas del derecho de la UE. Señala que no ha actuado conforme al principio de cooperación leal al no revisar de oficio, a la luz de la información facilitada por las autoridades belgas, los certificados E101 o A1 expedidos a los trabajadores búlgaros, que en este caso ha quedado acreditado que las empresas búlgaras no tenían actividad significativa en su país de origen (57), que los certificados se obtuvieron de forma fraudulenta con la presentación de hechos que no se correspondían con la realidad (58) y que la institución búlgara competente se abstuvo de tener en cuenta estos hechos en la solicitud de revisión de oficio llevada a cabo por las autoridades belgas (59).

De este modo, señala expresamente la sentencia, que:

Si esta institución [la del Estado búlgaro] se abstiene de llevar a cabo esta revisión de oficio en un plazo razonable, la mencionada información debe poder invocarse en un procedimiento judicial para obtener del juez del Estado miembro al que los trabajadores han sido desplazados que no tenga en cuenta los certificados de que se trata (55).

Todo ello sin perjuicio, del derecho que asiste a las empresas y trabajadores implicados para poder refutar las pruebas en el propio procedimiento jurisdiccional (56).

4. TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA MÁS ALLÁ DEL CASO CONCRETO: PROBLEMAS DE CONSISTENCIA DE LA NORMATIVA ACTUAL

Como hemos visto en la explicación anterior, las normas que regulan los conflictos entre Estados sobre la legislación de Seguridad Social aplicable a los trabajadores desplazados no gozan de suficiente credibilidad. Con alguna frecuencia ni siquiera se llegan a utilizar por las autoridades competentes dando lugar a la correspondiente inseguridad jurídica y al desencadenamiento de

conflictos en los que intervienen muy diversas instancias administrativas y judiciales y cuya duración puede prolongarse todavía por mucho más tiempo, hasta 10 años en el caso que examinamos.

Para empezar, los hechos constitutivos de fraude deben ser suficientemente comprobados mediante la colaboración entre las autoridades administrativas correspondientes. En este caso, las autoridades belgas han recurrido a una vía jurisdiccional para obtener una verificación de los hechos que suceden en Bulgaria.

Cabría comentar respecto a la comprobación de este tipo de hechos que sobre el volumen de las transacciones y facturación que manejan las empresas fuera de su Estado de origen y en el ámbito de la UE/EEE, existen declaraciones fiscales (en España sería el [modelo 349 de la AEAT](#)) en las que queda clara constancia de las mismas. Una colaboración y asistencia mutua entre las administraciones fiscales de los respectivos países, una materia que goza de mayor rodaje en la práctica comunitaria y una mejor regulación en la actual [Directiva 2010/24](#) podrían haber servido en este caso para comprobar mejor estos hechos sin tener que recurrir a la cooperación entre órganos judiciales de diferentes estados.

Esto atañe al hecho de que la colaboración que se necesita para combatir el fraude en los desplazamientos también exige una adecuada coordinación interna entre los órganos administrativos de cada Estado, en este supuesto entre las administraciones de Hacienda y Seguridad Social, que en este caso podría no haberse dado.

En segundo lugar, el procedimiento debe iniciarse con una petición de revocación de oficio a la autoridad que ha expedido el certificado A1. Este requisito es ineludible en cualquier caso, como así pone de manifiesto la [Sentencia del propio TJUE de 27 de abril de 2017](#) que antes se ha citado. Su falta supone la invalidez de los actos adoptados unilateralmente por las autoridades del Estado de acogida.

Si este procedimiento de revocación no es atendido con la debida diligencia por las autoridades del Estado de origen, podría dar lugar a que el certificado careciera de valor vinculante para el Estado de acogida, tal y como establece de forma novedosa la sentencia.

Para tratar de paliar los problemas que generan las peticiones de revocación de oficio de los certificados A1, la propuesta de reforma de los reglamentos comunitarios que ha planteado la Comisión Europea introduce un nuevo artículo 76a en el [Reglamento 883/2004](#) en el que se establece que la Comisión tendrá poderes para dictar normas relativas a la expedición del certificado A1 que determinen su formato y contenidos, las situaciones en las que debe ser expedido, los elementos que deben ser verificados antes de su expedición por los Estados y la forma en que debe procederse a su revocación cuando se produzca la impugnación por otro Estado².

² Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifican el Reglamento (CE) 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, y el Reglamento (CE) 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004. Estrasburgo, 13.12.2016, (COM)2016 815 final, 2016/0397 (COD).

En el debate mantenido en la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento Europeo se ha propuesto añadir al artículo 5 del [Reglamento 987/2009](#) que la ausencia de respuesta por parte del Estado que emitió el certificado dentro del plazo de 25 días supondría una ruptura del principio de cooperación leal y que el Estado requirente se convierta en el competente para determinar la legislación aplicable³. Esta posición iría en una línea similar a la expresada en la sentencia.

Con estas dos medidas, la aprobación por la Comisión Europea de una completa regulación sobre estos conflictos de competencia y la penalización de una falta de respuesta en el plazo establecido y de forma diligente por parte de las autoridades del Estado de origen se confía en que la mayor parte de los conflictos que se plantean actualmente van a quedar resueltos.

Sin embargo, todavía quedarían vigentes después de esta reforma tanto el actual sistema de resolución de conflictos mediante la conciliación entre Estados ante la Comisión Administrativa Europea de Coordinación de Sistemas de Seguridad Social, que no resuelve el conflicto y solo invita a un acuerdo, y el recurso de incumplimiento ante el TJUE, que entraña un largo y complicado proceso de resolución. En la sentencia que comentamos, el tribunal pasa por alto que el Estado belga no haya seguido ninguno de estos dos procedimientos. Ha bastado la falta de diligencia de las autoridades búlgaras en la respuesta a la petición de revocación de oficio del certificado A1 para que el tribunal estime que se puede proceder por las autoridades del Estado de acogida sin reconocer el valor de dicho documento.

Hay que recordar a este respecto que el propio Estado belga aprobó el 27 de diciembre de 2012, de una forma que se podría calificar como desafiante, una ley marco antiabuso en cuyos artículos 23 y 24 no reconoce el carácter vinculante de los certificados A1 en los supuestos de fraude comprobados por las autoridades belgas, tanto administrativas como judiciales, lo que ha motivado la presentación de un recurso de la Comisión Europea ante el TJUE por infracción de la legislación comunitaria con fecha de 13 de julio de 2015 que aún no ha sido resuelto. Sin embargo, de forma cautelar, las instituciones belgas han dejado en suspenso la aplicación de esta ley hasta que se pronuncie sobre su validez el TJUE.

Ante este vacío, estimo que sería conveniente que el propio reglamento estableciera un verdadero mecanismo de resolución de conflictos entre Estados miembros sobre este tipo de controversias, ya sea a través de la intervención de la futura Autoridad Laboral Europea que se pretende establecer para la dirección y vigilancia de los asuntos relacionados con la movilidad y los desplazamientos de trabajadores o bien a través del establecimiento de un procedimiento judicial sumario y especial ante una sala o sección del Tribunal de Justicia Europeo.

³ Enmienda al considerando 15 del preámbulo y al artículo 76 a.4 a de la propuesta de Reglamento 883/2004 de la Comisión. [Draft Report European Parliament, 10.11.2017, 2016/0397 \(COD\)](#).