

LA RESPUESTA EUROPEA A LAS “EMPRESAS BUZÓN”: NORMAS Y JURISPRUDENCIA EN EL ÁMBITO SOCIAL, TRIBUTARIO Y DE TRANSPORTE

A EUROPEAN RESPONSE TO “LETTERBOX COMPANIES” IN SOCIAL, TAX AND TRANSPORT: RULES AND CASE LAW

MIREIA LLOBERA

*Profesora Contratada Doctora
Universidad de Valencia*

Recibido: 18.07.2018 / Aceptado: 30.07.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4388>

Resumen: El presente trabajo estudia la respuesta comunitaria a las prácticas empresariales que pretenden, mediante sociedades ficticias, eludir las normas de acceso al mercado con el objetivo de obtener ventajas competitivas, y que vienen siendo denominadas “empresas buzón”. En particular, se analizará cómo aborda esta cuestión la Directiva 2014/67/UE relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE relativa al desplazamiento de trabajadores y el Reglamento (CE) n.º 1071/2009 sobre el acceso a la profesión de transportista por carretera; así como las propuestas normativas de la Comisión en el marco del “paquete de movilidad” en lo concerniente al requisito de establecimiento. En definitiva, se establecerán parámetros de eficacia de tales normas, sirviéndonos de las propuestas en el sector de carreteras como paradigma de análisis. Las distintas fórmulas utilizadas por las instituciones comunitarias para hacer frente a este tipo de prácticas — en el ámbito social, fiscal y sectorial— se describirán críticamente; así como los pronunciamientos que en las últimas décadas han ofrecido criterios interpretativos para la identificación de tales “empresas buzón”.

Palabras clave: dumping social, empresas buzón, libertades comunitarias, desplazamiento transnacional de trabajadores, evasión fiscal, paquete de movilidad, transporte por carretera

Abstract: This piece of research studies EU response to the practices that pretend, through fictitious societies, to elude the norms of access to the market with the objective of obtaining competitive advantages, often called “letterbox companies”. In particular, case-law and regulations on the enforcement of Directive 96/71/EC concerning the posting of workers shall be analyzed under the light of normative proposals of the EU Commission in the framework of the “mobility package”. In short, parameters of effectiveness of such standards shall be established, taking proposals in the road sector as analytical paradigm. Different formulas used by the Community institutions, in social, tax and sectorial areas will be described critically; as well as ECJ rulings that in the last decades have offered interpretative criteria for the identification of such “letterbox companies”.

Keywords: social dumping, letterbox companies, EU freedoms, posting of workers, tax elusion, mobility package, road transport

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de I+D DER2017-83040-C4-2-R, con el título Desplazamiento Transnacional de Trabajadores.

Sumario: I. Introducción: las distintas fórmulas utilizadas por las instituciones comunitarias, en el ámbito social, fiscal y sectorial, para frente a las “empresas buzón”. II. ¿Cómo hace frente el TJUE a las “empresas de buzón”? 1. La jurisprudencia laboral relativa la Directiva 96/71/CE, principal instrumento para disciplinar la intervención estatal dirigida a evitar el dumping social. 2. La Sentencia A-Rosa Flussschiff: la respuesta del Tribunal de Justicia en el ámbito de la Seguridad Social. 3. La Sentencia A-Rosa Flussschiff: análisis comparativo con la jurisprudencia laboral que aborda controles de tipo administrativo. 4. Estricta aplicación del principio de mutuo reconocimiento, a menos que haya fraude: la Sentencia Altun. 5. El TJUE frente al “fraude” de las libertades comunitarias. 6. Las “empresas buzón” desde el punto de vista fiscal. III. Medidas legislativas y acciones nacionales frente a las “empresas de buzón”. 1. Orígenes del artículo 4 de la Directiva 2014/67/UE en la jurisprudencia del TJUE. 2. Las “empresas buzón” a la luz de las normas de carácter sectorial. A) El dumping social en el sector transportes. B) El art. 43 LOTR y el Reglamento 2009/1071. C) El “mobility pack”. IV. A modo de conclusión: ¿hasta dónde pueden llegar los Estados frente a las “empresas buzón”? A) Una cosa es una sociedad “fantasma”, y otra, una sociedad deslocalizada. B) El artículo 4 de la Directiva 2014/6/UE: la noción de “centro de explotación” y de prestación característica.

“De acuerdo con las informaciones publicadas por la Comisión, la revisión de la Directiva 96/71 sobre el desplazamiento de trabajadores se centrará en evitar el dumping social que algunas empresas ejercen aprovechando las diferencias de costes salariales y sociales entre Estados miembros. De mantenerse la actual orientación de la Directiva, sus contenidos no tendrán impacto alguno en uno de los sectores más afectados por estas prácticas, el del transporte por carretera. Muchas empresas del sector han localizado sus sedes principales en países de la antigua Europa del Este y utilizan ahora conductores contratados allí para cubrir los mismos servicios que ofrecían desde sus sedes anteriores con costes laborales a veces diez veces inferiores. Las pequeñas y medianas empresas que no utilizan estos procedimientos sufren así una competencia claramente desleal que creo puede calificarse abiertamente de dumping en el mercado interior. En España, por ejemplo, más de 6.000 de los 11.000 conductores que atraviesan la frontera realizando portes internacionales están enrolados en este tipo de empresas”.

Pregunta presentada por la eurodiputada Izaskun Bilbao Barandica ante el Parlamento Europeo durante el presente periodo de sesiones¹.

I. Introducción: las distintas fórmulas utilizadas por las instituciones comunitarias, en el ámbito social, fiscal y sectorial, frente a las “empresas buzón”.

1. El Comité Económico y Social Europeo (CESE) define el dumping social como aquellas “prácticas que pretenden, mediante sociedades ficticias, eludir las normas de acceso al mercado o que son contrarias a tal normativa con el objetivo de obtener ventajas competitivas”².

2. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, el TJUE o “el Tribunal de Justicia”) sujeta las actividades dirigidas al dumping social y a la evasión fiscal³ al mismo criterio que el CESE: considera “empresa buzón” aquellos mecanismos jurídicos carentes de realidad económica dirigidos al fraude, en ejercicio de la libertad de establecimiento⁴.

¹ Pregunta parlamentaria presentada por la Eurodiputada española Izaskun Bilbao Barandica (ALDE) 21 de marzo de 2016, E-002369-16, Pregunta con solicitud de respuesta escrita a la Comisión, Artículo 130 del Reglamento. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2016-002369+0+DOC+XML+V0//ES> [13/07/2018].

² COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO. (2016). Dictamen exploratorio. El mercado interior del transporte internacional de mercancías por carretera: dumping social y cabotaje, 176–182.

³ STJUE 21 de febrero de 2008, PartService (C-425/06, EU:C:2008:108), apartado 42; STJUE 22 de diciembre de 2010, Weald Leasing (C-103/09, EU:C:2010:804), apartados 29 y 30; STJUE 22 de diciembre de 2010, RBSDeutschland Holdings (C-277/09, EU:C:2010:810), apartado 49; STJUE 27 de octubre de 2011, Tanoarch (C-504/10, EU:C:2011:707), apartado 52, STJUE 29 de septiembre de 2015, Newey, (EU:C:2013:409), apartado 46.

⁴ STJUE 21 de febrero de 2006, Halifax y otros (EU:C:2006:121), apartado 67-86; STJUE 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas (EU:C:2006:544), apartado 55; STJUE 22 de mayo de 2008, Amplis-científica y Amplifin (C-162/07, EU:C:2008:301), apartado 28; STJUE 27 de octubre de 2011, Tanoarch (EU:C:2011:707), apartado 51. Vid. AUKJE VAN HOEK, & MIJKE HOUWERZIJL (2011), *Comparative study on the legal aspects of the posting of workers*

3. También determinadas disposiciones comunitarias⁵ han abordado, directa o indirectamente, la cuestión de la deslocalización de empresas dirigidas al *dumping social*. La Directiva 2014/67/UE relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE relativa al desplazamiento de trabajadores (en adelante la Directiva 2014/67/UE)⁶ es una de estas normas; así como el Reglamento (CE) n.º 1071/2009 sobre el acceso a la profesión de transportista por carretera (en adelante, “el Reglamento 1071/2009”)⁷.

4. Asimismo, las propuestas normativas de la Comisión en el marco del “paquete de movilidad” son particularmente interesantes en lo concerniente al requisito de establecimiento, por cuanto suponen un importante límite a las “empresas buzón” que podría ser extrapolable a las normas generales sobre desplazamiento de trabajadores⁸. En particular, la Comisión se propone aclarar las disposiciones del artículo 5 del Reglamento (CE) n. 1071/2009 sobre el acceso a la profesión de transportista por carretera⁹, para garantizar que las empresas establecidas en un Estado miembro tengan allí una actividad real y continua.

5. En este trabajo se tratará de establecer parámetros de eficacia de tales normas, sirviéndonos de las propuestas en el sector de carreteras como paradigma de análisis. Las distintas fórmulas utilizadas por las instituciones de la Unión –en el ámbito social, fiscal y sectorial– para hacer frente a este tipo de prácticas, se describirán críticamente; así como los pronunciamientos que han ofrecido criterios interpretativos para la identificación de las “empresas buzón”, especialmente, en el ámbito de la Seguridad Social.

II. ¿Cómo hace frente el TJUE a las “empresas de buzón”?

1. La jurisprudencia laboral relativa la Directiva 96/71/CE, principal instrumento para disciplinar la intervención estatal dirigida a evitar el *dumping social*.

6. En el ámbito laboral, el TJUE no es que haya mostrado una especial contundencia frente a las prácticas consistentes en situar la sede social en otro país para aprovechar sus costes sociales. Sobre este particular, se recordarán dos asuntos paradigmáticos: *Viking* y *Laval*, en los que el TJUE evita pronunciarse sobre la utilización de la libertad de establecimiento para valerse de las inferiores condiciones de trabajo de otro país comunitario.

7. En *Viking* el TJUE considera que no debía realizar una interpretación del derecho material a fin de delimitar los objetivos legítimos susceptibles de ser amparados por las libertades comunitarias, pese a que en la descripción de los hechos de la Sentencia se recoge expresamente que “la sociedad ma-

in the framework of the provision of services in the European Union, (March), 363, <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6677&langId=en> [5/9/2017]; K.E. SORENSEN (2015), “The fight against letterbox companies in the internal market”, *Common Market Law Review*, (52), 85–118.

⁵ En este trabajo nos referiremos al término “comunitario” o “comunitaria” como reminiscencia terminológica que se ha incorporado de pleno al lenguaje jurídico, y que continúa presente en la terminología del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sin embargo, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, este término debe entenderse como relativo al derecho e instituciones de la Unión, una vez sustituido el término “Derecho comunitario” por el de “Derecho de la Unión” en los Tratados.

⁶ Directiva 2014/67/UE, de 15 de mayo 2014, del Parlamento Europeo y Consejo relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n. 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IMI»), 15/05/2014, (DOUE 28/5/2014 L 159/11).

⁷ DO L 300 de 14.11.2009, p. 51.

⁸ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2006/22/CE en lo relativo a los requisitos de control del cumplimiento y se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, COM/2017/0278 final - 2017/0121 (COD). Comisión Europea. (2017). Propuesta de Reglamento por el que se modifican el Reglamento (CE) n. 1071/2009 y el Reglamento (CE) n. 1072/2009 con el fin de adaptarlos a la evolución del sector (Vol. 0123). Bruselas, 31.5.2017, COM(2017) 281 final, 2017/0123 (COD).

⁹ DO L 300 de 14.11.2009, p. 51.

triz desea reabanderar el buque del Estado B, para aplicar las condiciones menos favorables que las del Estado A”, y pese a que el tribunal remitente le pide expresamente tal interpretación¹⁰.

8. Lo mismo ocurre en la Sentencia *Laval*, en la que el TJUE acude a argumentos de naturaleza procesal para evitar abordar dicha cuestión¹¹. El TJUE considera que no debe pronunciarse sobre si la empresa Laval tenía la obligación de ejercer su actividad en Suecia en las condiciones fijadas por la legislación de este Estado miembro para sus propios nacionales, como indica el artículo 43 CE, párrafo segundo. Puesto que el capital social de Laval y su filial, la empresa Baltic, pertenecían a las mismas personas, y ambas sociedades tenían los mismos representantes y utilizaban la misma marca, podía considerarse que constituían una única entidad económica desde el punto de vista del Derecho de la Unión, aunque fueran dos personas jurídicas distintas. El TJUE —al igual que ocurre, como veremos, en el área tributaria— procede a recordar que, toda apreciación en ese sentido es competencia del juez nacional, evitando establecer doctrina antifraude de carácter “federal” que pueda estar dotada de un valor generalizable en toda la Unión.

9. El TJUE no sólo evita establecer jurisprudencia comunitaria sobre la licitud del uso de las libertades comunitarias para fines de dumping social. También abre una etapa de enérgico activismo judicial, en la que la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores¹² ocupa un lugar central, asumiendo la función de señalar el estándar armonizado no susceptible de ser mejorado por la legislación nacional. Es decir, fijando los límites máximos a los que cabe someter la capacidad de mejora legislativa de los Estados.

10. En la Sentencia *Laval*, el TJUE acude a la Directiva 96/71/CE como indicador “federal” del estándar armonizado no susceptible de ser superado, declarando contrario al Derecho de la Unión que los sindicatos exigieran condiciones laborales superiores a los establecidos por la Directiva 96/71/CE¹³. No resultaba admisible, en efecto, el objetivo perseguido por los sindicatos, al *pretender* a través de medidas de conflicto colectivo alcanzar mayores cotas de protección que la establecida en dicha norma comunitaria¹⁴. Ni por tanto lícito, conforme a esta jurisprudencia, pretender alterar el *statu quo* jurídico mediante la acción colectiva.

11. En consecuencia, la finalidad *antidumping* de las normas nacionales sólo resulta aceptable en relación al “núcleo duro de protección” establecido en la Directiva 96/71/CE, a partir del cual existe espacio jurídico donde resulta posible competir socialmente. Así, más allá de los mínimos antiexplotación

¹⁰ El tribunal remitente solicita la resolución de caso desde una aplicación conjunta de la libre circulación de servicios en su doble vertiente temporal y permanente. TJUE 11 diciembre 2007, Viking, asunto C-438/05, párrafo 27.

¹¹ STJUE de 18 diciembre 2007, asunto C-341/05, Laval un Partneri, párrafos 43-44. En efecto, Laval era una empresa establecida en Suecia, con arreglo al artículo 43 CE, a través de Baltic, su filial, de la que tenía en propiedad el 100 % del capital. La actividad de Laval consistía en colocar temporalmente personal originario de Letonia en sociedades que ejercen su actividad en el mercado sueco, amparándose en la libre prestación de servicios, y con ello lograba evitar la aplicación de los salarios y convenios colectivos suecos.

¹² Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, DO L 18 de 21.1.1997, p. 1/6, según el redactado otorgado por la Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (Texto pertinente a efectos del EEE) DO L 173 de 9.7.2018, p. 16/24.

¹³ STJUE de 18 diciembre 2007 (asunto C-341/05, Laval un Partneri) [párrafo 111]. De hecho, si el Tribunal hubiera fundado los límites impuestos a la actuación sindical exclusivamente en el Tratado —es decir, sin servirse de la Directiva 96/71/CE como instrumento de fijación del alcance mínimo del interés general comunitario— sus argumentos descansarían exclusivamente en ponderaciones sobre la proporcionalidad de la medida nacional, cuyo valor legitimador es limitado. Vid. M. LLOBERA VILA, *Libertad Sindical y Gobernanza Europea. Reformas estructurales en la zona euro: la respuesta del Derecho laboral internacional*, Bomarzo, 2017.

¹⁴ Las medidas de conflicto adoptadas por los sindicatos suecos superaron así el test de las “razones imperiosas” del Tribunal, al considerar que éstas constituían un ejercicio legítimo de un derecho fundamental. STJUE de 18 diciembre 2007 (asunto C-341/05, Laval un Partneri) [párrafo 91-93]. Los derechos fundamentales a la negociación colectiva y de huelga se calificaron jurídicamente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) como “intereses legítimos” en el marco de un esquema —recurrente en la jurisprudencia del TJUE— que establece una relación “federal” entre el Derecho estatal y el Derecho comunitario.

tación establecidos por la Directiva 96/71/CE, se descubre un área de libre competencia social, cuyos contornos se amplían al mismo ritmo que las disparidades sociales y de renta en el seno de la UE.

