SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera)

de 22 de diciembre de 2008 *

En el asunto C-161/07,

que tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto, con arreglo al artículo 226 CE, el 23 de marzo de 2007,

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por los Sres. E. Traversa y G. Braun, en calidad de agentes, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandante,

apoyada por:

República de Lituania, representada por el Sr. D. Kriaučiūnas, en calidad de agente,

parte coadyuvante,

* Lengua de procedimiento: alemán.

contra

República de Austria, representada por las Sras. C. Pesendorfer y M. Winkler, en calidad de agentes, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandada,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera),

integrado por el Sr. P. Jann, Presidente de Sala, y los Sres. M. Ilešič, A. Tizzano (Ponente), A. Borg Barthet y J.-J. Kasel, Jueces;

Abogado General: Sr. M. Poiares Maduro;
Secretaria: Sra. L. Hewlett, administradora principal;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 26 de junio de 2008;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 18 de septiembre de 2008;

dicta la siguiente

Sentencia

1 Mediante su recurso, la Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que declare que la República de Austria ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 43 CE, al haber exigido, para la inscripción de las sociedades en el registro mercantil a petición de los nacionales de los Estados miembros que se adhirieron a la Unión Europea el 1 de mayo de 2004, a excepción de la República de Chipre y de la República de Malta, (en lo sucesivo, «ocho nuevos Estados miembros»), la determinación de su condición de autónomos por el Arbeitsmarktservice (Servicio de empleo; en lo sucesivo, «AMS») o la aportación de una exención del permiso de trabajo.

Marco normativo

Derecho comunitario

2 El artículo 24 del Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la

República de Eslovenia y la República Eslovaca, y a las adaptaciones de los Tratados en los que se fundamenta la Unión (DO 2003 L 236, p. 33; en lo sucesivo, «Acta de adhesión»), está redactado en los siguientes términos:

«Las medidas enumeradas en los anexos V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII y XIV de la presente Acta se aplicarán respecto de los nuevos Estados miembros en las condiciones previstas en dichos anexos.»

3 Los referidos anexos establecen en particular, en su punto 2, párrafo primero, que figura bajo el epígrafe «Libre circulación de personas», que los actuales Estados miembros podrán seguir aplicando, hasta el final del plazo de cinco años a partir de la fecha de adhesión, «medidas nacionales […] para regular el acceso de los nacionales [de los nuevos Estados miembros] a sus mercados de trabajo».

Derecho nacional

4 En virtud de lo dispuesto en el artículo 32 *bis,* en relación con el artículo 1, apartado 2, letras l) y m), de la Ley sobre el empleo de extranjeros (Ausländerbeschäftigungsgesetz), de 20 de marzo de 1975 (BGBl. 218/1975), en su versión actualmente en vigor (BGBl. I, 99/2006; en lo sucesivo, «AuslBG»), ésta se aplicará a los nacionales de los ocho nuevos Estados miembros.

5 El artículo 2 de la AuslBG define el empleo como la realización de una actividad «en el seno de una relación laboral» o «en una relación cuasi laboral».

6 El artículo 2, apartado 4, de la AuslBG está redactado en los siguientes términos:

«A la hora de apreciar estas relaciones a efectos del apartado 2, es importante fijarse en el verdadero contenido económico de los hechos y no en su apariencia externa. De esta forma, existirá empleo a efectos del apartado 2 cuando:

1. un socio de una sociedad de responsabilidad personal e ilimitada, a los fines de lograr los objetivos sociales, o

2. un socio de una sociedad de responsabilidad limitada que tenga una participación inferior al 25 % en esa sociedad, realicen para dicha sociedad actividades que habitualmente se ejercen en el seno de una relación laboral, a menos que la Oficina regional del [AMS] certifique, previa petición al respecto y en un plazo de tres meses, que un socio ejerce personalmente una influencia decisiva en la gestión de la sociedad. La carga de la prueba recae sobre el solicitante. Cuando expire el citado plazo, podrá realizarse la referida actividad incluso sin la certificación exigida. Si se denegase la solicitud después de haber expirado el plazo, deberá ponerse fin inmediatamente a la actividad ya comenzada o bien a más tardar dentro de la semana siguiente a la notificación de la certificación.»

