

Administrador y socio, ¿trabajador o empleador? Doctrina judicial europea

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho Laboral de la Universidad de Cantabria

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

En una controversia de naturaleza fiscal, se plantea la calificación de un socio administrador que posee la mitad de las acciones de una empresa, bien como trabajador por cuenta ajena, bien como autónomo o, finalmente, si se trata de un empresario. La constitución de una sociedad no constituye «actividad por cuenta propia» en los términos que se designa al trabajador autónomo en la Unión Europea, tampoco la retribución que obtiene como administrador le convierte en trabajador por cuenta propia, por lo que no toda actividad independiente deberá beneficiarse de las ventajas destinadas a los trabajadores. Con todo, la inclusión de la controversia en un acuerdo entre la Unión Europea y el país en el que se desarrolla la actividad —Suiza— condiciona la solución en este punto.

1. El pasado 27 de septiembre del 2018, el abogado general asignado al asunto C 581/17, *Wächtler*, presentaba sus conclusiones que, a la espera de la decisión judicial, resultan de interés en cuanto a la calificación como trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia del administrador societario. Se trata de un nacional alemán que trabaja con un socio en el ámbito de la consultoría informática. Desde el 2008 el señor *Wächtler* es administrador de una sociedad suiza de consultoría con domicilio social en Suiza y en la que participa con un 50 % de su accionariado desde su creación. Inicialmente residía en la ciudad fronteriza de Constanza (Alemania), pero en el 2011 decide trasladar su domicilio a Suiza para poder ir a trabajar todos los días sin

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

cruzar la frontera. Ese traslado provoca la tributación en el impuesto sobre la renta de lo que se denomina «plusvalía latente» correspondiente a su participación en la citada empresa, aun cuando no se haya producido ninguna transmisión de dichos activos. Al margen de la cuestión de fondo y que tiene una naturaleza estrictamente fiscal, el asunto centra su atención inicial en la calificación como trabajador por cuenta ajena, trabajador por cuenta propia o empresario del demandante.

La clave de la petición prejudicial se basa en la interpretación del Acuerdo sobre la Libre Circulación de Personas entre la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra (en lo sucesivo, ALCP). El artículo 9 del anexo I del acuerdo, que lleva por título «Igualdad de trato», prevé que «El trabajador por cuenta ajena y los miembros de su familia [...] gozarán de las mismas ventajas fiscales y sociales que los trabajadores por cuenta ajena nacionales y los miembros de su familia». Por su parte, el artículo 15 de dicho anexo dispone:

1. El trabajador autónomo recibirá en el país de acogida, por lo que se refiere al acceso a una actividad por cuenta propia y a su ejercicio, un trato no menos favorable que el concedido a sus propios nacionales.
2. Las disposiciones del artículo 9 del presente anexo serán aplicables, *mutatis mutandis*, a los trabajadores autónomos contemplados en el presente capítulo.

El demandante considera que el ALCP le confiere un derecho de establecimiento comparable al garantizado en la Unión Europea por el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Sobre esta base, cuestiona la compatibilidad de la tributación de las plusvalías latentes no realizadas, sin posibilidad de diferimiento, con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia. En este mismo sentido, la Comisión entiende que el señor Wächtler es un «trabajador autónomo» según lo dispuesto en el artículo 12 del anexo I del ALCP —«nacional de una parte contratante que desee establecerse en el territorio de otra parte contratante con el fin de ejercer una actividad por cuenta propia»— y que, por lo tanto, la tributación que ahora se le exige constituye un obstáculo desproporcionado al derecho de establecimiento que dicha disposición le confiere. Por el contrario, el Gobierno alemán —apoyado por los Gobiernos español y austríaco— estima que la libertad de establecimiento recogida en las relaciones entre la Unión y la Confederación Suiza ha de ser interpretada de forma restrictiva, en los específicos términos del ALCP y, teniendo éstos en cuenta, la constitución de una empresa suiza por el señor Wächtler y su administración no constituyen una «actividad por cuenta propia» en los términos establecidos en el precitado artículo 12.

2. Ciertamente, el artículo 1 del ALCP concede a los nacionales de la Unión Europea y de Suiza el derecho de entrada, de residencia, de acceso a una actividad económica por cuenta ajena, de establecimiento como trabajador autónomo y de residir en el territorio de las partes contratantes. Según el órgano jurisdiccional remitente, la actividad profesional del demandante debería clasificarse como actividad por cuenta ajena, ya que el señor Wächtler percibe una

remuneración como administrador de su sociedad. Pero se trata de una tesis no compartida por el abogado general que redacta estas conclusiones. «Antes bien, al igual que el Gobierno austriaco y la Comisión, considero que, a pesar de que se le abone una remuneración en pago por sus servicios de administración, el señor Wächtler no se halla en una relación de subordinación, que es lo que caracteriza las relaciones laborales por cuenta ajena» (apdo. 38 de las conclusiones). Como se desprende de la petición de decisión prejudicial, el señor Wächtler es un empresario autónomo en el ámbito de la consultoría informática. La circunstancia de que haya decidido estructurar su actividad económica mediante la constitución de una sociedad y que ésta le abone una remuneración por sus servicios de administración no cambia el hecho cierto de que es titular del 50 % de las participaciones de dicha sociedad y no se halla en una relación de subordinación en relación con ella.