12. No cabe poner en duda la relevancia del amplio espectro de finalidades sociales a las que alude la Directiva 96/71/CE en su Preámbulo y en la propia Sentencia *Laval*¹⁵. Pero lo cierto es que, hasta ahora, la jurisprudencia laboral del TJUE se ha servido de esta Directiva fundamentalmente para evitar la intervención estatal (o sindical) que trata de evitar el *dumping social* asociado a las “empresas buzón”, en lugar de prevenirlo¹⁶.

13. En este sentido, cabe descartar la Directiva 96/71/CE como instrumento “antidumping” si bien podremos comprobar en las páginas que siguen que la jurisprudencia antifraude del TJUE ofrece un panorama distinto en lo concerniente a la Seguridad Social y al Derecho tributario; siendo también relevantes los instrumentos contenidos en la Directiva 2014/67/UE y en artículo 5 del Reglamento (CE) n.º 1071/2009.

2. La Sentencia *A-Rosa Flussschiff*: la respuesta del Tribunal de Justicia en el ámbito de la Seguridad Social.

14. En el ámbito de la Seguridad Social, la Sentencia *A-Rosa Flussschiff*, de 27 de abril de 2017, el TJUE parecía dar la razón a quienes acusaban a las instituciones de la Unión Europea de fomentar el dumping social. Dicho fallo fue considerado un duro golpe para las autoridades nacionales que luchan contra el fraude en el trabajo a través del desplazamiento de trabajadores¹⁷; hasta la llegada, el pasado 6 de febrero de 2018, de la Sentencia *Altun*¹⁸ que, como veremos, dibuja un nuevo panorama al aplicar a este ámbito doctrina consolida antifraude del TJUE. Se abren así nuevas posibilidades de actuación estatal, si bien con carácter *ex post* (no con carácter preventivo) y siempre ponderando las circunstancias concretas de cada caso.

15. Como se recordará, la Sentencia *A-Rosa Flussschiff* se origina a partir de una petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation (Tribunal Supremo, Francia)¹⁹. En dicho asunto, el tribu-

¹⁵ En la doctrina se ha discutido ampliamente sobre las finalidades perseguidas por la Directiva 2014/67/UE, vid. O. FOTINOPOULOU BASURKO, “La transposición de la Directiva 2014/67/UE al derecho español: la modificación de la Ley 45/1999 sobre desplazamiento de trabajadores”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales* n. 33/2017, pp. 60-68.

¹⁶ Vid. M. VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ (2017), “La transposición (tardía) de la Directiva sobre control de desplazamientos transnacionales en la UE/EEE en el Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, (412), 95-108; J.P. LHERNOULD & B. PALLI (2016), “La rémunération du salarié détaché dans un État membre de l’Union”, *Droit Social*, (5), 460-472; EUROFOUND (2016); EU-level: *Member States progress in transposing Enforcement Directive on posting of workers*. <http://www.eurofound.europa.eu/printpdf/observatories/eurwork/articles/industrial-relations/eu-level-member-states-progress-in-transposing-enforcement-directive-on-posting-of-workers>; J. ICARD (2016), “La notion de détachement après la directive n. 2014/67/UE”, *Revue Du Marche Commun et de L’Union Européenne*, (595), 81-89; J. SERRANO GARCIA (2016), “Los nuevos requisitos para el desplazamiento de trabajadores ¿Evitan los abusos en esta materia? Propuestas para una Ley”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, (190), 101-130; Comité Europeo Económico y Social. (2016). Dictamen del sobre Una movilidad laboral más justa en la UE (Dictamen exploratorio). 27/04/2016, DOUE C 264 de 20/07/2016; P. PÁRAMO MONTERO (2015), “La nueva Directiva 2014/67/UE sobre el desplazamiento temporal de trabajadores”, *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales* n. 3, 2015, Págs. 52-70, (3), 52-70; M.A. ESTEVE SEGARRA (2015), “Un balance de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de libertad de prestación de servicios y dumping social”, *Revista de Información Laboral* n. 6, 2015, Págs. 27-41, (6), 27-41; J. PÉREZ TORMOS (2015), “De nuevo sobre el desplazamiento temporal de trabajadores en el mercado único europeo: la Directiva 2014/67/UE” *Revista de Información Laboral* n. 5/2015; N. COUNTOURIS, & S. ENGBLOM, (2015), *Protection or Protectionism? - A legal deconstruction of the emerging false dilemma in European integration*. UCL Labour Rights Institute On-Line Working Papers, (1); J. GÓMEZ ARBÓS, (2015), “Los trabajadores desplazados y su relación con el empresario como tercero. Novedades a propósito de la Directiva 2014/67/UE”. *Nueva Revista Española de Derecho Del Trabajo* n. 176/2015, pp. 157-173; N. LILLIE (2012), “Subcontracting, Posted Migrants and Labour Market Segmentation in Finland”, *British Journal of Industrial Relations* n. 50(1), pp. 148-167; F.J. GÓMEZ ABELLEIRA (2018), “Desplazamiento transnacional laboral genuino y ley aplicable al contrato de trabajo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 10(1), 213.

¹⁷ Pese a que era un pronunciamiento previsible atendiendo a jurisprudencia precedente. Vid. STJUE de 26 de enero de 2006, *Herbosch Kiere*, C-2/05; STJUE de 30 de marzo de 2000, *Banks y otros*, C-178/97.

¹⁸ STJUE de 6 de febrero de 2018, C-359/16, *Altun*.

¹⁹ STJUE de 27 de abril de 2017, C-620/15, *A-Rosa Flussschiff*.

nal nacional pregunta al Tribunal de Justicia sobre la posibilidad de invalidar los certificados E-101 emitidos por otro Estado miembro cuando las autoridades comprueben que, manifiestamente, no se cumplen los requisitos para que los trabajadores puedan trabajar en otro país manteniendo las cotizaciones en su país de origen. Esta cuestión es especialmente relevante en los casos de empresas que se sirven fraudulentamente de estos certificados para aprovecharse de inferiores costes de Seguridad Social de otro país comunitario.

16. Cabe recordar que el certificado E-101 consiste en un certificado otorgado por las autoridades de Seguridad Social a los empleados de una empresa establecida en un país determinado para que puedan trabajar en otro país. En la *Sentencia A-Rosa Flussschiff*, una sociedad alemana sometida solicitó la aplicación de la legislación suiza, basándose en unos certificados E-101. Las autoridades francesas cuestionaron la validez de los certificados por considerar que no se trataba de transportes internacionales, sino de actividades circunscritas a un solo Estado, en este caso sólo al territorio francés²⁰.

17. De modo que el Tribunal Supremo francés consideró que la actividad de los trabajadores no reunía los requisitos para estar comprendida en el ámbito de aplicación material del artículo 14 del Reglamento n. 1408/71, que establecía la excepción según la cual “una persona ocupada por una sucursal que forme parte del personal itinerante o navegante de una empresa que efectúe transportes internacionales de pasajeros estará sometida a la legislación del Estado en cuyo territorio se encuentre dicha sucursal”.

18. La sociedad alemán había alegado que, por sí mismos, tales certificados acreditan que los trabajadores están afiliados al régimen de Seguridad Social suizo. Todo ello, pese a que la realidad material de la prestación de servicios no permitía justificar la aplicación de dicha normativa, puesto que la prestación no tenía carácter transnacional.

19. Por lo tanto, se suscitó ante el TJUE la cuestión de si, en tales circunstancias, la institución competente o los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de acogida pueden apreciar, y en su caso, cuestionar, con carácter excepcional, la validez de un certificado E-101 expedido por la institución competente de otro Estado miembro.

20. El TJUE no acoge las tesis del tribunal francés. El Tribunal de Justicia defiende la aplicación del principio de cooperación leal, enunciado en el artículo 4 TUE, apartado 3. Para el TJUE, dicho principio “exige” que la institución de origen de los certificados 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 los hechos que figuran en el certificado E-101²¹.

21. Entiende el TJUE que las obligaciones de cooperación que derivan del artículo 4 TUE, apartado 3, no se cumplirían si un Estado miembro considerase que no está vinculado por el certificado E-101 y sometiese a los trabajadores afectados a su propio régimen de Seguridad Social²². Para el TJUE, el certificado E-101 establece una presunción de la conformidad a Derecho de la afiliación del trabajador de que se trate al régimen de Seguridad Social del Estado miembro en el que está establecida la empresa que lo emplea, siendo vinculante para la institución competente del Estado miembro en el que dicho trabajador realiza un trabajo²³.

²⁰ *In casu*, una sociedad alemana se enfrenta a las autoridades de la Seguridad Social francesa en relación con una reclamación de más de dos millones de euros presentada, por parte de ésta, por el impago de las cotizaciones al régimen del personal a bordo de embarcaciones de crucero en ríos franceses. Puesto que los trabajadores habían estado destinados a embarcaciones que navegaban exclusivamente en Francia, la autoridades francesas consideraban que estaban sujetos al régimen de Seguridad Social francés, con arreglo la regla general según la cual la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro estará sometida a la legislación en materia de Seguridad Social de dicho Estado.

²¹ STJUE de 26 de enero de 2006, *Herbosch Kiere*, C-2/05.

²² STJUE de 27 de abril de 2017, C-620/15, *A-Rosa Flussschiff* [párrafo 43].

²³ STJUE de 30 de marzo de 2000, *Banks y otros*, C178/97, [párrafo 40].

22. De modo que para garantizar que el principio de la afiliación de los trabajadores por cuenta ajena a un solo régimen de Seguridad Social, así como la previsibilidad del régimen aplicable y, por consiguiente, la seguridad jurídica, el TJUE declara que “hasta tanto no se retire o se declare la invalidez del certificado E-101, la institución competente del Estado miembro en el que el trabajador efectúa un trabajo debe tener en cuenta el hecho de que éste ya está sometido a la legislación de seguridad social del Estado donde está establecida la empresa que lo emplea y, por consiguiente, esa institución no puede someter al trabajador en cuestión a su propio régimen de Seguridad Social”²⁴.

23. Con este planteamiento, el TJUE hace una aplicación rigurosa del principio del país de origen en materia de Derecho administrativo laboral, así como del principio de mutuo reconocimiento en materia administrativa; no permitiendo que las autoridades locales evalúen la realidad de los hechos acaecidos en su propio país.

24. El TJUE intensifica así la aplicación del principio de remoción de obstáculos al control del cumplimiento de las normas sociolaborales; lo que implica un paulatino proceso de transferencia de la competencia en materia de control al país de origen, a fin de evitar “trabas administrativas” al libre intercambio comercial. Con todo, la implantación del principio del país de origen en materia administrativa presenta importantes dificultades, pues como advierte la doctrina, el principio del país de origen “quiebra la tradicional correlación entre autoridad y ley aplicable”²⁵.

25. El principio de reconocimiento mutuo constituye una forma extrema del principio de igualdad de trato de los proveedores externos que agrupa toda una serie de ventajas frente a la técnica clásica de armonización: su sencillez aplicativa, no plantea problemas de correcta transposición, no exige una atribución competencial que respete el principio de subsidiariedad, aunque su aplicación signifique una clara pérdida competencial para los Estados.

26. La jurisprudencia del TJUE se ha servido tradicionalmente de este principio a fin de ponderar los beneficios sociales otorgados por la norma nacional frente a su capacidad obstaculizadora del mercado interior²⁶. Al trasladar la carga de comprobación de la equivalencia y ajuste normativo a los Estados se permite de *facto* homogenizar las exigencias de orden social, sin necesidad de armonización material. Se libera así a los prestadores transnacionales de gastos y cargas administrativas adicionales que impidan el desarrollo de sus actividades que condicionen su acceso a los mercados²⁷, lo que hace de este principio un instrumento especialmente eficiente de integración legal que maximiza los efectos de la cláusula de comercio negativa ínsita en la Constitución económica comunitaria²⁸.

3. La Sentencia *A-Rosa Flussschiff*: análisis comparativo con la jurisprudencia laboral que aborda controles de tipo administrativo

27. La Sentencia *A-Rosa Flussschiff*, viene a sumarse así a la saga jurisprudencial constituida por las Sentencias *Comisión contra Alemania* (C-490/04), *Rüffert* y *Comisión contra Luxemburgo* (C-319/06)²⁹ en lo relativo a los mecanismos de control del cumplimiento del derecho sustantivo; y que en

²⁴ No siempre el TJUE se muestra tan garantista respecto a este principio, vid. C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, “Primacía del principio de igualdad de trato sobre el principio de seguridad jurídica y confianza legítima: sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 19 de abril de 2016, C-441/14 (Rasmussen)”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales* n. 21, 2016, pp. 64-67.

²⁵ Vid. M. GARDEÑES SANTIAGO (2008), “Reconocimiento mutuo y principio del Estado de origen: su incidencia en el ámbito del Derecho aplicable”, en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional*, Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional, Iustel, Madrid.

²⁶ Vid. en particular, STJUE de 3 de febrero de 1982, (Seco y Desquenue & Giral, 62/81 y 63/81) [párrafo 14].

²⁷ STJUE de 23 de noviembre de 1999 (asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, Arblade), [párrafo 50].

²⁸ Sobre esta cuestión, M. LLOBERA VILA, “Aproximación al proceder hermenéutico del TJUE: libertad de empresa, libre competencia y Constitución del Trabajo”, *Lex social: revista de los derechos sociales* n.1/2017, pp. 208-229.

²⁹ STJCE de 18 diciembre 2007, (asunto C-341/05, Laval un Partneri); STJCE de 3 abril 2008 (asunto Dirk Rüffert, C-346/06); STJCE de 19 junio 2008, (asunto Comisión/Luxemburgo, C-319/06).

su día revirtieron el sentido de la Sentencia *Wolff* en lo concerniente a la integración de los procedimientos de garantía en el espacio jurídico protegido por la Directiva 96/71/CE³⁰.

28. Pese a que la petición de decisión prejudicial que originó el procedimiento en *Wolff* tenía sólo por objeto la interpretación del artículo 49 CE, el TJUE tomó de oficio en consideración la Directiva 96/71/CE por entender que cabía incluir tales procedimientos en el ámbito de aplicación de la Directiva 96/71/CE.

29. El Tribunal de Justicia acudió para ello al artículo 5 de la Directiva 96/71/CE, en cuya virtud “los Estados miembros adoptarán las medidas oportunas en caso de incumplimiento de la presente Directiva”, fundando en esta disposición el propio fallo de la Sentencia. La equiparación que hace la Sentencia *Wolff* de las obligaciones de fijación material de estándares laborales (contenidas en artículo 3) con las de establecimiento de mecanismos que garanticen su cumplimiento (exigidas por el artículo 5), resultó especialmente novedoso en dicho momento ya que estas últimas no sean directamente el objeto de armonización de dicha norma [parágrafos 28 y 29]. Quedando así ambos tipos de obligaciones insertas, en condición de paridad, en el espectro de protección de la Directiva 96/71/CE.

30. El Tribunal de Justicia tampoco se queda ahí, pues procede a incluir el derecho no sustantivo en el contenido normativo del objetivo comunitario de interés general relativo a la “protección de los trabajadores”³¹. El TJUE no hace sino dar continuidad, a partir de los términos de la Directiva 96/71/CE, al principio establecido por el TJUE en *Rush Portuguesa* y en *Arblade* según el cual las razones imperiosas de interés general que justifican las disposiciones sustantivas de una normativa pueden también permitir justificar las medidas de inspección necesarias para garantizar su cumplimiento³². Por lo tanto, al igual que la normativa relativa al salario mínimo persigue un objetivo de interés general, para el Tribunal, “ocurre lo mismo, en principio, con las medidas adoptadas por el primer Estado miembro y que estén *destinadas a fortalecer los procedimientos* que permiten que un trabajador desplazado invoque eficazmente su derecho al salario mínimo. En efecto, al igual que el derecho al salario mínimo es un elemento constitutivo de la protección de los trabajadores, *los procedimientos que permiten obtener el respeto de ese derecho*, como la responsabilidad a título de fiador en el procedimiento principal, *han de considerarse asimismo elementos que garantizan una protección de este tipo*” [parágrafos 36-37].

31. La integración de los procedimientos que garantizan el cumplimiento del derecho sustantivo como parte del contenido del artículo 5 de la Directiva 96/71/CE, efectuada por *Wolff*, tiene consecuencias jurídicas importantes si lo contemplamos desde la óptica de la doctrina *Laval*, por cuanto dicha disposición constituiría un título plenamente habilitante de la intervención estatal en materia de control, por cuanto *Laval* otorga a la Directiva 96/71/CE el carácter de instrumento de armonización delimitador del alcance mínimo del interés general comunitario.