7 El artículo 15 de la AuslBG regula los requisitos necesarios para la concesión de una exención del permiso de trabajo. Dicho precepto está redactado en los siguientes términos:

«(1) Se podrá conceder a un extranjero que no disponga aún de un permiso de trabajo por tiempo indefinido (artículo 17), una exención del permiso de trabajo, previa la solicitud correspondiente:

1. si hubiera desempeñado una actividad autorizada durante al menos cinco de los últimos ocho años en el territorio nacional […] y si dispusiera de una autorización legal de establecimiento, […]

[…]»

Procedimiento administrativo previo

8 Al considerar que el criterio de distinción entre trabajadores autónomos y trabajadores por cuenta ajena establecido en el artículo 2, apartado 4, de la AuslBG constituye una restricción a la libertad de establecimiento garantizada por el artículo 43 CE, la Comisión dirigió, el 21 de marzo de 2005, un escrito de requerimiento sobre este particular a las autoridades austriacas, que respondieron mediante escrito de 19 de mayo de 2005, en el que negaban cualquier infracción de este último artículo.

9 El 6 de julio de 2006, la Comisión dirigió a la República de Austria un dictamen motivado, en el que instaba a dicho Estado miembro a adoptar las medidas necesarias para atenerse a dicho dictamen en un plazo de dos meses contados a partir de la recepción de éste. El 7 de septiembre de 2006, las autoridades austriacas respondieron al citado dictamen, reafirmándose en su postura.

10 En consecuencia, la Comisión decidió interponer el presente recurso.

11 Mediante auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 19 de septiembre de 2007, se admitió la intervención de la República de Lituania en el presente asunto en apoyo de las pretensiones de la Comisión.

Sobre el recurso

Alegaciones de las partes

12 La Comisión alega que la obligación establecida en la legislación nacional de que se trata, consistente en exigir a los nacionales de los ocho nuevos Estados miembros que pretendan inscribir una sociedad en el registro mercantil que estén en posesión, bien de una certificación de la AMS en la que se acredite su condición de trabajador autónomo,

bien de una exención del permiso de trabajo, constituye una restricción injustificada al ejercicio del derecho de establecimiento.

13 Las alegaciones de la Comisión se centran esencialmente en la imputación relativa a la incompatibilidad con el artículo 43 CE del procedimiento de determinación de la condición de autónomo, regulado en el artículo 2, apartado 4 de la AuslBG, dado que son muy pocos los nacionales de dichos Estados miembros que puedan justificar haber desempeñado una actividad autorizada durante cinco años, en el transcurso de los ocho años anteriores a la presentación de la solicitud necesaria para lograr una exención del permiso de trabajo, en los términos del artículo 15 de la AuslBG.

14 La Comisión señala, en primer lugar, que, en virtud del citado artículo 2, apartado 4, se presumirá que un nacional de uno de los citados Estados miembros tiene la condición de trabajador por cuenta ajena, cuando realice, en calidad de socio de una sociedad personalista o de una sociedad de responsabilidad limitada que tenga una participación en el capital social inferior al 25 %, aquellas «prestaciones realizadas típicamente en el seno de una relación laboral». Al exigir que dicho socio desvirtúe tal presunción presentando la prueba de su condición de trabajador autónomo, la citada disposición no sólo supedita el acceso a una actividad por cuenta propia a un requisito adicional con relación a los aplicables a los demás agentes, sino que impide también el ejercicio de dicha actividad económica mientras dure el procedimiento de expedición de la certificación. Por lo tanto, con ello se ve obstaculizada la libertad de establecimiento de los agentes económicos afectados de los ocho nuevos Estados miembros.

15 La Comisión alega, en segundo lugar, que la restricción establecida en el artículo 2, apartado 4, de la AuslBG tiene carácter discriminatorio, debido a que el citado procedimiento es de aplicación a los nacionales de los nuevos Estados miembros en función de su nacionalidad.

16 Además, la citada restricción no puede justificarse, con arreglo al artículo 46 CE, por razones de orden público, en el sentido de la jurisprudencia comunitaria, por cuanto la

República de Austria no ha acreditado la existencia de una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad.

17 En cualquier caso, la obligación de seguir el procedimiento de determinación controvertido no resulta ni necesaria ni proporcionada con respecto al objetivo, invocado por el citado Estado miembro, de luchar contra los posibles abusos de la libertad de establecimiento impidiendo cualquier utilización indebida de ésta con objeto de eludir las restricciones a la libre circulación de los trabajadores.

