

**INICIO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL EN ALEMANIA. ¿ES RECOMENDABLE
TODAVÍA LA CONTRATACIÓN DE UN COMERCIAL?**

**BEGINN DER GESCHÄFTSTÄTIGKEIT IN DEUTSCHLAND. IST DIE EINSTELLUNG
EINES VERTRIEBSMITARBEITERS NOCH EINE GUTE OPTION?**

Tradicionalmente han intentado las empresas españolas (y de otros países) abrirse camino en Alemania contratando un trabajador en el marco del así llamado Home Office (teletrabajo) con las funciones de comercial, alternativamente con un comisionista o agente comercial. La idea subyacente es esperar a constituir una empresa hasta poder valorar si las oportunidades comerciales son favorables. La contratación de un trabajador suele ser ventajosa en comparación con un agente independiente si las ventas alcanzan cierto volumen o si se desea exclusividad o control. En todo caso hay que diferenciar entre el derecho laboral y el fiscal. De hecho es - todavía - posible tener un trabajador (cuestión laboral) independientemente de la existencia de un establecimiento permanente (cuestión meramente fiscal). Esta situación podría cambiar muy pronto, por lo que hay que estar alerta.

Por este motivo hemos recopilado las preguntas más importantes que suelen surgir al tomar la decisión de contratar un trabajador:

1. ¿Ha de pagar la empresa a Hacienda el Lohnsteuer (equivalente a la retención del Impuesto sobre la Renta en España)?

La existencia de esta obligación depende de si hay un establecimiento permanente o no, lo cual habrá de ser aclarado por un asesor fiscal alemán. Los costes para la empresa no varían, pues el Lohnsteuer se descuenta del sueldo bruto.

Si no existiera un establecimiento permanente, la empresa no estaría obligada a efectuar la retención indicada. El trabajador, en caso de estar obligado a pagar el impuesto de la renta en Alemania (normalmente por tener aquí su domicilio durante el año natural), tendría que aclarar con la Hacienda alemana qué anticipos al impuesto de la renta tendría que pagar y en qué plazos.

La existencia de un establecimiento permanente conduciría al pago del Lohnsteuer por la empresa. La misma puede tener otras consecuencias, por ejemplo en el marco del impuesto de sociedades o actividades económicas, llevanza de una contabilidad separada, etc., por lo que es una cuestión de gran relevancia.

2. ¿Cuándo puede existir un establecimiento permanente?

Para determinar si existe o no un establecimiento permanente habrá que atender primero a los tratados internacionales o de doble imposición (por ej. Tratado de doble imposición España-Alemania 2012, Art. 5) , y subsidiariamente al derecho alemán (§§ 12,13 AO). En la práctica se comprueba si el derecho fiscal alemán confiere la postestad impositiva, y, en este caso, se confirmará si el tratado internacional establece algo contrario.

Destacamos dos hechos importantes a mero título informativo que podrían conducir a la existencia de un establecimiento permanente:

- a) El que la empresa tenga una **sede real**, es decir una oficina propia o un ámbito en el que pueda actuar y decidir. Generalmente, éste no sería el caso si se acuerda la prestación del trabajo en el marco del Home Office, pues normalmente la empresa no tiene un derecho de uso de parte de la casa del trabajador. A otra interpretación podría conducir el pago de un alquiler, el conservar una llave, etc.
- b) La existencia de la llamada “Vertreterbetriebsstätte”, o sea, el mero hecho que la empresa tenga un **representante en el país, con un poder** que le permita celebrar negocios en nombre de la misma, conduciría a la existencia del establecimiento permanente. Remito al Art. 5 (especialmente Cifra 5) del Tratado de doble imposición España-Alemania:
https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Tributaria/CDI/BOE_Alemania_2012.pdf.

Hasta ahora podía depender la existencia de un establecimiento permanente de los acuerdos tomados con el trabajador; en el futuro se espera una interpretación más favorable a las Haciendas públicas.

3. ¿Ha de pagar la empresa la Seguridad Social en Alemania?

Si el lugar de prestación del trabajo es Alemania sin existir un desplazamiento de trabajadores, la empresa está obligada a pagar las cuotas a la seguridad social según determinen las leyes aplicables. Si no existe un establecimiento permanente, la empresa puede acordar con el trabajador que sea él el responsable del pago de estas cuotas a la seguridad social (Art. 21 (2) Reglamento (CE) 987/09). Pero la empresa responde del pago subsidiariamente.

4. Previsibles cambios en el futuro inmediato, Modelo de convenio de la OECD, MLI

Con la creciente globalización son también mayores los intentos de armonizar las legislaciones fiscales a nivel internacional. Para evitar la doble imposición internacional se han firmado los Convenios de Doble Imposición (en adelante CDI), normalmente bilaterales. En la práctica se ha observado que determinadas empresas internacionales han usado estos convenios y sus vacíos legales precisamente para no pagar impuestos en ninguno de los dos países, en detrimento de ambos.