32. La interpretación del artículo 5 de la Directiva 96/71/CE desarrollada en *Wolff*, sin embargo, ha desaparecido del razonamiento del Tribunal de Justicia. Ni siquiera se menciona en *Comisión contra Alemania (C-490/04)*, cuando el Tribunal se refiere a la “necesidad de permitir un control efectivo” del cumplimiento de determinadas obligaciones derivadas de las normas estatales de transposición de la Directiva 96/71/CE³³. El análisis de la medida estatal se aborda exclusivamente desde la óptica del artículo 56 TFUE, y aunque aplique el principio de proporcionalidad de modo muy laxo —pues por primera vez en este ámbito se admite que “no existen medidas menos coercitivas que permitan conseguir este objetivo” [parágrafo 77]— el TJUE evita justificar esta conclusión a través de la Directiva 96/71/CE.

³⁰ STJUE 12 octubre 2004 (*Wolff & Muller* C-60/03).

³¹ Además de integrar la prevención del dumping social en el contenido de este objetivo de interés general.

³² STJUE de 27 de marzo de 1990, (asunto *Rush Portuguesa*, C-113/89) parágrafo 18 y STJUE de 23 de noviembre de 1999 (asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, *Arblade*) [parágrafo 38].

³³ STJUE de 18 de julio de 2007 (asunto C490/04, *Comisión/Alemania*) [parágrafos 60 y ss.].

33. El Tribunal evita así distanciarse de la doctrina *Arblade*, que establecía criterios particularmente restrictivos en relación a las normas de naturaleza administrativo laboral, aunque no se alinea plenamente con los términos de la misma, al negarse a admitir que el inicio aplicativo de la Directiva 96/71/CE haga innecesarios determinados controles a nivel nacional.

34. Así pues, en *Comisión contra Alemania (C-490/04)* el TJUE marca distancias con *Arblade* cuando declara que “en el marco del desplazamiento transnacional de trabajadores, las dificultades que puedan surgir al [comparar los regímenes nacionales de vacaciones retribuidas] no pueden resolverse, a falta de armonización en la materia, sin una cooperación eficaz entre las administraciones de los Estados miembros”. Sin embargo, en ningún caso el TJUE acude a los términos de *Wolff* para justificar su interpretación a partir de la teoría del precedente judicial, facilitando así considerablemente la transición hacia *Comisión contra Luxemburgo (C-319/06)*. Cabe tener en cuenta que en dicha hipótesis, podría haberse consolidado el margen de apreciación estatal establecido en dicha doctrina o al menos hubiera resultado más difícil que en *Comisión contra Luxemburgo (C-319/06)* enmendarse los aspectos tuitivos de *Comisión contra Alemania (C-490/04)* y de *Wolff*.

35. En efecto, posteriormente, *Comisión contra Luxemburgo (C-319/06)* recoge el guante lanzado por *Arblade* cuando estableció que “el sistema de cooperación o intercambio de información entre Estados miembros previsto en el artículo 4 de la Directiva 96/71 hará próximamente superflua la conservación de los documentos en el Estado miembro de acogida una vez que el empresario haya cesado de ocupar en él a trabajadores”³⁴. En consecuencia, el TJUE entiende que en el momento en el que el artículo 4 de la Directiva 96/71/CE resultó obligatorio, determinadas medidas de control pasaban a ser innecesarias, pese a que tanto el CESE, como la propia Comisión han puesto insistentemente de relieve las deficiencias del sistema de coordinación existente. Por tanto, lo que cambia en *Comisión contra Luxemburgo (C-319/06)* respecto de *Arblade* es que ya resulta exigible la Directiva 96/71/CE. En este punto, el TJUE vuelve a recurrir a un enfoque formal que permite sustituir los mecanismos estatales por los sistemas de control comunitarios, con independencia, de si el establecimiento de un deber de cooperación en el artículo 4 de la Directiva 96/71/CE tiene posibilidades reales de cumplir la función desarrolladas por los procedimientos de control a nivel nacional.

36. La estricta aplicación del principio de mutuo reconocimiento como resultado de la puesta en marcha de mecanismos de cooperación vuelve a ser un lugar recurrente en la *Sentencia A-Rosa Flussschiff*. En dicha Sentencia establece el procedimiento de cooperación que debe seguirse por parte de las autoridades de Seguridad Social, a fin de justificar la aplicación del principio del país de origen. En este sentido, el TJUE establece el siguiente criterio³⁵:

- a) En primer lugar, 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 de acogida exprese dudas sobre la exactitud de los hechos que constituyen la base de dicho certificado.
- b) En segundo lugar, si las instituciones interesadas no llegan a ponerse de acuerdo, podrán optar por plantearla ante la Comisión Administrativa.
- c) En último término, si esta no llega a conciliar los puntos de vista de las instituciones competentes acerca de la legislación aplicable al caso, el Estado de acogida, sin perjuicio de las eventuales impugnaciones por vía jurisdiccional que existan en el Estado miembro de la institución expedidora, tiene 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.

³⁴ STJUE de 23 de noviembre de 1999 (asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, *Arblade*) [párrafo 79].

³⁵ STJUE de 27 de abril de 2017, C-620/15, *A-Rosa Flussschiff* [párrafo 44-46].

37. En definitiva, la *Sentencia A-Rosa Flussschiff*, sigue la senda de los pronunciamientos *Comisión contra Luxemburgo (C-319/06)*, *Comisión contra Alemania (C-490/04)*, *Herbosch Kiere (C-2/05)* y *Banks (C-178/97)*, que marcarán el tránsito a una sujeción exclusiva de los procedimientos de control y garantía al principio del país de origen. El Reglamento n.º 987/2009, actualmente vigente, ha codificado esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia, consagrando el carácter vinculante del certificado E-101 y la competencia exclusiva de la institución emisora en cuanto a la apreciación de la validez de dicho certificado y recogiendo expresamente el mencionado procedimiento como medio para resolver las controversias relativas tanto a la exactitud de los documentos redactados por la institución competente de un Estado miembro como a la determinación de la legislación aplicable al trabajador de que se trate.

4. Estricta aplicación del principio de mutuo reconocimiento, a menos que haya fraude: la Sentencia *Altun*

38. Con todo, en la Sentencia *Altun*³⁶ el TJUE admitirá, un año después de *A-Rosa Flussschiff*, que el tribunal nacional pueda valorar si se ha hecho uso de forma fraudulenta o abusiva de las normas de la Unión de los certificados E-101. En dicha Sentencia se recoge jurisprudencia consolidada relativa al principio que prohíbe el fraude y el abuso de derecho³⁷, en tanto que principio general del Derecho de la Unión que los justiciables están obligados a respetar³⁸. En este sentido, entiende el TJUE que una declaración de la existencia de un fraude debe basarse en un conjunto de indicios concordantes que demuestra que concurren un elemento objetivo y un elemento subjetivo: (a) el elemento objetivo consistiría en el incumplimiento de los requisitos exigidos para obtener e invocar un certificado E-101 establecidos en el Reglamento n.º 987/2009; (b) mientras que el elemento subjetivo corresponde a la intención de los interesados de esquivar o eludir, para obtener la ventaja vinculada a dicho certificado, sus requisitos de expedición.

39. Esta Sentencia define la “obtención fraudulenta de un certificado E-101” como una acción voluntaria, ya sea a través de: (a) la “presentación equívoca de la situación real del trabajador desplazado o de la empresa que lo desplaza”, o (b) “de una omisión voluntaria”, como el hecho de no presentar información pertinente con la intención de eludir los requisitos del Reglamento n.º 987/2009.

40. La Sentencia *Altun* añade al marco del diálogo entre instituciones competentes previsto en *A-Rosa Flussschiff* una cuestión fundamental. Así, vuelve a insistir en que corresponde al país de origen revisar de oficio a la luz de la información que le aporte el país de acogida sobre la posible existencia de fraude. Pero si dicha institución no revoca el certificado en un plazo razonable, podrán iniciarse actuaciones judiciales en el país de acogida, siempre que se garanticen el derecho de defensa de los prestadores de servicios. En definitiva, el TJUE admite que un juez nacional pueda decidir no tener en cuenta dichos certificados, así como establecer la responsabilidad de dichas empresas con arreglo al Derecho nacional aplicable.

41. En el caso concreto de la Sentencia *Altun*, la investigación realizada por la Inspección de Trabajo belga en Bulgaria permitió demostrar 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. De modo que en este supuesto nos encontramos ante la posibilidad de exceptuar las presunciones comunitarias a fin de evitar prácticas abusivas a través de “montajes puramente artificiales”, que como veremos es el criterio recurrente del TJUE en su jurisprudencia antifraude. Conforme a los hechos descritos por el tribunal nacional los certificados se obtuvieron fraudulentamente, mediante una presentación de los hechos que no correspondía a la realidad, con el fin de eludir los requisitos exigidos por el derecho de la Unión para el desplazamiento de trabajadores. Por otro lado, la institución búlgara

³⁶ STJUE de 6 de febrero de 2018, C-359/16, *Altun*.

³⁷ STJUE de 2 de mayo de 1996, *Paletta*, C-206/94, [parágrafo 24]; STJUE de 21 de febrero de 2006, *Halifax y otros*, C-255/02, [parágrafo 68]; STJUE de 12 de septiembre de 2006, *Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas*, C-196/04, [parágrafo 35], y STJUE de 28 de julio de 2016, *Kratzer*, C-423/15, [parágrafo 37].

³⁸ STJUE de 5 de julio de Kofoed, C-321/05, [parágrafo 38], y STJUE de 22 de noviembre de 2017, *Cussens y otros*, C-251/16, [parágrafo 27].

competente, a la que se presentó una solicitud de revisión de oficio y de retirada de los certificados, se abstuvo de tenerla en cuenta para la revisión de la fundamentación de la expedición de estos certificados.

42. En un caso como el descrito, el TJUE considera que el tribunal nacional puede no tener en cuenta los certificados E-101 y determinar si las personas sospechosas de haber recurrido a trabajadores desplazados al amparo de certificados obtenidos de manera fraudulenta pueden incurrir en responsabilidad sobre la base del Derecho nacional aplicable.

43. Las posibilidades que ofrece la Sentencia *Altun* a las autoridades nacionales para enfrentarse a las empresas buzón tienen cierto alcance; pese a una carencia que se pone de manifiesto en su declaración final y que radica en la dificultad de probar que “la institución expedidora no ha tenido en cuenta esa información para revisar la fundamentación de su expedición”. No se aclara si lo que se exige es completa inacción, o si bastaría con una breve defensa de su actuación por parte de la institución de origen para que decayera este requisito.

5. El TJUE frente al “fraude” de las libertades comunitarias

44. En Derecho europeo aún no existe una noción elaborada de fraude como la que existe a nivel interno, de modo que resultará necesario contextualizar la jurisprudencia que se acaba de describir en el marco más amplio de la doctrina relativa a la determinación del país de establecimiento; pues la aplicación del principio del país de origen exige, como condición necesaria, la determinación del origen de los servicios a fin de establecer el régimen jurídico aplicable *prima facie* al prestador de servicios, lo que despliega importantes efectos laborales³⁹. Así, una regulación laxa en lo concerniente al derecho de establecimiento puede facilitar el fenómeno de la filiación⁴⁰ con fines de *dumping social*. Como es conocido, el criterio personalista permite gozar de las ventajas de la libre circulación simplemente fijando la sede social en un Estado de la Unión, lo que ha sido objeto de críticas doctrinales, por considerar que favorece la “penetración” económica de las empresas de terceros países⁴¹. De modo que el Tribunal de Justicia ha desarrollado como contrapunto un criterio “realista”, combinando el criterio personalista con el principio que exige que el establecimiento en otro Estado miembro implique el “ejercicio efectivo de una actividad económica”.

45. En la doctrina francesa, este criterio atiende al “*siège réel*” a la hora de establecer el lugar de establecimiento del prestador de servicios referido a “la sede real o centro de actividades de la empresa”. De modo que si bien se admite una cierta libertad en el establecimiento de la sede de la empresa, se reserva a los Estados, como cuestión de orden público, la posibilidad de no reconocer dicho establecimiento si de todas las circunstancias concurrentes se desprende que la empresa no tiene vinculación económica alguna con dicho país⁴². El derecho de la Unión, sin embargo, sujeta a estrictos requisitos esta posibilidad. Así, de una consolidada jurisprudencia se desprende que una medida nacional que restrinja la libertad de establecimiento puede estar justificada cuando tenga por objeto específico la evitación de prácticas abusivas a través de “montajes puramente artificiales” carentes de realidad económica cuyo objetivo sea eludir la aplicación de la legislación del Estado miembro de que se trate, habida cuenta que

³⁹ Vid., en este sentido, el considerando 36º ter de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, que se conoció en la opinión pública como “Directiva Bolkestein” (en adelante, la Directiva 123/2006 Marco de Servicios).

⁴⁰ Sobre el fenómeno de la filiación como instrumento de “concentración y descentralización” vid. J. MORENO GENÉ (2000), “Algunas cuestiones sobre la determinación del empresario en los procesos de filiación”, en AAVV, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo: X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Zaragoza, [pp. 703-725].

⁴¹ Vid. M. MENJUCQ (2006), “La unificación de la noción de domicilio social en Derecho internacional y en Derecho de la Unión de sociedades”, *Noticias de la Unión Europea* n. 252/2006, [pp. 103 y ss] y T. VÁZQUEZ RUANO (2007), “El traslado de domicilio social de la SE a otro Estado miembro de la UE. La necesaria tutela de los intereses y derechos de los colectivos afectados”, *Noticias de la Unión Europea* n. 270/2007, [pp. 92 y ss].

⁴² Vid. J.L. HANSEN (2002), “A new look at Centros, from a Danish point of view”, *European Business Law Review*, n. 1/2002, vol. 13, [p. 86].

el concepto de establecimiento exige “una implantación real de la sociedad de que se trate en el Estado miembro de acogida y el ejercicio de una actividad económica efectiva en éste”⁴³. La constatación de que se trata de una práctica abusiva está sometida a requisitos objetivos, en particular, al nivel de existencia física de la empresa “por lo que a locales, personal y equipos se refiere”, de modo que si de la verificación de tales elementos se dedujese que la empresa constituye una implantación ficticia que no ejerce *ninguna* actividad económica efectiva en el territorio del Estado miembro de acogida, debería considerarse que la creación de la misma tiene el carácter de un montaje puramente artificial⁴⁴.

46. De lo anterior se desprende que, al determinar el centro de intereses principales de una sociedad, la presunción *iuris tantum* que establece el legislador comunitario en favor del domicilio social de dicha sociedad sólo puede desvirtuarse si existen elementos objetivos, que permitan establecer que la situación real no coincide con la situación que aparentemente refleja la ubicación del citado domicilio social, como en el caso de una sociedad «fantasma» que no ejerza *ninguna* actividad en el territorio del Estado miembro en el que tiene su domicilio social⁴⁵.

47. En este punto cabe por tanto cuestionarse hasta qué punto existe actualmente la posibilidad de invocación del abuso de Derecho para justificar la legitimidad de algunas restricciones a la libre prestación de servicios como la contenida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia desde la sentencia de 3 de diciembre de 1974, *van Binsbergen*. En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que “no se puede negar a un Estado miembro el derecho a adoptar las disposiciones destinadas a impedir que [la libre prestación de servicios] sea utilizada por un prestador, cuya actividad esté entera o principalmente orientada hacia su territorio, para eludir las normas profesionales que le serían aplicables si estuviera establecido en el territorio de dicho Estado [...]”⁴⁶.

48. Posteriormente, el Tribunal de Justicia declaró que “un Estado miembro está facultado para adoptar medidas destinadas a impedir que, aprovechando las posibilidades creadas por el Tratado, algunos de sus nacionales intenten evitar abusivamente la aplicación de su legislación nacional”⁴⁷ y que los interesados “no pueden prevalerse [del Derecho de la Unión] de forma abusiva o fraudulenta”, abriendo la puerta para que, en tales circunstancias, los órganos jurisdiccionales nacionales puedan, basándose en elementos objetivos, tener en cuenta el comportamiento abusivo o fraudulento de las personas afectadas a fin de denegarles, en su caso, el beneficio de las disposiciones de Derecho de la Unión invocadas, sin perjuicio de tomar en consideración, (como siempre insiste el TJUE), al apreciar este comportamiento, los objetivos perseguidos por las disposiciones comunitarias controvertidas⁴⁸, permitiéndoles adoptar “en cada caso concreto” medidas de prohibición específica⁴⁹.

49. Pese a estos pronunciamientos, es obligado advertir que el TJUE no ha desarrollado propiamente una doctrina en materia de abuso de derecho, sino que suele evaluar tales supuestos a partir del contenido esencial de la libertad comunitaria en cuestión. No cabe así considerar contrarios al derecho de la Unión todos los supuestos de utilización de las libertades comunitarias dirigidas a eludir las normas del país de destino⁵⁰.