18 En particular, la inversión de la carga de la prueba, llevada a cabo por la referida disposición con el fin de lograr de un socio aquellas informaciones que permitan verificar la naturaleza verdaderamente autónoma de la actividad económica desempeñada no es la única solución posible para estimular la colaboración de cualquier interesado, contrariamente a lo que afirma el citado Estado miembro. Efectivamente, la Comisión entiende que dicho resultado puede alcanzarse asimismo mediante medidas menos restrictivas, como es el caso de las obligaciones de colaboración impuestas por la ley, en su caso provistas de sanciones.

19 Por otra parte, el procedimiento de autorización previa puede ser sustituido por un control efectuado *a posteriori,* una vez inscrita en el registro la sociedad. De esta forma, los trabajadores autónomos afectados pueden empezar a ejercer sus actividades y las autoridades competentes pueden, a su vez, ordenar que cesen las mismas en aquellos supuestos en que un control hubiese puesto de manifiesto la existencia de un abuso.

20 En su contestación, la República de Austria partió del principio de que la Comisión había fundado indebidamente su recurso en la vulneración de la libertad de establecimiento garantizada por el artículo 43 CE. Dicho Estado estima efectivamente que el procedimiento de determinación previsto en el artículo 2, apartado 4, de la AuslBG está comprendido dentro del ámbito de la libre circulación de los trabajadores y se halla cubierto por la posibilidad que les confiere a los Estados miembros el artículo 24 del Acta de adhesión de restringir, durante el período transitorio, el acceso de los nacionales de los nuevos Estados miembros al mercado de trabajo.

21 Tan sólo los trabajadores por cuenta ajena y los «falsos autónomos», a saber, los socios que se hallan de «forma atípica» en una situación similar a la de un trabajador por cuenta ajena, están sometidos al procedimiento de autorización previa. En cambio, según la República de Austria, aquellos trabajadores autónomos, como es el caso de los socios, que no prestan a la sociedad servicios profesionales característicos de una actividad por cuenta ajena, sino que se limitan a realizar actos de gestión y de disposición de sus participaciones sociales, no están comprendidos dentro del ámbito de aplicación del artículo 2, apartado 4, de la AuslBG, contrariamente a lo que afirma la Comisión.

22 La República de Austria alega asimismo que la finalidad de esta disposición es sancionar una práctica consistente en eludir la obligación de autorización previa para el acceso a una actividad por cuenta ajena mediante la creación de sociedades, a través de los dos supuestos que contempla la citada disposición. Ahora bien, contrariamente a lo que piensa la Comisión, no existen medios menos restrictivos para oponerse a dicha práctica. En particular, un control *a posteriori* sería demasiado tardío y no permitiría evitar perturbaciones del mercado de trabajo, como declaró el Tribunal de Justicia en su sentencia de 22 de enero de 2002, Canal Satélite Digital (C-390/99, Rec. p. I-607). De la misma forma, la norma reguladora de la carga de la prueba, que la Comisión ha criticado, constituye el único método adecuado para verificar si, efectivamente, la actividad desempeñada por un socio es de carácter autónomo, ya que una mera obligación de cooperación no basta para controlar la observancia del citado requisito. En efecto, los interesados no tienen ningún interés en cooperar en aquellos casos en que se hayan eludido las leyes.

23 Por último, el citado Estado miembro alega que el plazo máximo de tres años es razonable puesto que, en la práctica, el procedimiento de determinación frecuentemente se da por concluido con un tiempo de espera insignificante para el interesado, en particular cuando se acredite de forma evidente su condición de autónomo.

Apreciación del Tribunal de Justicia

24 Con carácter preliminar, debe recordarse que el concepto de establecimiento en el sentido del Tratado CE es un concepto muy amplio, que implica la posibilidad de que un nacional comunitario participe, de forma estable y continua, en la vida económica de un Estado miembro distinto de su Estado de origen, y de que se beneficie de ello,

favoreciendo así la interpenetración económica y social en el interior de la Comunidad Europea en el ámbito de las actividades por cuenta propia (véase la sentencia de 14 de septiembre de 2006, Centro di Musicologia Walter Stauffer, C-386/04, Rec. p. I-8203, apartado 18 y jurisprudencia citada).

25 A la luz de este concepto así circunscrito, procede, en primer lugar, rechazar la alegación de la República de Austria según la cual la legislación nacional controvertida está comprendida exclusivamente dentro del ámbito de la libre circulación de los trabajadores y, más en concreto, de la excepción transitoria prevista en el punto 2, párrafo primero, de los anexos V a XIV del Acta de adhesión.