La base de estos convenios en los países desarrollados es el Modelo de Convenio de la OCDE, en la UE salvaguardando las normas comunitarias, que sirve para interpretar los CDI.

Precisamente para evitar la no imposición (evasión fiscal), además de la doble imposición y para garantizar que el beneficio de una empresa tribute allí donde se origine, se ha procedido en el marco de la OCDE a elaborar un Tratado Multilateral (en adelante MLI, Multilateral Convention to Implement Treaty related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting) en el marco de un proyecto llamado BEPS (Base Erosion and Profit Shifting), que precisamente en su punto de acción 15 prevé la elaboración del convenio multilateral, para corregir los defectos de los tratados bilaterales. Naturalmente podría cada Estado con su parte contratante modificar el CDI

concreto, pero las negociaciones para ello llevarían mucho tiempo. De este modo se ha creado un instrumento que puede tener validez general, pero no de forma automática. Primero han de adherirse los países al convenio; segundo han de declarar en el instrumento de adhesión qué CDI concretos se han de ver afectados por el convenio. Este es el caso de España y Alemania; ambos se han adherido en el año 2017 y han incluido el CDI 2012. En tercer lugar, los países tienen la potestad de reservarse la no aplicación de determinados artículos concretos (reservations). Por lo general, sólo si ambos Estados de un convenio concreto no han presentado reservas en la aplicación de una norma se puede considerar que es aplicable. Con ello se dificulta enormemente el examen de los distintos CDI. El siguiente paso es la modificación concreta de los CDI. Remitimos para mayor información a las páginas web siguientes: <http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-signatories-and-parties.pdf>; https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Tributaria/CDI/Documentacion/Convenio%20multilateral_ES_Posicion%20espanola.PDF

En este sentido, el modelo de convenio de la OCDE, que sirve como norma de interpretación de los convenios, se modificó en el año 2017. Un cambio importante (entre muchos otros) es la definición del representante de la empresa, que puede fundamentar la existencia de un establecimiento permanente (art. 5). En la nueva definición no se exige un poder (civil o mercantil) y que el representante pueda firmar contratos en nombre de la empresa, sino es suficiente que éste juegue un papel fundamental en las negociaciones. Ese es el caso por ej. si la empresa cierra los contratos sin exigir cambios fundamentales.

Según la nueva definición podría pasar que no sólo un trabajador comercial, sino también un comisionista o incluso un agente comercial que trabajara en exclusiva para la empresa fundamentaran la existencia de un establecimiento permanente (ver también el art. 12 MLI “Elusión artificiosa del estatus de establecimiento permanente a través de acuerdos de comisión y estrategias similares”, artículo para el que, no obstante, existe una reserva del Estado alemán).

Como el CDI 2012 España-Alemania aún no se ha modificado formalmente, hay cierta inseguridad jurídica, pues el CDI 2012 y el MLI coexisten paralelamente. Mientras no se modifique el CDI 2012 o por lo menos en Alemania no se promulgue una ley de transposición (Umsetzungsgesetz) puede haber diferencias de interpretación. En conclusión, existe una cierta inseguridad jurídica, que podría llevar a las Haciendas estatales a aplicar las nuevas normas para conseguir más ingresos.

Por ello recomendamos una consulta a su asesor fiscal alemán sobre la reacción de las Haciendas locales antes de tomar una decisión. En función de la estructura o fines de la empresa, podría ser más seguro el constituir una sociedad alemana desde un principio, para lo que estamos a su entera disposición.

5. ¿Qué obligaciones tiene la empresa extranjera que contrata un trabajador en Alemania desde el punto de vista del derecho laboral?

Desde el punto de vista del derecho laboral no hay ninguna diferencia con las obligaciones de una sociedad alemana, partiendo de la aplicación del derecho laboral alemán. Teniendo sólo un trabajador en Alemania no es aplicable la Ley de protección al despido.

6. ¿Qué regulaciones laborales son importantes actualmente desde el punto de vista de la empresa extranjera?

- El control de la jornada laboral, difícil desde el extranjero y especialmente en el caso de un comercial.

El legislador alemán aún no ha elaborado la ley que obligue a las empresas a implementar métodos de control de la jornada laboral diaria, como exigido por la sentencia del TJUE del 14.05.2019 (Asunto C-55/18), a diferencia del legislador español; a pesar de ello, hasta que haya claridad en el asunto convendría equiparse con los medios para controlarlo, así como en el país de origen, especialmente si pudiera existir un derecho a remuneración.

- La remuneración del tiempo empleado en viajes.