⁴³ STJUE de 12 de septiembre de 2006 (*Cadbury Schweppes*, C-196/04) [parágrafos 50 y 54].

⁴⁴ La Sentencia *Cadbury Schweppes* no exige los requisitos de carácter subjetivo que algún pronunciamiento precedente había introducido, restringiendo considerablemente la aplicación de esta doctrina y que estaban relacionados con la concurrencia de un ánimo defraudatorio. Vid. en términos análogos STJUE de 14 diciembre 2000, (*Emsland-Stärke*, C-110/99) [parágrafos 64 y ss].

⁴⁵ STJUE de 2 de mayo de 2006 (*Eurofood IFSC*, C-341/04) [parágrafos 34 y 35].

⁴⁶ Sentencia de 3 de diciembre de 1974, *van Binsbergen* (33/74, EU:C:1974:131), [parágrafo 13].

⁴⁷ STJUE de 9 de marzo de 1999, *Centros* (C212/97, EU:C:1999:126) [parágrafo 24].

⁴⁸ STJUE de 2 de mayo de 1996, *Paletta* (C206/94, EU:C:1996:182), [parágrafo 25], y STJUE de 9 de marzo de 1999, *Centros* (C212/97, EU:C:1999:126), [parágrafo 25].

⁴⁹ STJUE 21 de julio de 2011, *Oguz* (C-186/10, EU:C:2011:509), [parágrafo 25]; y STJUE de 21 de noviembre de 2002, *X e Y*, C-436/00, [parágrafo 42].

⁵⁰ Vid. STJUE 5 de octubre de 1994 (asunto C-23/93, TV10); STJUE de 5 junio de 1997 (asunto C-56/96, VT4); y STJUE de 9 de marzo de 1999, (asunto C-212/97, *Centros*).

50. Por otra parte, cuando los Estados tratan de poner medios para evitar los fenómenos de evasión de la ley nacional, se ven sujetos a estrictos condicionamientos. En efecto, el TJUE exige, como se ha expuesto, que en la evaluación de la conducta del operador transnacional se tengan en cuenta los objetivos perseguidos por el Tratado⁵¹ y la necesaria aplicación uniforme del derecho de la Unión en todos los Estados⁵². El TJUE impone así a los tribunales nacionales la obligación de que al juzgar supuestos de evasión no alteren el ámbito aplicativo de las disposiciones comunitarias controvertidas, no debiendo en su interpretación comprometer los objetivos de las mismas⁵³.

51. Como pone de relieve la doctrina⁵⁴, estos términos son tan estrictos que *de facto*, cuando el tribunal se encuentre valorando la inaplicación del derecho de la Unión en caso de fraude será difícil que el tribunal no se vea inmerso en el presupuesto de hecho de la doctrina de “*acte clair*”⁵⁵, debiendo por tanto plantear la correspondiente cuestión prejudicial. De modo que finalmente, la capacidad estatal de actuar directamente contra estos fenómenos se encuentra fuertemente limitada en el fondo y en la forma.

6. Las “empresas buzón” desde el punto de vista fiscal

52. También desde una óptica tributaria, para que la constitución de una “empresa buzón” se considere contraria al Derecho de la Unión, ésta debe consistir en “montajes puramente artificiales”, que no respondan a realidad económica alguna. De modo que el TJUE admite que las sociedades puedan elegir una determinada estructura de la actividad para limitar costes fiscales, siempre que no sea contrario a la ley nacional de forma flagrante; dejando en manos de las autoridades y jueces nacionales decidir hasta dónde se admite este tipo de práctica. De modo que en materia fiscal las cortapisas comunitarias no parecen tan estrictas como las existentes a nivel socio-laboral.

53. Conforme a esta jurisprudencia, los derechos que la libre prestación de servicios otorga a los operadores económicos tienen carácter objetivo y se aplican con independencia de los fines y los resultados de las operaciones de que se trate, sin que la Administración tributaria esté obligada a realizar investigaciones con el fin de determinar la intención del sujeto pasivo⁵⁶. Sin embargo, sí que resultará exigible demostrar la “realidad económica y mercantil” de las operaciones sujetas a tributación, por ejemplo a la hora de aplicar el sistema común del IVA⁵⁷. Además, entiende el TJUE que, a fin de asegurar las exigencias de seguridad jurídica, las estipulaciones contractuales pertinentes constituyen un elemento que debe tomarse en consideración a la hora de identificar al prestador y al destinatario en una operación de prestación de servicios. De modo que esta presunción deberá destruirse caso que se trate de probar la existencia de una “empresa buzón”, consistente en un tercero interpuesto en la operación mercantil. Así por ejemplo, en la Sentencia *Newey*, el TJUE declara que corresponde al tribunal nacional, mediante un análisis global de las circunstancias del litigio, comprobar si las estipulaciones contractuales reflejaban verdaderamente la realidad económica y si era el Sr. Newey (empresa interpuesta), y no la empresa Alabaster (empresa demandante), quien efectivamente prestaba los servicios de préstamos en cuestión y el destinatario de las prestaciones de servicios de publicidad objeto de dicho procedimiento.

54. El Tribunal de Justicia no descarta que determinadas estipulaciones contractuales no reflejen totalmente la realidad económica y mercantil de las operaciones. Tal sería el caso si resultara que dichas estipulaciones constituyen un montaje puramente artificial que no corresponde a la realidad económica y mercantil de las operaciones, reconociendo expresamente el Tribunal de Justicia “que la lucha contra

⁵¹ STJUE 2 de mayo de 1996 (Paletta n° 2, C-206/94).

⁵² STJUE 12 de marzo de 1996 (Pafitis, C-441/93).

⁵³ STJUE de 12 de mayo de 1998 (Kefalas, C-367/96).

⁵⁴ A. KJELLGREN (2002), “On the Border of Abuse: the jurisprudence of the European Court of Justice on circumvention, fraud and abuses of community law”, en M. ANDENAS/ W. H. ROTH, *Services and free movement*, Oxford, Oxford University Press, [pp. 272 y ss.].

⁵⁵ Vid. STJUE de 6 de octubre de 1982 (CILFIT, asunto 283/81).

⁵⁶ STJUE 21 de febrero de 2006, Halifax y otros (EU:C:2006:121), [parágrafos 56 y 57].

⁵⁷ STJUE 7 de octubre de 2010, Loyalty Management UK y Baxi Group, C-53/09 y 55/09, [parágrafos 39 y 40].

el fraude, la evasión de impuestos y los eventuales abusos es un objetivo reconocido y promovido por el Derecho de la Unión”.

55. En este sentido, el principio de prohibición del abuso de derecho lleva a proscribir, como ya sabemos, los montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, realizados con el único objetivo de lograr una ventaja fiscal⁵⁸. En definitiva, como ya vimos en el ámbito socio-laboral, conforme a la doctrina contenida en la Sentencia *Newey* se rompe la presunción de lícita utilización de las libertades comunitarias. Esto ocurre cuando se pone de manifiesto que no reflejan la realidad económica y mercantil, sino que constituyen un montaje puramente artificial, carente de realidad económica, cuya única finalidad de lograr una ventaja fiscal, extremo que debe ser apreciado por el órgano jurisdiccional nacional.

56. ¿Y cuáles serán las consecuencias? Pues en caso que se compruebe que se trata de una sociedad ficticia, considera el Tribunal de Justicia que “las estipulaciones contractuales deberían reformularse para restablecer la situación a cómo habría sido de no haberse realizado las operaciones que constituyen esta práctica abusiva⁵⁹”.

57. Comprobamos que, tanto en el ámbito social como fiscal, las consecuencias son similares a las contemplados por nuestro artículo 6.4 del Código Civil cuando establece que “Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”. En la Sentencia *Newey*, entiende el TJUE que si el tribunal nacional consideraba que las operaciones realizadas constituyen una práctica abusiva, debía restablecerse la situación a cómo “debería haber sido” de no haberse realizado dichas operaciones consistiría concretamente “en que el contrato de servicios y los acuerdos publicitarios concluidos entre Alabaster y Wallace Barnaby resultasen ineficaces frente a los Commissioners, pudiendo éstos considerar válidamente que el Sr. Newey es quien presta realmente los servicios de corretaje de préstamos y el destinatario de los servicios de publicidad controvertidos en el litigio principal”⁶⁰.

58. La dualidad de mecanismos de evitación de la cesión ilegal en el derecho de la Unión evoca así la jurisprudencia española en la que la mera apariencia o ficción de empresa se configuran como características del supuesto de cesión ilegal de trabajadores⁶¹. La diferencia radica en que, en nuestro Derecho, la prohibición de la cesión ilegal, puede actuar también en el supuesto de empresas reales, puesto que se incorpora un segundo requisito que consistirá en que esa organización “no se haya puesto en juego, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo” a una tercera empresa⁶². Un elemento fundamental, en tanto que dispositivo legal esencial de cierre en nuestro Derecho del Trabajo, que como veremos puede extraerse de lo dispuesto en las disposiciones relativas al requisito de establecimiento en la Directiva 2014/67/UE y el Reglamento 1071/2009.

III. Medidas legislativas y acciones nacionales frente a las “empresas de buzón”.

1. Orígenes del artículo 4 de la Directiva 2014/67/UE en la jurisprudencia del TJUE.

59. La noción de “actividades sustantivas” contenida en el apartado 2º del artículo 4 de la Directiva 2014/67/UE (cuyos elementos analizaremos más adelante, mediante un análisis comparado con las

⁵⁸ STJUE 22 de mayo de 2008, *Ampliscientífica y Amplifin* (C-162/07, EU:C:2008:301), [parágrafo 28]; STJUE 27 de octubre de 2011, *Tanoarch* (EU:C:2011:707), [parágrafo 51].

⁵⁹ STJUE 21 de febrero de 2006, *Halifax y otros* (EU:C:2006:121), [parágrafo 98].

⁶⁰ STJUE 29 de septiembre de 2015, *Newey*, (EU:C:2013:409), [parágrafo 51].

⁶¹ En la doctrina, vid. especialmente J.M. GOERLICH PESET (2001), “Empresas de servicios, empresas de trabajo temporal y cesión ilegal de trabajadores”, *Actualidad Laboral* n. 1/2001, [pp. 39-56]; M.C. LÓPEZ SÁNCHEZ (2007), “Antiguos y nuevos planteamientos sobre subcontratación y cesión ilegal de trabajadores”, *Actualidad Laboral* n. 7/2007, [pp. 812-829].

⁶² Vid. F. VALDÉS DAL-RÉ (2006), “El debate europeo sobre movilidad (y II)”, *Relaciones Laborales* n. 2/ 2006, [pp. 100 y ss.].

normas sectoriales del transporte) tiene su origen en la jurisprudencia que prohíbe la utilización de las libertades comunitarias para eludir las leyes sociales del país de destino, en el caso de desplazamiento de trabajadores desde una empresa carente de realidad económica.

60. El Tribunal de Justicia funda su interpretación, al igual que la Directiva 2014/67/UE, en una doble exigencia, en primer lugar, (a) la existencia de un vínculo orgánico con la empresa de origen, y en segundo lugar, (b) la “realidad económica” de las actividades desarrolladas por la empresa en el país de establecimiento. Así, en la doctrina contenida en las sentencias *Manpower*⁶³, *FTS*⁶⁴ y *Plum*⁶⁵, los beneficios que otorga el derecho de la Unión al prestador de servicios sólo se mantienen cuando las empresas ejercen “actividades significativas” en el territorio del Estado en el que están establecidas⁶⁶.

61. La exigencia de un vínculo real con el Estado miembro de establecimiento cumple la función de evitar que las empresas con domicilio de conveniencia se sirvan de las libertades de circulación para acogerse a cotizaciones inferiores a las que resultaría de aplicar las leyes del Estado donde desarrollan sus servicios. Concretamente, en *Manpower* el TJUE establece que la excepción que permite excluir la regla del Estado de empleo en el caso de trabajadores desplazados temporalmente, sólo es aplicable a los trabajadores contratados por empresas que ejercen “actividades significativas” en el territorio del Estado en el que están establecidas, al considerar que sólo dicha interpretación puede conciliar la norma general del artículo 13.2.a) del Reglamento 1408/71 [actual artículo 11 del Reglamento 883/2004]—según la cual los trabajadores están, en principio, sometidos al régimen de Seguridad Social del Estado miembro en el que ejercen una actividad— con la norma particular que deriva del artículo 14.1 de dicho Reglamento [actual artículo 12.1 del Reglamento 883/2004].

62. Posteriormente, en *FTS*, el tribunal remitente solicitará al TJUE que le aporte criterios específicos que le permitan establecer la existencia de una vinculación efectiva con el Estado de establecimiento. El Tribunal atiende a la solicitud del órgano jurisdiccional nacional y apunta una serie de elementos de ponderación, que recoge la Directiva 2014/67/UE entre los que cabe mencionar (a) el lugar del domicilio social de la empresa y de su administración, (b) la plantilla de personal administrativo que trabaja respectivamente en el Estado miembro de establecimiento y en el otro Estado miembro, (c) el lugar donde se contrata a los trabajadores desplazados y donde se celebran la mayor parte de los contratos con la clientela, (d) la ley aplicable a los contratos de trabajo celebrados por la empresa con sus trabajadores, por una parte, y con sus clientes, (e) así como, también, el volumen de negocios realizado durante un período suficientemente significativo en cada Estado miembro de que se trate. En particular, en el supuesto de hecho de la Sentencia, la empresa *FTS* ejercía todas sus actividades de colocación desde Irlanda, de modo que todos los contratos de trabajo, incluso aquellos que se refieren a su clientela neerlandesa, se celebraban a través de su oficina de Dublín, y mientras que los trabajadores enviados a los Países Bajos se dedican a actividades en los sectores agrícola y hortícola, los que se ponen a disposición de empresas establecidas en Irlanda ejercen sus actividades en otros sectores más cualificados, tales como el sector de informática. En relación a esta última cuestión, el Tribunal, con fundamento en la sentencia *Van der Vecht*, declara que la naturaleza de los trabajos confiados a los trabajadores desplazados no debe formar parte de dichos criterios. Del mismo modo, el Tribunal descarta aplicar, como elemento único de decisión, el relativo al volumen de actividades, considerando que sólo a través de dicho criterio no posible establecer si se están realizando “actividades significativas” en el país de establecimiento. Por consiguiente, deja en manos del tribunal nacional la tarea de examinar la totalidad de elementos que

⁶³ STJUE de 17 de diciembre de 1970, (asunto 35/70, *Manpower*).

⁶⁴ STJUE de 10 de febrero de 2000, (asunto C-202/97, *FTS*).

⁶⁵ STJUE de 15 junio 2000 (asunto C-404/98, *Josef Plum*).

⁶⁶ Nótese que las primigenias normas en materia de libre prestación de servicios ya recogían disposiciones en materia de desplazamiento de trabajadores ya recogen en su texto el requisito de “vinculación efectiva y continuada con la economía del Estado Miembro”. Este es el caso del Programa General para la supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios en la Comunidad Económica Europea de 1962 [Título I, considerando 1º, apartado 2], la Directiva 64/223/CEE [Considerando 5º] y la Directiva 64/224/CEE [Considerando 5º].

caracterizan las actividades ejercidas por dicha empresa, a fin de establecer si éstas merecen la calificación de “significativas”. Dicho listado de criterios, sin embargo, no se considera exhaustivo, puesto que la elección de los mismos “debe adaptarse a cada caso específico”, según se encarga el Tribunal de puntualizar. Al igual que hace la Directiva 67/2014/UE cuando establece, refiriéndose a los criterios de su artículo 4.3 que “Dichos elementos constituyen factores indicativos en la evaluación global que debe hacerse y, por consiguiente, no pueden considerarse de forma aislada”.

63. Esta jurisprudencia no afecta únicamente a las empresas de trabajo temporal, sino también a las empresas que contratan trabajadores con el objetivo de desplazarlos para la ejecución de una contrata⁶⁷. La Sentencia *Plum* también aplica los criterios establecidos en *FTS*, exigiendo a una empresa auxiliar el cumplimiento del requisito de que la empresa “ejerza normalmente su actividad en el territorio del primer Estado miembro”, lo que significa que ésta debe tener una infraestructura empresarial y emplear habitualmente personal en el país donde esté formalmente establecida. En este pronunciamiento el tribunal remitente cuestionaba la aplicación de las normas de desplazamiento a los trabajadores de una empresa de construcción desplazados a otro país comunitario, dándose la circunstancia de que la citada empresa ejercía la totalidad de sus actividades en el país de destino, a excepción de las de gestión meramente internas⁶⁸.