26 Efectivamente, consta en autos y se deduce más concretamente de las alegaciones formuladas por dicho Estado miembro, que la referida legislación somete a determinadas formalidades administrativas, siempre que concurran ciertos requisitos, a todos los nacionales de los ocho nuevos Estados miembros que pretendan ejercer una actividad económica en Austria, en calidad de socios de una sociedad personalista o de una sociedad de responsabilidad limitada, con el fin de distinguir, entre dichos nacionales, a los que ejercen realmente una actividad por cuenta propia de aquellos otros que posean, efectivamente, la condición de trabajador por cuenta ajena. De ello se desprende que la Comisión puede cuestionar fundadamente la compatibilidad de los artículos 2 y 15 de la AuslBG con el artículo 43 CE, en la medida en que tales disposiciones nacionales son de aplicación en particular a los trabajadores por cuenta propia y regulan el ejercicio de su libertad de establecimiento.

27 Debe recordarse, en segundo lugar, que, según reiterada jurisprudencia, la libertad de establecimiento que el artículo 43 CE reconoce a los nacionales comunitarios implica para estos últimos el derecho a acceder a las actividades por cuenta propia y a su ejercicio, así como a la creación y a la gestión de las empresas en idénticas condiciones a las fijadas por la legislación del Estado miembro de establecimiento para sus propios nacionales (véanse, en este sentido, las sentencias de 9 de marzo de 1999, Centros, C-212/97, Rec. p. I-1459, apartado 19, y de 14 de diciembre de 2006, Denkavit Internationaal y Denkavit France, C-170/05, Rec. p. I-11949, apartado 20).

28 Dicho de otra forma, el artículo 43 CE prohíbe a cada Estado miembro prever en su legislación, para las personas que hagan uso de su libertad de establecerse en él, condiciones para el ejercicio de sus actividades que sean diferentes de las fijadas para sus propios nacionales (sentencia de 28 de enero de 1986, Comisión/Francia, 270/83, Rec. p. 273, apartado 24).

29 Pues bien, en el presente caso, la legislación nacional controvertida infringe precisamente dicha prohibición en la medida en que somete tan sólo a los nacionales de los ocho nuevos Estados miembros a la exigencia de acreditar la inexistencia de una actividad por cuenta ajena mediante la presentación de la certificación prevista en el artículo 2, apartado 4, de la AuslBG o bien de la exención del permiso de trabajo a que se refiere el artículo 15, apartado 1, de esta misma Ley.

30 De esta forma, por un lado, el acceso de dichos nacionales comunitarios al ejercicio de una actividad económica en calidad de socios de una sociedad personalista o de una sociedad de responsabilidad limitada en la que posean menos del 25 % del capital está supeditado a unos requisitos y a unas formalidades adicionales con relación a los que se aplican a los propios nacionales. Por otro lado, en el supuesto de que se siguiera el procedimiento de certificación previsto en el artículo 2, apartado 4, de la AuslBG, el propio ejercicio, por parte de los nacionales de los ocho nuevos Estados miembros, de su actividad económica quedará suspendido durante la tramitación del citado procedimiento, a saber, durante un período de tres meses como máximo.

31 Por lo tanto, la legislación nacional controvertida dispensa un trato distinto por razón de la nacionalidad prohibido, en principio, por el artículo 43 CE.

32 Procede, pues, examinar, si dicha diferencia de trato está comprendida dentro de la excepción contemplada en el artículo 46 CE, a tenor del cual las medidas discriminatorias sólo podrán estar justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas.

33 Sobre este particular, la República de Austria, que invoca un motivo relativo a la protección del orden público, alega que las referidas medidas pretenden esencialmente luchar contra posibles abusos de la libertad de establecimiento, impidiendo cualquier incumplimiento de las normas transitorias aplicables a la libre circulación de los trabajadores, con el fin de salvaguardar el interés de la sociedad austriaca en el correcto funcionamiento del mercado de trabajo y en la igualdad de las condiciones de competencia en el citado mercado.

34 No puede acogerse esta argumentación.

35 Efectivamente, según ha aclarado el Tribunal de Justicia en numerosas ocasiones, el concepto de orden público implica, por una parte, una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad y, por otra parte, como toda justificación a una excepción de un principio fundamental del Tratado, debe ser objeto de interpretación restrictiva (véanse en este sentido, en particular, las sentencias de 9 de marzo de 2000, Comisión/Bélgica, C-355/98, Rec. p. I-1221, apartado 28; de 13 de diciembre de 2007, Comisión/Italia, C-465/05, Rec. p. I-11091, apartado 49, y de 19 de junio de 2008, Comisión/Luxemburgo, C-319/06, aún no publicada en la Recopilación, apartado 50).