Por su parte, el Gobierno alemán entiende que la gestión de participaciones en una empresa no está comprendida en el concepto de «actividad por cuenta propia» en el sentido del artículo 12 del anexo I del ALCP. Y, dado que la constitución y la administración de empresas no son actividades por cuenta propia, no cabe deducir del contexto y de la finalidad del ALCP que las partes contratantes hayan pretendido dar al concepto de «trabajador autónomo» un significado distinto del ordinario, a saber, una actividad económica por cuenta propia (conclusiones del abogado general Mengozzi presentadas en el asunto C 355/16, *Picart* —téngase en cuenta que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de marzo del 2018 dictada en relación con dicho asunto no consideró necesario pronunciarse sobre si la gestión de participaciones constituye o no una actividad por cuenta propia—). Opinión esta última no compartida por el abogado general en estas conclusiones, pues estima que se trata de una alegación inoperante «ya que la actividad que el señor Wächtler lleva a cabo en Suiza no constituye una actividad de gestión de participaciones como la que desarrollaba el señor Christian Picart. A diferencia de este último, el señor Wächtler no es un inversor o un simple socio pasivo, sino un empresario autónomo cuya actividad económica consiste en la prestación de servicios de consultoría informática a través de una sociedad» (apdo. 43 de las conclusiones).

3. Con esta base interpretativa, en las conclusiones se considera que, aunque el artículo 12 describa al trabajador autónomo como aquel que desee establecerse en el territorio de la otra parte contratante «con el fin de ejercer una actividad por cuenta propia», tanto del preámbulo como de los artículos 1 y 16 del ALCP, respectivamente, se deriva que «el objetivo de éste es lograr, en favor de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y de la Confederación Suiza, la libertad de circulación de personas en el territorio de las partes contratantes de dicho acuerdo, apoyándose en las disposiciones que se hallan en aplicación en la Unión, cuyos conceptos deben interpretarse conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia». De hecho, y en relación con el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, antes de la firma del ALCP, el Tribunal de Justicia declaró que las actividades de una persona física que dirige una sociedad de la cual es el único accionista o que dirige una sociedad de la que no posee acciones debían entenderse comprendidas en el concepto de «actividad por cuenta propia». «No veo ninguna razón para apartarse de esa concepción en lo que concierne a las actividades

del señor Wächtler, que dirige MWK Consulting y es titular del 50 % de sus participaciones sociales» (apdo. 46 de las conclusiones).

En consecuencia, una interpretación contraria que excluyese al demandante del concepto de «trabajador autónomo» y, por lo tanto, del ámbito de aplicación del ALCP, no sería compatible con el objeto y el fin de este último y ni constituiría una interpretación de buena fe, ya que lo privaría de su efecto útil. Por un lado, al distinguir entre los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores autónomos, los prestadores de servicios y las personas sin actividad económica y, por otro lado, al clasificar a las personas en cada una de estas categorías principales, «el ALCP pretende abarcar todas las categorías de personas físicas amparadas por la libre circulación de personas y la libertad de establecimiento en el ámbito del Derecho de la Unión» (apdo. 48 de las conclusiones). Negar al señor Wächtler su condición de trabajador autónomo supondría excluirlo de las cuatro categorías de personas contempladas en el ALCP. Sobre todo, cuando se conoce que, en las negociaciones para alcanzar el ALCP, la expresión inicial sobre la intención de «ejercer una actividad independiente» fue sustituida por la de «ejercer una actividad por cuenta propia», finalmente incluida. Elementos todos ellos que demuestran que «pese a definir la actividad de los trabajadores autónomos como una actividad por cuenta propia, la intención común de las partes era abarcar —con excepción de la prestación de servicios— cualquier actividad económica o lucrativa de una persona física no comprendida en el concepto de actividad económica “por cuenta ajena”; motivo por el cual los términos actividad independiente fueron reemplazados por la expresión *actividad por cuenta propia*. En este sentido, incluso un inversor estaría comprendido en el ámbito de aplicación del ALCP como persona que ejerce una actividad por cuenta propia» (apdo. 54 de las conclusiones). Y, puesto que, en el acervo comunitario, los trabajadores autónomos que se establecen en un Estado miembro o prestan servicios transfronterizos también se benefician de la libertad de circulación, el demandante debe disfrutarla plenamente, pues, de lo contrario, las partes contratantes deberían haber excluido expresamente del ámbito de aplicación del ALCP a determinados trabajadores autónomos «en función de sus actividades o de su organización (y creo que), dada la amplitud de su postura al comienzo de las negociaciones, los documentos presentados por la Comisión habrían revelado —desde un momento determinado— la existencia de un enfoque más restrictivo» (apdo. 56 de las conclusiones). En consecuencia, el señor Wächtler se halla comprendido en el ámbito de aplicación del ALCP en su condición de trabajador autónomo y como tal debe ser tratado en la aplicación de la normativa descrita.

4. Sirva este ejemplo, surgido ante un conflicto de naturaleza estrictamente fiscal, para poner de manifiesto las dificultades existentes en el seno de la norma europea para diferenciar, en el caso de un administrador retribuido por su sociedad, la calificación como trabajador por cuenta ajena, por cuenta propia o socio y, por lo tanto, empresario. Una delimitación de complicada factura que, en ocasiones, también se traslada a la legislación nacional cuando, por ejemplo, se califica de trabajador por cuenta propia al socio o consejero a efectos de su encuadramiento en la Seguridad Social, pero se le considera empleador cuando se trata de aplicar medidas de jubilación activa, tal y como se expuso en otro análisis anterior.