64. Pues bien, en aplicación de la doctrina desarrollada en la Sentencia *FTS*⁶⁹, el Tribunal no considera que en una situación de esta índole resulte aplicable el artículo 14, párrafo 1, letra a), del Reglamento 1408/71 [actual artículo 12.1 del Reglamento 883/2004], dado que la empresa de que se trataba no ejercía ninguna actividad económica de importancia en el Estado miembro en el que tenía su domicilio. Por consiguiente, declara que los trabajadores debían estar sometidos a la legislación de Seguridad Social del Estado miembro en el que ejercen efectivamente su actividad.

65. En definitiva, en esta jurisprudencia el requisito que exige una vinculación de la empresa con el Estado miembro de establecimiento se erige como una barrera jurídica frente a las prácticas de las empresas “con domicilio de conveniencia”, que por medio del establecimiento de una estructura empresarial ficticia pretenden defraudar las normas de Seguridad Social del lugar de prestación de servicios.

66. Como vemos, todos estos elementos son los que han sido recogidos por el apartado 2º, del artículo 4 de la Directiva 2014/67/UE⁷⁰. Esta norma permite determinar si una empresa lleva a cabo verdaderamente actividades sustantivas en un determinado país. Conforme a esta disposición, las autoridades competentes realizarán una evaluación global de todos los elementos fácticos que, teniendo en cuenta un marco temporal amplio, caracterizan las actividades que lleva a cabo la empresa en el Estado miembro de establecimiento y, cuando sea necesario, en el Estado miembro de acogida. Estos elementos podrán incluir, en particular, los siguientes:

- a) El lugar donde la empresa tiene su domicilio social y su sede administrativa, ocupa espacio de oficina, paga sus impuestos y cotizaciones a la seguridad social y, si procede, posee una

⁶⁷ No así a los desplazamientos intragrupo contemplados por el artículo 1, apartado 3º, letra b) de la Directiva 96/71/CE, vid. J. MORENO I GENÉ (2003), *Aspectos jurídico-laborales de las empresas filiales: la identificación del empresario responsable*, Madrid, Tecnos, [p. 320].

⁶⁸ *In casu*, Josef Plum era propietario de dos empresas de construcción en Alemania. Posteriormente, éste funda una sociedad holandesa con domicilio en Heerlen (Países Bajos), con la finalidad de hacer frente a la competencia cada vez más fuerte ejercida en Alemania por las empresas de construcción neerlandesas, cuyos costes salariales y cargas sociales eran inferiores a los de las empresas alemanas. De este modo, la sociedad holandesa, mediante trabajadores contratados en Holanda y desplazados a Alemania, ejecutaba los contratos de prestación de servicios para las dos empresas alemanas del Sr. Plum. Dicha empresa asumía únicamente proyectos de construcción en Alemania, aunque la duración prevista de los trabajos para cada uno de los citados proyectos nunca superaba los doce meses.

⁶⁹ STJUE de 10 de febrero de 2000, (asunto C-202/97, *FTS*), párrafo 53.

⁷⁰ Sobre su trasposición en España vid. M. LLOBERA VILA, “El desplazamiento temporal de trabajadores y normas de protección del Estado de prestación temporal de servicios”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* n. 132/2017, pp. 189-216.

- licencia profesional o está registrada en las cámaras de comercio o los colegios profesionales pertinentes de acuerdo con la normativa nacional;
- b) El lugar donde se contrata a los trabajadores desplazados y el lugar desde el que se les desplaza;
 - c) El derecho aplicable a los contratos que celebra la empresa con sus trabajadores, por un lado, y con sus clientes, por otro;
 - d) El lugar donde la empresa realiza su actividad empresarial fundamental y donde emplea personal administrativo;
 - e) El número de contratos celebrados o el volumen de negocios obtenida en el estado miembro de establecimiento, o ambos, teniendo en cuenta la situación específica de, entre otras, las empresas y pyme de reciente creación.

67. Ciertamente, la incorporación de esta jurisprudencia a los términos de la Directiva 2014/67/UE resulta una eficaz barrera frente a las “empresas buzón”. Sin embargo, hubiera resultado mucho más útil que la noción de “actividades significativas” (al igual que la de la existencia de un “genuino vínculo laboral”) pudiera ser aplicada por los Estados a fin de evitar *ex ante* los riesgos asociados a las empresas de “buzón”, mediante la imposición de controles y sistemas de autorización previos y generalizados.

68. Ello permitiría prevenir los riesgos asociados a las relaciones de empleo triangulares, donde resulta difícil prevenir los fenómenos interpositivos de mano de obra y la cesión de trabajadores por “empresas de buzón”. Sin embargo, tales controles se consideran “excesivamente gravosos” para los operadores económicos por el TJUE, por entender que una medida de control previo al desplazamiento no puede justificarse por la necesidad de garantizar que el desplazamiento se efectúa de manera legal⁷¹.

69. La Directiva 2014/67/UE ha adoptado esta concepción restrictiva del principio de proporcionalidad desarrollada por el TJUE (considerandos 4º, 36º, 47º, 50º y artículos 9.1, 9.2, 9.3, 10.2, 12.1, 12.4, 12.6 y 17); criticable en tanto que hace suya una noción exacerbada de la libertad económica que va mucho más allá de la garantía de la paridad de trato de los operadores externos. Lo cual, además, de su inferior eficacia en la prevención de dicho fenómeno, supone un traspaso de las cargas económicas y administrativas al Estado.

2. Las “empresas buzón” a la luz de las normas de carácter sectorial.

A) El dumping social en el sector transporte por carretera.

70. Según ponen de relieve los recientes informes de la Comisión Europea “la movilidad es el principal sector económico en el mundo”. Concretamente, si nos referimos al transporte intracomunitario por carretera se encuentra en un momento de particular expansión: se calcula que el transporte de pasajeros crecerá alrededor del 42 por ciento entre 2010 y 2050, y que el transporte de mercancías se incrementará en un 60 por ciento. En términos de empleo, en el sector del transporte y de almacenamiento trabajan más de once millones de personas, lo que representa más del 5 por ciento del total del empleo de la Unión Europea (UE). Además, las empresas de transporte por carretera de la UE emplean directamente a cerca de cinco millones de personas que trabajan en alrededor de 915.000 empresas, en su mayoría pequeñas y medianas⁷².

⁷¹ Por todas, STJUE de 21 de septiembre de 2006 (C-168/04, Comisión/Austria) [párrafo 26]; STJUE de 19 enero 2006 (asunto C-244/04, Comisión/Alemania) [párrafos 33-37 y 45-51]. En Comisión contra Alemania, por ejemplo, la alternativa propuesta por el Tribunal radica en la realización de controles a posteriori, frente a la exigencia estatal de demostrar un vínculo habitual *ex ante* entre el trabajador desplazado y el prestador de servicios. Vid también. Comunicación de la Comisión, Bruselas, 4.4.2006, COM (2006) 159 final, “Orientaciones en relación con el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios”, SEC(2006) 439, [apartado 2.1.c)], que recoge la jurisprudencia del Tribunal en este sentido. Cfr. Directiva 123/2006 de Servicios, considerando 54.

⁷² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Europa en movimiento: una Agenda para una transición socialmente justa hacia una movilidad limpia, competitiva y conectada para todos. COM/2017/0283 final, Bruselas, 31.05.2017, p. 6.

71. De modo que este sector se considera uno de los motores, nunca mejor dicho, de la economía europea. El transporte por carretera ocupa cerca de la mitad del total de la actividad de transporte de mercancías (casi tres cuartas partes, transporte terrestre) y es la principal forma de transporte de viajeros, lo que supone prácticamente el 5 por ciento del producto interior bruto (PIB) de la UE y el 20 por ciento de las exportaciones de la UE a sus principales socios comerciales⁷³.

72. Sin embargo, en la última década, son muchas las empresas del transporte que, apoyándose en las disposiciones de la Directiva 96/71/CE relativa al desplazamiento transnacional de trabajadores, han deslocalizado sus sedes principales a países de la antigua Europa del Este y utilizan ahora conductores contratados allí para cubrir los mismos servicios que ofrecían antes, acogiéndose a inferiores costes laborales en dichos países.

73. Esto ha hecho que determinados países, como Francia o Alemania, aprovechando la transposición de la Directiva 2014/67/UE, impongan la aplicación del salario mínimo local para conductores extranjeros, considerándolos como desplazados; lo cual motivó la apertura por parte de la Comisión de varios recursos de incumplimiento⁷⁴. Esta legislación nacional pretende enfrentar la problemática de las “empresas de buzón” a partir de la imposición de estándares no armonizados.

74. Ciertamente, el fenómeno de la deslocalización de las grandes empresas de transporte hacia países de la UE con menos costes de explotación de la actividad se está extendiendo cada vez más en España y otros países de la UE.

75. En España, la Agencia Tributaria y la Inspección de Trabajo tratan de establecer líneas rojas⁷⁵. Al igual que la Inspección de Transporte que se muestra contundente con el fraude, al menos aparentemente. Según reza el *Plan de Inspección de Transporte por Carretera*⁷⁶ la persecución de las empresas buzón “va a ser uno de los principales objetivos marcados para el próximo año”. Para la Inspección de Transporte estas prácticas: “generan una situación de competencia desleal” y “son actividades fraudulentas”. Se dice que estas actividades “han sido perseguidas constantemente, y (...), si bien ya en el año 2016 se inició un sistema de actuación diferente contando con la colaboración expresa de otros cuerpos de inspección pertenecientes a otras Administraciones Públicas”⁷⁷. Las afirmaciones que se vierten en el Plan son muy contundentes, pero no se cita el fundamento jurídico sobre el que sostener las actividades inspectoras que se plantean en el mismo.

76. Veamos cuál es el trasfondo socioeconómico del actual fenómeno de deslocalización de empresas españolas de transporte hacia la Europa del Este. Lo primero que hay que tener en cuenta es que en el transporte de mercancías por carretera todos los países de Europa occidental están sujetos a convenios colectivos. Sin embargo, en los nuevos Estados miembros de la Europa Oriental, la ausencia de convenios colectivos es la norma. Por otra parte, las tasas de cotizaciones a la Seguridad Social van desde el 13% al 52% neto. Mientras que el salario bruto de un conductor internacional dentro de la UE oscila entre 300 a 3.300 € por mes. Por lo tanto, existe una diferencia de once veces entre el salario más alto y el más bajo incluidos todos los componentes sujetos a las cotizaciones a la Seguridad Social y al impuesto sobre la renta. Sumado a las cotizaciones, esto resulta una diferencia de 24 veces entre los dos extremos del espectro. En este aspecto, hay una gran división este-oeste. Por otra parte, en la mayor parte de los países europeos una proporción muy importante de la retribución no está sometida a

⁷³ Ibid.

⁷⁴ EUROPEAN COMMISSION – Press release Transport: Commission takes legal action against the systematic application of the French and German minimum wage legislation to the transport sector, Brussels, 16 June 2016

⁷⁵ Vid. INSPECCIÓN DEL TRABAJO. (2016). Criterio técnico 97/2016 sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional. 15.06.2016.

⁷⁶ FOMENTO, MINISTERIO (2017). Plan de Inspección de Transporte por Carretera. <https://www.fomento.gob.es/NR/rdonlyres/A75B36A0-173F-428F-A547-FA5B0113FF01/140732/PlanInspeccion2017.pdf> [6/2/2018].

⁷⁷ Ibid.

cotización ni al impuesto sobre la renta, sobre todo en Europa oriental y meridional. Estos componentes retributivos consisten principalmente en dietas de viaje. Esta retribución no sujeta puede representar entre el 10% y el 76% del total de ingresos anuales de un conductor⁷⁸.

77. Teniendo en cuenta todos estos aspectos, el coste anual total de un conductor internacional varía entre 16.000 euros para un transportista búlgaro y 56.000 euros para un transportista belga. El número anual de horas conducidas por un conductor internacional de camiones varía de 1.540 horas en Francia a 2.025 horas en Lituania, siendo muy comunes prácticas de alrededor de 1.980 horas. Estas horas se ajustan perfectamente a la legislación de la UE⁷⁹.

78. Por lo tanto, el coste horario de la conducción internacional oscila entre 8 euros por hora para un transportista búlgaro y más de 33 euros por hora para su homólogo belga. Entre estos dos extremos, es muy común un coste medio de 10 € por hora para los transportistas de Europa del Este. Esto es el triple del coste medio en Europa Occidental. El kilometraje anual cubierto por un conductor internacional varía de 107.000 km para los conductores franceses a más de 140.000 para sus homólogos búlgaros, que de nuevo está perfectamente dentro de las normas comunitarias. Por lo tanto, el coste por kilómetro de un conductor internacional oscila entre 11 y 48 céntimos de euro por kilómetro⁸⁰.

B) El art. 43 LOTR y el Reglamento 1071/2009

79. En este contexto, la acción del Ministerio de Fomento se ha dirigido al control de prácticas “que resulten lesivas para la libre y ordenada competencia entre las empresas que operan en el mercado”. Se afirma que “la actuación inspectora debe ser inflexible con aquellas “empresas que, de forma reiterada y fraudulenta, distorsionan la libre competencia y la profesionalidad que se requiere para el ejercicio de la actividad, restableciendo la disciplina del sector y la competitividad en términos de igualdad”. De modo que “uno de los objetivos prioritarios de la inspección de transportes por carretera se centrará en el control del Dumping Social para lo que los controles se desarrollaran en carretera, en empresas de transportes y en cargadoras”⁸¹.

80. Frente a tales afirmaciones cabe por tanto plantearse: para nuestras autoridades, ¿qué es el dumping social? y, ¿qué son las empresas buzón? Eso es lo que no dice el Plan de la Inspección. Tampoco lo dicen las normas españolas. De modo que no resulta posible saber qué es exactamente lo que va a perseguir la Inspección, en qué normas se van a basar para el desarrollo de sus actuaciones, o dónde están tipificadas las infracciones relacionadas con el dumping social. Como es conocido, el Derecho sancionador está sujeto a reserva de ley y tiene que estar previstos legalmente los elementos del tipo es decir, cada uno de los elementos de la conducta punible, así como las sanciones concretas aplicables. También cabría dudar de los términos en los que tales sanciones pudieran existir, por cuanto el derecho de establecimiento en otro país comunitario está garantizado por el Derecho de la Unión, y como sabemos este Derecho tiene primacía por encima del Derecho nacional.

81. Es cierto que el art. 43 Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTR) establece que: “1. El otorgamiento de la autorización de transporte público estará condicionado a que la empresa solicitante acredite, de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine, el cumplimiento de los siguientes requisitos: [...] “f) Cumplir las obligaciones de carácter fiscal, laboral y social exigidas por la legislación vigente”.

⁷⁸ COMITE NATIONAL ROUTIER (Comité Nacional de Carretera Francés). (2016). *Estudio comparativo de trabajo y condiciones de pago de los conductores de transporte internacional de camión en Europa*. http://www.aetrac.es/images/documentos/Comparativa_del_cnr.pdf [1/8/2017].

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ FOMENTO, MINISTERIO (2017). Plan de Inspección de Transporte por Carretera. <https://www.fomento.gob.es/NR/rdonlyres/A75B36A0-173F-428F-A547-FA5B0113FF01/140732/PlanInspeccion2017.pdf> [6/2/2018].

82. Si bien esto no es una conducta tipificada a efectos de sanción, cabría establecer hasta qué punto esta norma podría servir de punto de apoyo a la hora de plantear una retirada de la licencia. Pues la libertad de establecimiento está dotada de múltiples garantías en los Tratados, pero no es que no tenga límites, que los tiene.

83. Nos encontramos en un momento en el que la Administración está tratando de fijar su propia posición. Los contornos de problemas son difíciles de definir jurídicamente y además existen muchos intereses imbricados por parte de los distintos sujetos afectados. La Inspección de Transportes está recabando el apoyo de otras Administraciones, en concreto Hacienda y la Inspección de Trabajo. De hecho, la Inspección de Transportes “considera conveniente una actuación conjunta de todas Administraciones”. Sin embargo, como veremos, las normas comunitarias, por ahora son las únicas para abordar este tema.