36 De la jurisprudencia se desprende asimismo que las razones que pueden ser invocadas por un Estado miembro para justificar una excepción al principio de la libertad de establecimiento deberán ir acompañadas de un análisis de la oportunidad y de la proporcionalidad de la medida restrictiva adoptada por dicho Estado miembro, así como de los datos precisos que permitan corroborar su argumentación (véase, por analogía, la sentencia Comisión/Luxemburgo, antes citada, apartado 51 y jurisprudencia citada).

37 Sin embargo, en el caso de autos, es preciso señalar que la República de Austria se ha limitado a invocar en términos generales un riesgo de elusión de las normas transitorias que regulan la libertad de circulación de los trabajadores procedentes de los ocho nuevos Estados miembros por parte de supuestos «falsos autónomos», sin aportar

ningún dato preciso que permita acreditar que la posibilidad de tales infracciones a las citadas normas suponga una vulneración real y suficientemente grave de un interés fundamental de la sociedad.

38 Además, aun suponiendo que el citado riesgo de elusión de las citadas normas pueda irrogar tal perjuicio al orden público, debe señalarse que el Estado miembro demandado no ha acreditado de modo suficiente con arreglo a Derecho ni que la finalidad consistente en el correcto funcionamiento del mercado de trabajo que persigue la legislación controvertida haga necesaria la creación de un sistema de autorización general y previa, aplicable a todos los operadores afectados de los ocho nuevos Estados miembros ni que la citada finalidad no pueda alcanzarse con medidas menos restrictivas de la libertad de establecimiento.

39 En realidad, como sugieren la Comisión y la República de Lituania, unas medidas menos restrictivas que las aplicadas por la legislación nacional controvertida, como el establecimiento de controles administrativos periódicos que lleve aparejadas, en su caso, unas obligaciones en materia de comunicación de informaciones por parte de los operadores económicos potencialmente afectados, podrían garantizar un resultado similar, al permitir comprobar si determinadas actividades económicas se ejercen efectivamente con carácter autónomo o bien en el marco de una relación laboral por cuenta ajena.

40 Las posibilidades de tal sistema se incrementan si se tiene en cuenta que, como confirmó la República de Austria en la vista, las disposiciones nacionales controvertidas van dirigidas esencialmente al sector de la construcción y, por lo tanto, a la creación de sociedades que ejerzan actividades de cierta duración. Contrariamente a lo que señala el citado Estado miembro, un control efectuado *a posteriori,* tras la inscripción en el

registro de una sociedad, no tiene lugar necesariamente, por lo tanto, con retraso, sino que permite al propio tiempo a los trabajadores autónomos de que se trate comenzar a ejercer su actividad y a las autoridades competentes ordenar que cese la misma en aquellos casos en los que una comprobación hubiese puesto de manifiesto la existencia de un abuso.

41 En consecuencia, no está justificada la restricción a la libertad de establecimiento resultante de la legislación nacional controvertida.

42 En estas circunstancias, procede declarar que la República de Austria ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 43 CE al haber exigido, para la inscripción de sociedades en el registro mercantil a petición de nacionales de los ocho nuevos Estados miembros, socios de una sociedad personalista o socios minoritarios de una sociedad de responsabilidad limitada, la determinación de su condición de autónomos por el AMS o la aportación de una exención del permiso de trabajo.

Costas

43 A tenor del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por haber solicitado la Comisión que se condene en costas a la República de Austria y haber sido desestimados los motivos formulados por esta última, procede condenarla en costas.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) decide:

1) **Declarar que la República de Austria ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 43 CE al haber exigido, para la inscripción de sociedades en el registro mercantil a petición de nacionales de los Estados miembros que se adhirieron a la Unión Europea el 1 de mayo de 2004, a excepción de la República de Chipre y de la República de Malta, socios de una sociedad personalista o socios minoritarios de una sociedad de responsabilidad limitada, la determinación de su condición de autónomos por el Arbeitsmarkservice o la aportación de una exención del permiso de trabajo.**

2) **Condenar en costas a la República de Austria.**

Firmas