Por lo general, es tiempo de trabajo el viaje realizado durante la jornada laboral, o el que se hace fuera de la jornada laboral conduciendo un automóvil (el trabajador no puede ejercer otra actividad, o sea trabaja), si es por indicación de la empresa o es necesario para cumplir las obligaciones laborales, mientras sea de aplicación el derecho alemán.

La siguiente pregunta que se plantea es cómo ha de remunerarse ese tiempo de trabajo que se dedica a viajes necesarios, mediante aplicación de los §§ 611.a II y 612 II BGB (código civil alemán). Si se realiza durante la jornada laboral, el trabajador recibe la remuneración acordada contractualmente. En los otros casos ha de recibir la remuneración "habitual" (acorde con § 612 II BGB). Esto significa que la remuneración de estas horas pueda ser inferior al salario acordado, (presentando dificultades prácticas su fijación, por ello sería recomendable regularlo contractualmente). Esa remuneración se puede entender compensada con el salario, si éste es elevado. Según la jurisprudencia del BAG (Tribunal Superior de lo Social en Alemania), será éste el caso si el trabajador gana más del tope máximo de la base imponible del Seguro de Jubilación, que en el año 2020 asciende en Alemania occidental a EUR 82.800 brutos anuales (o EUR 6.900,00 brutos mensuales) y en Alemania del Este a EUR 77.400 brutos anuales (o EUR 6.450,00 brutos mensuales).

Este artículo es una mera información de carácter general y no es un asesoramiento concreto, no pudiendo asumir responsabilidad por su aplicación al caso concreto. Especialmente no se ha de entender como un asesoramiento de tipo fiscal, campo en el que no asesoramos. En su caso, podemos recomendarle un asesor fiscal alemán que hable español.

Para cualquier asesoramiento concreto relativo a una inversión empresarial en Alemania y el asesoramiento continuo de su empresa en Alemania en su idioma estamos a su entera disposición. No dude en contactar con nosotros.

**English Short Summary:
Start of business activity in Germany.
Is it still advisable to hire a sales representative?**

As of 2017, many OECD countries, including Spain and Germany, have committed to modify international double taxation treaties. This circumstance, as well as other labor or commercial law aspects, should be considered when planning an investment in Germany.

Villingen-Schwenningen, 18.05.2020

Eva Camiña Giral
Rechtsanwältin

ÜBER SCHRADE & Partner / About SCHRADE & Partner:

SCHRADE & Partner berät Mandanten auf allen Gebieten des Wirtschaftsrechts an den Standorten Villingen-Schwenningen, Singen, Berlin, Freiburg und Lahr. Schwerpunkte der Tätigkeit von SCHRADE & Partner bilden das Gesellschafts- & Handelsrecht, Arbeitsrecht, Wettbewerbsrecht, Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht, Erbnachfolge, Sanierungs- und Restrukturierungsberatung und das Recht des Gesundheitswesens. Wir beraten unsere Mandanten insbesondere bei der Gründung oder bei dem Erwerb bzw. dem Verkauf von Unternehmen, Umstrukturierungs- und Umwandlungsvorgängen und dem Gang an die Börse sowie bei allen sonstigen Fragen der vertraglichen Gestaltung und der Rechtsberatung des laufenden Geschäftsbetriebs. Im internationalen Bereich beraten wir unsere Mandanten im Rahmen unseres Verbundes SCHRADE EWIV in Zusammenarbeit mit befreundeten Anwaltskanzleien in Österreich, Italien, Frankreich, Polen, Tschechien, Ungarn und der Slowakei sowie in Kooperation mit Steuerberatungs- bzw. Wirtschaftsprüfungsgesellschaften. Unsere tägliche Arbeit ist immer geprägt von unserem Credo:

SCHRADE

Wir geben der Wirtschaft Recht.

SCHRADE & Partner advises clients in all fields of business law with offices in Villingen-Schwenningen, Singen, Berlin, Freiburg and Lahr. Furthermore, we offer legal counsel within the legal Framework of our network SCHRADE EEIG together with law firms in Austria, Italy, France, Poland, Czech Republic, Hungary and Slovakia and in cooperation with tax and auditing firms. Our daily work is guided by our principle:

“Helping businesses in enforcing their rights.”

Kontakt zu der Autorin dieser NEWS / Contact the authors of this NEWS:

Eva Camiña Giral
Rechtsanwältin (abogada)/ Attorney-at-law
SCHRADER & PARTNER RECHTSANWÄLTE PartmbB
Max-Planck-Str. 11
78052 Villingen-Schwenningen / Germany
Telefon: +49/7721/20626-420
Telefax: +49/7721/20626-100
eva.camina-giral@schrade-partner.de
www.schrade-partner.de