84. Los requisitos exigidos por el art. 5 del mencionado Reglamento 1071/2009 relativo a las normas para el ejercicio de la profesión de transportista pueden servir para acotar el fenómeno de las “empresas buzón”; especialmente si lo ponemos relación con la jurisprudencia relevante del TJUE. Según esta norma un establecimiento válido debe:

- a) Tener un establecimiento situado en ese Estado miembro con locales en los que se conserven los documentos principales de la empresa: en particular sus documentos contables, los documentos de gestión del personal, los documentos con los datos a los tiempos de conducción y reposo y cualquier otro documento al que deba poder acceder la autoridad competente que permita comprobar el cumplimiento de las condiciones establecidas en el presente Reglamento. Los Estados miembros podrán exigir que los establecimientos situados en su territorio tengan disponibles asimismo otros documentos en todo momento en sus locales.
- b) Disponer de uno o más vehículos (en España son tres vehículos, aunque ha sido condenada por ello por el TJUE⁸²), matriculados o puestos en circulación de otra manera con arreglo a la legislación de ese Estado.
- c) Ejercer efectiva y permanentemente sus operaciones relativas a los vehículos con el equipamiento y las instalaciones técnicas adecuadas, en un “centro de explotación” situado en ese Estado miembro con el equipamiento administrativo necesario.

85. En relación a este último elemento, la jurisprudencia del TJUE nos permite establecer qué cabría entender como “centro de explotación”. Para ello, cabe acudir a la Sentencia *Koelzsch*, en la que se realiza una interpretación sistemática en favor de la utilización de la jurisprudencia relativa al artículo 5.1 del Convenio de Bruselas⁸³. Sirviéndose de dicha jurisprudencia, el TJUE identifica una serie de elementos fácticos, que deben ser conjugados por el juez nacional. El criterio general viene referido a un centro de actividad el cual o a partir del cual el trabajador desempeña efectivamente su actividad profesional, y a falta de un centro de actividad, se tendrá en cuenta el lugar: (a) dónde realice la mayor parte de su trabajo; (b) a partir del cual el trabajador lleva a cabo sus misiones, recibe las instrucciones y organiza su trabajo; (c) dónde se encuentran las herramientas de trabajo; (d) dónde efectúa principal-

⁸² En la STJUE de 8 de febrero de 2018, Comisión Europea / Reino de España, C-181/17) se declara que España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 3, apartados 1 y 2, y del artículo 5, letra b), del Reglamento (CE) n.º 1071/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por el que se establecen las normas comunes relativas a las condiciones que han de cumplirse para el ejercicio de la profesión de transportista por carretera y por el que se deroga la Directiva 96/26/CE del Consejo, al imponer como requisito para obtener una autorización de transporte público que las empresas dispongan al menos de tres vehículos.

⁸³ Actualmente, Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012. El art. 8.2 del Reglamento (CE) núm. 593/2008, de 17 de junio, del Parlamento Europeo y el Consejo, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), (en adelante, “el Reglamento 593/2008” o “RR”) efectúa una codificación de la jurisprudencia relativa al artículo 5.1 del Convenio de Bruselas. Concretamente, la contenida en la STJUE de 13 de julio de 1993, C-125/92, *Mulox*, y en la STJUE de 9 de enero 1997, C-383/95, *Rutten*. Vid. G. UGLJESA, *The European private international law of employment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp.109 ss.

mente su actividad; (e) el lugar al que el trabajador regresa una vez finalizadas sus misiones; y (f) dónde cumple la parte principal de sus obligaciones frente al empresario⁸⁴.

86. En esta jurisprudencia el TJUE considera coincidente el concepto de “lugar habitual de prestación de servicios” en el art. 6.2.a) del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales⁸⁵, (en adelante, “el Convenio de Roma” o “CR”)⁸⁶ y el art. 8.2 del Reglamento (CE) núm. 593/2008, de 17 de junio, del Parlamento Europeo y el Consejo, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), (en adelante, “el Reglamento 593/2008” o “RR”).

87. Con ello se ha producido un proceso de ampliación del ámbito aplicativo de la *lex loci laboris* como criterio de conexión, que se ha descrito por la doctrina como “el tránsito del lugar habitual al lugar principal”⁸⁷, desde el momento en que incluye también aquel país “a partir” del cual se desarrolle la prestación de servicios. En ello insiste la Abogada General Trstenjak, cuando pone de relieve que con ello se pretende “en la medida de lo posible, que la ley aplicable al contrato de trabajo se establezca sobre la base de dicho artículo [...]. Por lo tanto, es esencial tomar en consideración el centro de actividad del trabajador, aunque lo único que haga desde ese lugar sea organizar sus actividades”⁸⁸.

88. El concepto de “centro de explotación” contenido en el art. 5 del Reglamento 1071/2009 resultará particularmente útil en la prevención de las “empresas buzón” cuando a la exigencia de instalaciones técnicas adecuadas, se añade el elemento que determina como centro de explotación aquel “a partir del cual el trabajador lleva a cabo sus misiones, recibe las instrucciones y organiza su trabajo”. Lo cual conecta con el lugar en el que reside su empresario “real”, tal como ocurre cuando aplicamos la doctrina relativa a la cesión ilegal de trabajadores, según analizaremos con más profundidad en las páginas que siguen.

C) El “mobility pack”

89. La Comisión Europea contestó a la pregunta planteada por la eurodiputada Izaskun Bilbao Barandica que planteábamos al inicio de este trabajo⁸⁹, aludiendo a la necesidad de una normativa específica para el transporte que aborde los problemas de dumping social; y en definitiva, defendiendo la misma posición que ha venido manteniendo durante el procedimiento de tramitación de la reforma de la Directiva 96/71/CE⁹⁰:

⁸⁴ STJUE de 15 de marzo de 2011, asunto C-29/10, HeikoKoelzsch, apartados 44-49; STJUE de 15 de diciembre de 2011, Voogsgeerd, C-384/10, apartados 36-41.

⁸⁵ Convenio 1992/529/CEE, de 18 de mayo, por el que se produce la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa del Convenio 1980/934/CEE, de 19 de junio, DOL 18 noviembre 1992, núm. 333, p. 1, que entra en vigor el 1 de septiembre de 1993.

⁸⁶ Vid. A. L. CALVO CARAVACA, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 1, Nº. 2, 2009, pp. 52-133.

⁸⁷ M. GARDEÑES SANTIAGO, “La regulación contractual del contrato de trabajo en el Reglamento Roma I: una oportunidad perdida”, *Anuario español de derecho internacional privado* n. 8, 2008, p. 409.

⁸⁸ Vid. Conclusiones de la abogada general Sra. Verica Trstenjak presentadas el 16 de diciembre de 2010, HeikoKoelzsch, asunto C-29/10, apartado 77.

⁸⁹ Vid. sobre la problemática expuesta, M. FINGER & N. BERT (2017), “A European single market for road transport? From patchwork to a well- functioning and socially fair EU road transport market”. *Policy Brief* n. 5/2017; TRANSPO project (Road Transport Sector and Posting of Workers). (2012), *The inspection activity within posting of workers in the road transport: a guide for control authorities*. Line of Action “Pilot Projects on Working and Living conditions of posted workers” – contract ref. no. VS/2010/0624: European Commission – DG Employment, Social Affairs and Equal Opportunities. Retrieved from http://www.tagliacarne.it/files/141031/guida_transpo_inglese.pdf [5/4/2017]; G. ZAJAC, (2015), “Contemporary Aspects of European Transport Policy”, *Journal of International Trade, Logistics and Law* n. 1(1)/2015, 9–23. European Commission (2017), 2nd report from the Commission on the implementation by Member States of certain provisions concerning the access to the occupation of road transport operator, COM(2017) 116 final, Brussels, 7.3.2017.

⁹⁰ Que ha culminado con la aprobación de la Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (Texto pertinente a efectos del EEE) DO L 173 de 9.7.2018, p. 16/24

“El 8 de marzo de 2016, la Comisión adoptó una propuesta de Directiva que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores. Está previsto que la Directiva modificada sobre el desplazamiento de trabajadores se aplique a todos los sectores, incluido el transporte por carretera, siempre que se cumplan las condiciones de una situación de desplazamiento establecidas en dicha Directiva. La propuesta no contiene disposiciones específicas aplicables al transporte por carretera. Sin embargo, en el considerando 10 la Comisión reconoce que la aplicación de la Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores en el sector del transporte internacional por carretera plantea problemas y dificultades de carácter jurídico, debido a la elevada movilidad del trabajo en este sector. Considera, no obstante, que sería más adecuado que estos problemas se abordasen a través de una legislación sectorial específica junto con otras iniciativas de la UE dirigidas a mejorar el funcionamiento del mercado interior del transporte por carretera”⁹¹.

90. En este sector, una de las cuestiones más candentes es la diferencia de interpretación y aplicación en cada uno de los Estados miembros, de las normas contenidas en la Directiva 96/71/CE, y en el Reglamento (CE) núm. 593/2008 (Roma I). El Reglamento 593/2008 y la Directiva 96/71/CE establecen normas de obligado cumplimiento en materia de empleo aplicables en el país en el cual o desde el cual se ejerza habitualmente la actividad (incluidos los salarios mínimos), con independencia del país de base del empleado o de la ley fijada en el contrato de trabajo.

91. Son así particularmente marcadas las diferencias entre Estados miembros de la UE⁹², a la hora de aplicar las disposiciones de la Directiva 96/71/CE a los servicios de cabotaje (el cabotaje es el transporte nacional de mercancías realizado por transportistas no residentes, con carácter temporal, en el territorio de un Estado miembro de acogida)⁹³. También existen especiales dificultades para controlar el cumplimiento de estas normas atendiendo a que, como hemos visto, el Derecho de la Unión limita la capacidad administrativa de las autoridades nacionales a la hora de efectuar comprobaciones.

92. El vacío jurídico es evidente. *Sólo* contamos con lo dispuesto en el Reglamento (CE) n. 1072/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, cuando en el apartado 17 de su Preámbulo establece que “Las disposiciones de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, se aplican a las empresas de transporte que efectúan transportes de cabotaje”.

93. El legislador no ha dispuesto nada más respecto al modo en el que debe ser aplicada la Directiva 96/71/CE a este sector; siendo múltiples los problemas en los que se enfrentan los gobiernos, las empresas y los sindicatos a la hora de exigir el cumplimiento y control de esta normativa⁹⁴. De ahí que haya planteado, por parte de la Comisión, varias propuestas regulatorias a fin de clarificar las normas de

⁹¹ Respuesta de la Sra. Thyssen en nombre de la Comisión. Preguntas parlamentarias, 15 de junio de 2016, E-002369/2016 <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2016-002369&language=ES> [13/07/2018]

⁹² AUKJE VAN HOEK, & MIJKE HOUWERZIJL (2011), *Comparative study on the legal aspects of the posting of workers in the framework of the provision of services in the European Union*, (March), 363, <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6677&langId=en> [5/9/2017], p. 33 y ss.

⁹³ Para la definición de cabotaje hay que acudir al Reglamento (CE) n. 1072/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por el que se establecen normas comunes de acceso al mercado del transporte internacional de mercancías por carretera (DO L 300 de 14.11.2009), en cuyo artículo 8 se establece que “Una vez entregadas las mercancías transportadas en el curso de un transporte internacional entrante, los transportistas de mercancías por carretera contemplados en el apartado 1 estarán autorizados a realizar, con el mismo vehículo o, si se trata de un vehículo articulado, el vehículo de tracción de dicho vehículo, hasta tres transportes de cabotaje consecutivos a un transporte internacional procedente de otro Estado miembro o de un tercer país y con destino al Estado miembro de acogida. La última descarga en el curso de un transporte de cabotaje previa a la salida del Estado miembro de acogida deberá tener lugar en el plazo de siete días a partir de la última descarga en el Estado miembro de acogida en el curso del transporte internacional entrante. En el plazo mencionado en el párrafo primero, los transportistas podrán realizar alguno o todos los transportes de cabotaje permitidos en dicho párrafo en cualquier Estado miembro con la condición de que se limiten a un transporte de cabotaje por Estado miembro en los tres días siguientes a la entrada en vacío en el territorio de dicho Estado miembro”.

⁹⁴ AUKJE VAN HOEK, & MIJKE HOUWERZIJL (2011), *op.cit.*

la UE relativas al desplazamiento de trabajadores en el sector del transporte por carretera (“el paquete de movilidad”)⁹⁵.

94. Con todo, el paquete de movilidad ha sido objeto de mucha controversia. De hecho, el pasado 4 de julio 2018, el Parlamento Europeo rechazó las propuestas específicas sobre tiempos de conducción y descanso de conductores profesionales⁹⁶, así como la normativa específica respecto al desplazamiento y cabotaje. Los europarlamentarios exigieron normas que fueran más garantistas en relación al tiempo de descanso de los conductores, sin las lagunas de la propuesta actual; así como la eliminación de cualquier forma de discriminación salarial basada en la nacionalidad⁹⁷. El rechazo del Parlamento de los tres expedientes ha supuesto su devolución a la Comisión de Transporte. De modo que esta deberá analizar tales motivos del mismo e iniciar nuevos trabajos a fin de garantizar un mayor consenso, que impida un tercer fracaso en el Parlamento.

95. El Parlamento europeo ya se había posicionado al respecto en su Resolución de 14 de septiembre de 2016, sobre el dumping social en la Unión Europea⁹⁸ cuando insta a la Comisión a poner en marcha, entre otras, las siguientes medidas:

- a) La intensificación de los controles de la observancia de los tiempos de trabajo, disponibilidad, conducción y descanso en todos los sectores relevantes, como la construcción, la restauración, la salud y el transporte, y que se sancionen las infracciones graves;
- b) La aplicación de manera colectiva a los trabajadores móviles de la industria del transporte por carretera el artículo 8, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 593/2008 (Roma I) tal y como se interpreta en la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Koelzsch (C-29/10, de 15 de marzo de 2011);
- c) Se solicita a la Comisión que proponga recomendaciones específicas basadas en indicadores de la existencia de una relación de trabajo de conformidad con la Recomendación n.º 198 de la OIT sobre la relación de trabajo,
- d) Y se rechaza cualquier nueva liberalización del cabotaje en tanto no se haya reforzado la aplicación del marco legislativo actual.

96. A luz de estas consideraciones, la propuesta de la Comisión plantea en materia laboral, entre otras cuestiones, que todas las operaciones de cabotaje se respeten la normativa nacional sobre salario mínimo; la sujeción de dicha normativa al principio de proporcionalidad y de remoción de BNA (barreras no arancelarias)⁹⁹; y la introducción de un sistema de control del cumplimiento. Se proponen

⁹⁵ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2006/22/CE en lo relativo a los requisitos de control del cumplimiento y se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, COM/2017/0278 final - 2017/0121 (COD). Comisión Europea. (2017). Propuesta de Reglamento por el que se modifican el Reglamento (CE) n. 1071/2009 y el Reglamento (CE) n. 1072/2009 con el fin de adaptarlos a la evolución del sector (Vol. 0123). Bruselas, 31.5.2017, COM(2017) 281 final, 2017/0123 (COD).

⁹⁶ La Comisión propone dos descansos semanales reducidos en ruta de 24 horas, en un periodo de cuatro semanas, siempre que se compensen las horas restantes en el siguiente descanso semanal normal. Asimismo, se prohíbe el descanso regular de 45 horas en la cabina del camión, de forma que el empresario debe facilitar otro lugar de descanso, siempre que no pueda planificarse la vuelta a casa para realizar este descanso. Por otra parte, esta vuelta a casa deberá producirse cada tres semanas.

⁹⁷ Vid. Debates del Parlamento Europeo. Requisitos de control del cumplimiento y normas específicas para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera (A8-0206/2018), 04-07-2018, [P8_CRE-PROV(2018)07-04 (9 .1)] <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=%2f%2fEP%2f%2fTEXT%2bCRE%2b20180704%2bITEM-009-01%2bDOC%2bXML%2bV0%2f%2fES&language=ES> [4/7/2018].

⁹⁸ Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de septiembre de 2016, sobre el dumping social en la Unión Europea (2015/2255(INI)).

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2016-0346&language=ES&ring=A8-2016-0255> [8/4/2017].

⁹⁹ Sobre el particular, M. LLOBERA VILA “La Directiva 96/71/CE: un instrumento de eliminación de barreras no arancelarias (BNA)”, en O. FOTINOPOULOU BASURKO (Coord.), *Presente y futuro del desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea*, pp. 67- 96, Atelier, 2017.

normas específicas sobre el desplazamiento de trabajadores en el sector del transporte por carretera que prevalecen sobre determinadas disposiciones de la Directiva 96/71/CE y de la Directiva 2014/67/UE. En concreto, se especifica el período mínimo de desplazamiento por debajo del cual las normas del Estado miembro de acogida sobre salario mínimo y vacaciones anuales remuneradas no se aplican a los transportes internacionales por carretera. En consecuencia, dicho salario será aplicable cuando el transportista esté más de tres días en un periodo de un mes en ese país, durante un servicio de transporte internacional. Este umbral temporal no se aplica al cabotaje, ya que todo el transporte se realiza en un Estado miembro de acogida.

97. En efecto, el salario mínimo y las vacaciones anuales mínimas del Estado miembro de acogida deben aplicarse siempre al cabotaje, con independencia de la frecuencia y la duración de los transportes realizados por un conductor. A través de la modificación del Reglamento (CE) 1071/2009 sobre acceso al mercado de transporte internacional de mercancías¹⁰⁰, se propone que una operación de cabotaje pueda afectar a varios puntos de carga, varios puntos de entrega o varios puntos de carga y entrega, con las siguientes modificaciones: (a) eliminar el número máximo de operaciones de cabotaje que pueden realizarse en un Estado miembro de acogida tras un transporte internacional entrante, y se reduce el número máximo de días para efectuar dichas operaciones de cabotaje, que quedaría en cinco; (b) suprimir el requisito de acreditar fehacientemente cada operación de cabotaje llevada a cabo, ya que resulta superfluo como consecuencia de la modificación anterior; (c) además, la prueba del cumplimiento de las restricciones de cabotaje debe presentarse durante el control de carretera y posiblemente por medios electrónicos, con lo que se simplifican los procedimientos.

98. Asimismo, la Comisión propone la supresión de la norma que hasta ahora permite la imposición, por parte de los Estados miembros, de condiciones adicionales para el ejercicio de la profesión. Esta posibilidad ha provocado la aparición de divergencias en el cumplimiento de las normas comunitarias. En consecuencia, la nueva norma contempla que los únicos requisitos que se puedan imponer sean, exclusivamente, los del Reglamento (CE) sobre acceso a la profesión de transportista. En cambio, se establece que los expedidores y transitarios sean objeto de sanciones en caso de que a sabiendas encarguen servicios de transporte que supongan la infracción de lo dispuesto en dicho Reglamento.

99. También vale la pena hacer mención a la introducción de una serie de modificaciones para aclarar y armonizar mejor la evaluación de la honorabilidad y ampliar la lista de infracciones que pueden acarrear la pérdida de la honorabilidad y por tanto de la licencia. En particular, se propone añadir: (a) las infracciones graves de las normas fiscales nacionales se tengan en cuenta para la evaluación de la honorabilidad del gestor de transporte o de la empresa de transporte; y (b) las infracciones graves de las normas de la UE sobre el desplazamiento de trabajadores y la legislación aplicable a las obligaciones contractuales, para que se tengan en cuenta en la evaluación de la honorabilidad del gestor de transporte o de la empresa de transporte. Por ello, se concreta el procedimiento administrativo que debe seguir la autoridad competente del Estado miembro de establecimiento de una empresa de transporte o gestor de transporte que ha cometido una grave infracción de las normas nacionales o de la UE, a fin de determinar si esa empresa de transporte o gestor de transporte ha perdido la honorabilidad¹⁰¹.

100. Por otra parte, en cuanto a los sistemas de control, los Estados miembros deberían llevar a cabo un número mínimo de controles del cumplimiento de las disposiciones de cabotaje (es decir, el 2 % de las operaciones de cabotaje desde el 1 de enero de 2020 y el 3 % desde el 1 de enero de 2022)¹⁰².

¹⁰⁰ DO L 300 de 14.11.2009, p. 72.

¹⁰¹ Por otra parte, la Comisión Europea está facultada para establecer infracciones que puedan llevar a la pérdida de honorabilidad, además de las relacionadas en el anexo IV. En este contexto, se propone facultar a la Comisión para definir el nivel de gravedad de las infracciones también en función de su potencial de falsear la competencia. Deben tratarse de la misma forma las infracciones que puedan perjudicar las condiciones laborales, debido a sus efectos sobre la competencia.

¹⁰² La Comisión también está proponiendo medidas dirigidas a fomentar un mayor uso de los documentos electrónicos y de intercambio de información entre las autoridades nacionales competentes a través de bases de datos interconectadas, con vistas

101. Por último, y más relevante a efectos de este trabajo, se incorpora una modificación del artículo 5 del Reglamento (CE) n.º 1071/2009 sobre el requisito de establecimiento, para garantizar que las empresas establecidas en un Estado miembro tengan allí una actividad real y continua. El requisito de establecimiento real se hace más exigente y en particular se propone lo siguiente:

- a) Distinguir entre el ejercicio de actividades administrativas y comerciales, por una parte, y las operaciones con vehículos, por otra. Entendemos que esto permitiría asegurar que el establecimiento real corresponde al “centro de explotación” en los términos de la Sentencia *Koelzsch*, que se han expuesto, y no a un centro de trabajo sin operaciones correspondientes a la actividad real de la empresa.
- e) Exigir a las empresas que mantengan activos y empleen a personal en el Estado miembro de establecimiento en proporción a la actividad del establecimiento. Este elemento también ofrece posibilidades de actuación a la Inspección, por cuanto guarda paralelismos con el elemento relativo al volumen de negocios —como el contenido en la Directiva 2014/67/UE, pero dotándole de un valor adicional por cuanto se establece un criterio de proporcionalidad con el número de contratos laborales.
- f) Además, los contratos comerciales y laborales tendrían que conservarse en los locales situados en el Estado miembro de establecimiento.

102. El rechazo al paquete de movilidad, justificado en muchos de sus puntos, no debe enterrar una cuestión tan prioritaria como el control de las “empresas buzón”. El esfuerzo realizado en la formulación de estas propuestas, además, podría ser aprovechado para darles un alcance general que trascienda el ámbito de los transportes; así como para dotarlas de un contenido que tenga en cuenta la jurisprudencia antifraude y los conceptos desarrollados por el TJUE y la doctrina relativos al centro de explotación y de prestación característica. A esta cuestión dedicaremos el último apartado de este estudio.

IV. A modo de conclusión: ¿hasta dónde pueden llegar los Estados frente a las “empresas buzón”?

A) Una cosa es una sociedad “fantasma”, y otra, una sociedad deslocalizada.

103. Si algo podemos concluir, es que el Derecho de la Unión claramente prohíbe servirse de las libertades comunitarias en fraude de ley en caso de entramados completamente ficticios. De forma que una cosa es una sociedad “fantasma”, y otra, una sociedad deslocalizada que trata de aprovechar los inferiores costes sociales y fiscales de otro Estado comunitario, objetivo que, en sí mismo, no es ilícito a la luz del estado actual del Derecho de la Unión. Lo cual no obsta para que los Estados puedan tomar medidas para proteger sus propios mercados frente a este tipo de prácticas¹⁰³. Sin embargo, dicha acción estatal deberá tener carácter proporcionado y someterse a los principios de la Unión, en los términos que se expondrán en este apartado final.

104. En efecto, si bien en la Sentencia *Wolff*¹⁰⁴ se produce el reconocimiento expreso de la prevención del *dumping social* como razón imperiosa de interés general, existen dos pronunciamientos, *Finlarte* y *Portugaia*, en los que el TJUE no ha reconocido dicho objetivo como una razón imperiosa de interés general cuando tales medidas, además de su finalidad sociolaboral, están destinadas a proteger a

a soluciones de ventanilla única. La Comisión considera que los dispositivos digitales a bordo, como el tacógrafo digital, pueden proteger las condiciones de trabajo de los trabajadores, y suponen medios “menos gravosos” y más acordes con el principio de remoción de obstáculos de barreras no arancelarias (BNA), a la hora de controlar el cumplimiento de la normativa de la UE e intervenir en la aplicación de los sistemas de tarificación vial diferenciada. Estas medidas pretenden que estas tecnologías estén correctamente adaptadas para optimizar los nuevos sistemas de transporte inteligentes.

¹⁰³ Vid. K. MCGAURAN (2016), *The impact of letterbox-type practices on labour rights and public revenue*, ETUC, European Commission.

¹⁰⁴ STJUE 12 octubre 2004 (*Wolff & Muller* C-60/03) [parágrafos 41 y 42].

las empresas nacionales de una competencia basada en costes sociales. Particularmente, en *Portugaia*, el órgano jurisdiccional remitente interroga al TJUE sobre la posibilidad de excepcionar las disposiciones del artículo 56 TFUE a fin de proteger las empresas nacionales de este tipo de competencia [parágrafo 25]:

“¿Es compatible con el Derecho comunitario una interpretación de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios [...] o, en caso de que ésta no sea aplicable, una interpretación de los artículos 59 y siguientes del Tratado CE, según la cual las razones imperiosas de interés general, que pueden justificar una restricción de la libre prestación de servicios en los casos de desplazamiento de trabajadores, no solamente pueden consistir en la protección social de los trabajadores desplazados, sino también en la protección del sector de la construcción nacional y en la reducción del desempleo nacional para evitar tensiones sociales?¹⁰⁵.”

105. La respuesta del Tribunal no deja lugar a dudas: “no cabe justificar medidas que constituyan una limitación de la libre prestación de servicios en aras de objetivos de carácter económico, como la protección de empresas nacionales¹⁰⁶. El Tribunal de Justicia impide así que las medidas destinadas a evitar la discriminación inversa de las empresas nacionales (a las que se aplican estándares sociales superiores a los aplicables a los operadores transnacionales de otros países comunitarios) se tengan en cuenta en el juicio de proporcionalidad, reiterando lo ya dicho en *Finalarte*, en donde el TJUE había asimilado a un objetivo de carácter económico la *ratio* de una “Ley que pretendía luchar fundamentalmente contra la competencia supuestamente desleal ejercida por las empresas europeas que abonaban salarios bajos”¹⁰⁷.

106. Esto explica que el tribunal nacional en el asunto *Rüffert* argumente que proteger a las empresas constructoras alemanas frente a la competencia procedente de otros Estados miembros, persigue un objetivo de carácter económico que según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no puede constituir una razón imperiosa de interés general justificativa de una restricción de la libre prestación de servicios¹⁰⁸, añadiendo que la obligación de respetar los convenios colectivos “no permite alcanzar su igualdad efectiva [de los trabajadores desplazados] con los trabajadores alemanes sino que más bien impide que los primeros trabajen en Alemania *ya que su empresario no puede aprovechar la ventaja que le confiere el coste salarial*”¹⁰⁹.

107. De forma que dicho tribunal considera lícita la utilización de los costes salariales como elemento de competitividad reconociendo expresamente que, en el caso de la subcontratación transnacional, el desplazamiento de trabajadores cobra sentido cuando es posible aprovechar los inferiores costes sociales del país de origen.

108. También en *Laval* el Tribunal se negará a considerar la prevención del *dumping social* como un objetivo comunitario¹¹⁰. A este respecto, debe recordarse que las disposiciones que podrían amparar dicho objetivo, esto es, los artículos 151 y 153 TFUE (en materia de política social), no tienen en la jurisprudencia comunitaria la función de evitar el *dumping social*¹¹¹. En particular, en la

¹⁰⁵ STJUE de 24 enero de 2002 (asunto C-164/99, *Portugaia Construções*) [parágrafo 13, pregunta 2°].

¹⁰⁶ STJUE de 24 enero de 2002 (asunto C-164/99, *Portugaia Construções*) [parágrafo 26].

¹⁰⁷ STJUE 25 octubre 2001 (asuntos acumulados C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 y C-68/98 a C-71/98, *Finalarte*) [parágrafo 39].

¹⁰⁸ Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot presentadas el 20 de septiembre de 2007 (asunto *Dirk Rüffert*, C346/06) [apartado 43]. En este procedimiento se sustanció un caso típico de *dumping social*. La empresa adjudicataria recurrió a los servicios de una empresa establecida en Polonia como subcontratante, dictándose una resolución penal contra el principal responsable de la empresa polaca imputándole haber abonado a los 53 obreros empleados en la obra el 46,57 % del salario mínimo fijado. STJUE de 3 abril 2008 (asunto *Dirk Rüffert*, C346/06) [apartado 11].

¹⁰⁹ Énfasis añadido. STJUE de 3 abril 2008 (asunto *Dirk Rüffert*, C346/06) [apartado 30].

¹¹⁰ Vid. STJUE de 18 diciembre 2007 (asunto C-341/05, *Laval un Partneri*) [parágrafo [112 y ss.].

¹¹¹ STJUE de 17 marzo 1993, (asuntos acumulados C-72/91 Y C-73/91, *Sloman Neptun*). Éste pronunciamiento se originó a raíz de una demanda interpuesta por el comité de empresa de la compañía naviera *Sloman Neptun*, que reputaban contraria

Sentencia *Sloman Neptum* el TJUE no admite la interpretación del tribunal nacional que consideraba que tales disposiciones incorporaban “la obligación de preservar la protección social existente, puesto que la mejora de las condiciones de vida y de trabajo constituye una de las finalidades del Tratado”. Para el TJUE, en cambio, éstas ostentan un carácter esencialmente programático e interpretativo de otras normas del Tratado y del derecho de la Unión derivado en el ámbito social, de modo que según su parecer, la aplicación de sus objetivos sociales “debe resultar de la actuación de la Comunidad, de la estrecha colaboración entre los Estados miembros y del funcionamiento del mercado común”¹¹². El TJUE desarrolla en este caso una interpretación literal del artículo 136, apartado 3º, cuando dispone que el funcionamiento del mercado traerá como consecuencia [natural] la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, cuyo redactado, como se recordará, mantiene básicamente el tenor del Tratado de 1957¹¹³, fruto de una concepción funcionalista de los derechos sociales, característica de los estadios iniciales de la Unión.

109. La prevención del dumping social, como objetivo exclusivamente estatal —y no asumido como objetivo comunitario— también cede frente a las libertades comunitarias en la Sentencia *Bundesdruckerei*, que ha considerado contraria al Tratado una norma alemana que exigía la incorporación de un salario mínimo obligatorio porque ello “privaría, por ello, a los subcontratistas establecidos en este último Estado miembro de obtener una ventaja competitiva de las diferencias existentes entre las cuantías de los salarios respectivos”¹¹⁴.

110. A estas consideraciones debemos añadir las presunciones que se han descrito, tanto en el ámbito fiscal, como en el social, en favor de la validez del establecimiento. Para ello, el Tribunal de Justicia se sirve del principio de equivalencia, que orienta hacia las actividades del país de origen, a fin de limitar la capacidad de control del país de destino, sin que implique transferencia de poder al nivel transnacional.

111. Como expone la doctrina, en sus orígenes el Derecho de la Unión aplicaba el mismo régimen jurídico a todas las prestaciones de servicios; de modo que, tanto en el caso del establecimiento como en el de la prestación temporal, dichas actividades quedaban sujetas al derecho del país donde se prestaban los servicios. Con el inconveniente, de que dichos operadores se veían inmersos en una pluralidad de regímenes que incrementaban considerablemente sus costes de transacción. Esto provocó, según apuntan A. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, el progresivo desarrollo de un estatuto jurídico propio de la libre prestación de servicios en torno a tres elementos básicos: (a) el principio del país de origen; (b) una interpretación jurisprudencial muy amplia del concepto de obstáculos a la libre prestación de servicios; y por último, (c) la aplicación del principio de proporcionalidad de un modo especialmente riguroso en cuanto a los términos de aplicación de ley del país de origen¹¹⁵.

112. Actualmente, la aplicación preferente de la legislación vigente en el país de establecimiento del prestador de servicios, tiene la virtualidad, como ya adelantábamos, de introducir una cierta dosis

al Tratado, y en particular al artículo 117 (actual artículo 136), una norma alemana que permitía someter a los trabajadores extranjeros (marineros no comunitarios), a condiciones de trabajo y de retribución inferiores que a los trabajadores alemanes, ya que a los primeros no se les aplicaba la legislación general alemana.

¹¹² STJUE de 17 marzo 1993, (asuntos acumulados C-72/91 Y C-73/91, *Sloman Neptun*), apartados 23 y 24.

¹¹³ Sobre el artículo 136 TCE (actual 151 TFUE) vid., J.M. MIRANDA BOTO (2008), “La incidencia del Tratado de Lisboa en el ámbito social”, *Temas laborales* n. 97/2008, [p. 18 y ss.].

¹¹⁴ Sentencia STJUE 18 septiembre de 2014 (C-549/13, *Bundesdruckerei*), se trata de los pliegos de condiciones de un contrato público. En concreto, el TJUE considera que la fijación de un salario mínimo que no guarda relación con el coste de la vida en el Estado miembro en el que se llevarán a cabo las prestaciones relativas al contrato público. Considera por tanto el TJUE, que cuando un licitador tiene previsto ejecutar un contrato público exclusivamente con trabajadores empleados por un subcontratista establecido en un Estado miembro distinto del de la entidad adjudicadora, “el artículo 56 TFUE se opone a la aplicación de una normativa del Estado miembro de esa entidad adjudicadora que obliga a ese subcontratista a pagar a los citados trabajadores un salario mínimo fijado por dicha normativa”.

¹¹⁵ A. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (2000), “Algunas cuestiones sobre la libre prestación de servicios en el Mercado Único Europeo”, *Noticias de la Unión Europea*, n. 186, [p. 88].

de competencia entre sistemas normativos. Aunque existen autores que defienden que esto conlleva reajustes en los sistemas normativos nacionales que permiten lograr un equilibrio regulador óptimo¹¹⁶.

113. En contraste, la armonización social se defiende por parte de los sectores doctrinales más intervencionistas, los cuales consideran que cada Estado miembro es libre de aplicar y mejorar los estándares sociales, mientras cumpla con los mínimos establecidos. En esta línea de pensamiento, existe la posibilidad judicial de dotar de contenido real el objetivo perseguido por el art. 8 del Reglamento (CE) núm. 593/2008 (RR), que según el TJUE, consiste en garantizar una protección adecuada al trabajador¹¹⁷. Aunque el art. 8.4 RR no permita una aplicación directa del principio *favor laboratoris* a partir de un test de mayor favorabilidad, ello no impide que la cláusula de escape pueda vehicular un control jurisprudencial antifraude como el que ya existe en materia fiscal, así como de evitación de los mecanismos interpositivos *ex art. 1.1 ET*. En efecto, el ulterior test de la existencia de “vínculos más estrechos” con el contrato que posibilita el art. 8.4 RR, puede resultar útil frente a mecanismos jurídicos carentes de realidad económica dirigidos a establecer una vinculación ficticia del contrato con un país de inferiores costes sociales. Especialmente, en aquellos supuestos en los que el 8.2 RR (por la imposibilidad de identificar una *lex locis executionis*) o el 8.2 *in fine* RR (por tratarse de trabajadores desplazados) no resulten instrumentos adecuados a la hora de establecer la ley que presenta *efectivamente* la conexión más estrecha.

114. Por otra parte, según ha recordado en reiteradas ocasiones el Tribunal de Justicia, la legislación debe ser precisa y su aplicación previsible para los justiciables. Este imperativo de seguridad jurídica se impone con especial rigor cuando se trata de una normativa que puede implicar consecuencias financieras, a fin de permitir que los interesados conozcan con exactitud el alcance de las obligaciones que se les imponen. Actualmente, el galimatías legal sobre los términos aplicativos en España del Derecho de la Unión dificulta considerablemente que la empresa española pueda actuar eficazmente en el mercado interior europeo; siendo necesario que las normas españolas adopten una perspectiva que, con estricto cumplimiento de la norma comunitaria, deje de perjudicar a las empresas nacionales en beneficio de sus competidoras; y sobretodo impida una precarización, cada vez mayor, de las condiciones de empleo de los trabajadores desplazados.

B) El artículo 4 de la Directiva 2014/6/UE: la noción de “centro de explotación” y de prestación característica

115. Para terminar, analizaremos un instrumento jurídico de nuevo corte, la Directiva 2014/67/UE, que aporta nuevas soluciones a viejos problemas; y cuya aplicación puede abrir nuevos escenarios de actuación frente a las limitaciones que ha presentado hasta ahora el Derecho de la Unión.

116. En particular, realizaremos una lectura de su artículo 4 a la luz de las nociones comunitarias de “centro de explotación” y de “prestación característica”. Dos elementos clave de articulación de la jurisprudencia que ha interpretado el Reglamento (CE) núm. 593/2008, y de los cuales puede realizarse una aplicación analógica de especial interés para el tema que tratamos, por las implicaciones prácticas que puede tener para operadores jurídicos.

117. Como vimos, el elemento relativo al “centro de explotación” del Reglamento (CE) n.º 1071/2009 guarda un estrecho paralelismo con el artículo 4.2 de la Directiva 2014/6/UE cuando éste se refiere en su letra a) al “lugar donde la empresa realiza su actividad empresarial fundamental”. Este elemento es el que cabe considerar de mayor eficacia —junto con el elemento relativo al volumen de negocios—, frente a otros centros de conexión en los cuales el empleador tiene más posibilidades de “forum shopping” como (a) el domicilio social y sede administrativa; (b) el país donde tiene oficinas; (c) el país donde tributa y paga cotizaciones a la seguridad social; (d) el país donde tiene licencia profesional

¹¹⁶ Vid. A. MARCIANO/ J.M. JOSSELYN (2003), *From economic to legal competition. New perspectives on law and institutions in Europe*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, [p. 61 y ss].

¹¹⁷ STJUE de 12 de septiembre de 2013, Schlecker, C-64/12, apartado 34.

o registro en cámaras de comercio o colegios profesionales; (e) el lugar de contratación de los desplazados; (f) el lugar desde el que se les desplaza; (f) el Derecho aplicable a los contratos laborales; (e) el Derecho aplicable a los contrato con sus clientes; o (g) el número de contratos celebrados.

118. Como hemos visto, tanto la inspección, como el juez nacional, puede tomar en consideración cualquiera de estos elementos a efectos de su “valoración global”. Pero, sin duda, consideramos que la noción equivalente al “centro de explotación”, de la Sentencia *Koelzsch*, es la más interesante. No es que aquí postulemos un traspaso literal de los términos interpretativos de dicha jurisprudencia al artículo 4, letra a), relativa al “lugar donde la empresa realiza su actividad empresarial fundamental” de la Directiva 2014/6/UE¹¹⁸. No obstante, si dicha jurisprudencia sirve para establecer cuál es el “lugar habitual” de una prestación de servicios laboral, ello cual puede ser útil para establecer el “lugar habitual” de prestación de servicios a efectos del artículo 4 de la Directiva 2014/67/UE.

119. En efecto, las pautas de las que se sirve el Tribunal para identificar cual es el país más vinculado al contrato laboral no resultan nada desdeñables, *mutatis mutandis*, a la hora de identificar el lugar con el que la actividad empresarial tiene vínculos más estrechos. Pues no puede perderse de vista que es la óptica laboral la que debe dar la pauta al intérprete en este caso. En efecto, en la valoración que deba hacerse del artículo 4 de la Directiva 2014/6/UE, el empresario interviene como contraparte en un contrato de trabajo y como poseedor de un conjunto de derechos y deberes. El sujeto actuante no es la empresa, sino el empresario, como concepto reflejo del concepto de trabajador, el cual no puede así “blindarse” frente a las normas imperativas que le impone la Directiva 96/71/CE.

120. Como es conocido, en el Informe Giuliano-Lagarde¹¹⁹ se construye un determinado concepto de prestación característica cuando se alude que “es precisamente la prestación por la que se debe el pago, lo que constituye el centro de gravedad y la función socioeconómica de la operación contractual”. Esto justifica la existencia de una presunción fundamental de conexión con el lugar desde el cual se organiza el trabajo. Es decir, en términos de nuestro Derecho nacional, el lugar desde el cual se actúa como verdadero empleador.

121. A esta perspectiva se adecúa la perspectiva de la Sentencia *Koelzsch*. Particularmente, cuando acude a elementos de ejecución contractual ligados a la ajenidad (medios de producción) y la dependencia (poder de dirección) en la ejecución de la prestación característica. La consagración del principio de sumisión del contrato a la ley de la prestación característica, dice el Informe, “permite efectivamente concretar la relación del contrato desde dentro y no desde fuera mediante elementos que no están en relación con la esencia de la obligación, tales como el lugar de celebración”. En consecuencia, cabe entender elementos de segundo orden cuestiones “externas” a dicha prestación característica tales como el lugar dónde la empresa pague sus impuestos, dónde está afiliada a la Seguridad Social, el domicilio social, o el hecho que el contrato de trabajo se someta a una ley u otra.

122. Efectivamente, cuando nos servimos de determinados vínculos de conexión “externos” al contrato en el sentido apuntado por el Informe Giuliano-Lagarde, ello puede implicar que, a menudo, se deje la determinación de la ley aplicable en manos de una de las partes. Concretamente, suele ser el empresario el que impone cómo se paga, qué convenio rige lo que se paga y cómo se cotiza, lo que también puede predeterminar el régimen fiscal. Un riesgo especialmente apreciable en el caso de trabajos menos cualificados, dónde la negociación de los términos del contrato es prácticamente inexistente. Son precisamente los trabajadores sin margen de negociación individual los que necesitan mayor protección jurídica, a partir de normas indisponibles para las partes.

¹¹⁸ Aunque si lo hemos hecho en el caso del Reglamento 1071/2009, puesto que la Sentencia *Koelzsch* trata expresamente un supuesto del sector de transporte; de modo que entendemos que la noción de “centro de explotación” es asimilable a la contenida en dicha jurisprudencia.

¹¹⁹ M. GIULIANO, P. LAGARDE, *Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations*, 31 october 1980, OJ C 282, pp. 19-20. Traducción propia.

123. En definitiva, puede interpretarse el artículo 4 de la Directiva 2014/67/UE a partir de un principio de sumisión a la ley de la prestación característica (contenida en la presunción que se recoge en el art. 8.2 del Reglamento (CE) núm. 593/2008); posibilitado una cláusula de escape, que permita descartarla si existe evidencia de lazos más estrechos en otro país derivados de la valoración del resto de elementos de valoración contenidos en el artículo 4.2 de la Directiva 2014/67/UE.

124. El “centro de explotación” de servicios se convierte, de esta forma, en un centro fundamental de imputación jurídica; que conecta directamente con la noción de dependencia contenida en el apartado 5º del artículo 4 de Directiva 2014/6/UE y con la doctrina española relativa al artículo 1.1 ET y 43 ET. Como se recordará dicho artículo de la Directiva dispone que:

“Los elementos a los que se refiere el presente artículo utilizados por las autoridades competentes en la evaluación global de una situación para considerarla desplazamiento real también podrán tenerse en cuenta a los efectos de determinar si una persona entra dentro de la definición aplicable de trabajador de conformidad con el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 96/71/CE. Los Estados miembros deben guiarse, entre otros elementos, por los hechos relacionados con “el desempeño del trabajo, la subordinación y la remuneración del trabajador”, independientemente de cómo se caracterice la relación en los acuerdos, contractuales o de otro tipo, que hayan pactado las partes”.

125. Tanto en *Voogsgeerd*¹²⁰, como en *Koelzsch*, el TJUE emplaza al juez a una conformación de la ley más vinculada valorando el lugar en el cual se reciben las instrucciones sobre sus misiones y organiza su trabajo, así como el lugar en que se encuentran las herramientas de trabajo. No cabe soslayar, en este sentido, la relevancia constitucional de esta tarea de “acotación” del concepto de trabajador pues, como ha escrito A. BAYLOS GRAU, las “operaciones de encuadramiento y definición del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo [...] configuran el ámbito de ejercicio de derechos reconocidos por la Constitución”¹²¹, remitiéndose para fundar tal afirmación a las conclusiones *obiter dicta* de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 227/1998¹²²:

“El ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto sede natural de la definición de la categoría de trabajador no se encomienda al legislador en términos de una absoluta libertad de configuración. Por el contrario, las normas que en particular delimitan dicho ámbito subjetivo, en forma de exclusión o delimitación negativa de determinadas personas en razón de su actividad profesional o laboral, dada la relevancia constitucional que dicha exclusión adquiere, habrán de evitar que, por medio de las mismas, no se lleve a cabo una restricción constitucionalmente ilegítima de los trabajadores como sector social”.

126. Así, aplicando a los trabajadores desplazados los criterios desarrollados a nivel interno por el Tribunal Supremo se logra un adecuado tratamiento del elemento de dependencia —ya que la Directiva 96/71/CE en su artículo 1, apartado 3º, se refiere expresamente a que el desplazado esté sometido al poder de dirección de su empleador. De este modo, las actividades desarrolladas por “empresas buzón” transnacionales quedarían situadas en el extrarradio de aplicación de la Directiva 96/71/CE, lo que comportaría la aplicación de la legislación laboral de carácter imperativo del país en donde se presten dichos servicios, evitando de este modo el efecto de *dumping social* derivado de tales actividades. En este sentido, ha señalado la doctrina que “la única forma efectiva de evitar este efecto es asegurar la aplicación de las normas laborales del Estado en el que se vayan a prestar los servicios”¹²³.

¹²⁰ STJUE de 15 de diciembre de 2011, *Voogsgeerd*, C-384/10.

¹²¹ A. BAYLOS GRAU (2000), “La huida del derecho del Trabajo: tendencias y límites de la deslaboralización”, en Alarcón, M.R./Mirón, M.M., (coord.), *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar*, Marcial Pons, Madrid., [p. 48].

¹²² STC 227/1998 de 26 noviembre [RTC 1998\227].

¹²³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/ M. RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO (1996), “Contrato internacional de trabajo y Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: impacto en el sistema jurídico español”, *Relaciones Laborales* n. 10/1996, [p. 1356].

127. En efecto, como apunta M.E. CASAS BAHAMONDE, cuando la Directiva 96/71/CE se aparta de una caracterización comunitaria del concepto de trabajador¹²⁴ y se remite, en su artículo 2, apartado 2º, a las legislaciones nacionales para la determinación de la existencia de una relación laboral, en nuestro ordenamiento nos conduce a la noción contenida en el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores¹²⁵. Le corresponde por tanto al país de acogida definir lo que es un trabajador¹²⁶, lo cual constituye un reducto de control estatal esencial, que se escapa del principio del país de origen.

128. La posibilidad de acotar en el nivel estatal el concepto de trabajador permite establecer ciertas limitaciones —desde los criterios desarrollados por la jurisprudencia española en materia de dependencia— a la cesión ilegal y a las “empresas buzón”. Estos criterios sin duda resultan eficaces en la identificación de los fenómenos interpositivos, aunque como ha advertido la doctrina, sería más adecuado que el punto de partida de la conformación legal y jurisprudencial de este instituto jurídico no exigiera “la obligada selección dentro de la relación triangular de único y exclusivo empresario, cuando realmente la posición empresarial es asumida por un sujeto plural”¹²⁷.

129. Así pues, la aplicación del derecho del mercado interior produce *de facto* una “ruptura de la relación triangular y la vinculación, ya no fáctica, sino jurídica entre el cesionario y los trabajadores”¹²⁸ que hace bueno el principio, contenido en nuestro artículo 6.4 del Código Civil, en virtud del cual la constatación de los elementos definitorios de fraude acarrea la aplicación precisamente de la norma que se hubiera tratado de eludir.

130. En consecuencia, en caso de empresario aparente a través de una “empresa buzón” no nos encontraríamos ante una prestación de servicios amparada por el artículo 56 TFUE, puesto que esta disposición, conforme a *Rush Portuguesa*, sólo se permite a los operadores transnacionales a desplazarse con *su* personal. De esta forma, los trabajadores que se encuentren desplazados en un Estado Miembro sin la cobertura del artículo 56 TFUE quedarán integrados en el mercado laboral de destino. De tratarse de trabajadores extracomunitarios éstos quedarán sometidos al orden público laboral, mientras que los trabajadores comunitarios, en virtud de la aplicación el artículo 45 TFUE, tendrán derecho a trabajar en dicho mercado en las mismas condiciones que los nacionales.

¹²⁴ En el ámbito de la Unión debe distinguirse el concepto laboral de trabajador conforme al artículo 39 TCE [actual 45 TFUE] del concepto en materia de Seguridad Social del artículo 42 TCE [actual 48 TFUE]. Vid. en este sentido C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO (2002), “El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho español y comunitario”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* n. 37/2002, [p. 55 y ss.].

¹²⁵ M. E. CASAS BAHAMONDE (2002), “Libre prestación de servicios y desplazamientos temporales de trabajadores en Europa en la era global: objetivos y significación de la ley”, en M.E. CASAS BAHAMONDE/ S. DEL REY GUANTER (Dir.), *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, Madrid, CES, [p. 11]. En el mismo sentido, B. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO (2000), “Tráfico intracomunitario de trabajadores dentro y fuera del marco de una prestación de servicios y conflictos de normas laborales en el espacio”, *Actualidad Laboral* n. 2/2000, [p. 18].

¹²⁶ Vid. Resolución del Parlamento Europeo sobre la aplicación de la Directiva 96/71/CE relativa al desplazamiento de trabajadores (2006/2038(INI)) de 26 Octubre 2006, [P6_TA(2006)0463], [p. 2, párrafo C.]

¹²⁷ M.L. MOLERO MARAÑÓN (2006), “Sobre el imparable fenómeno de la cesión ilegal de trabajadores”, *Relaciones Laborales* n. 2/2006, [pp. 589-625].

¹²⁸ M.J. RODRÍGUEZ RAMOS (1995), *La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994*, Madrid, Tecnos, [pp. 95-96].