

Roj: STS 7793/2011
Id Cendoj: 28079130032011100521
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 278/2010
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Noviembre de dos mil once.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso contencioso-administrativo número 278/2010 interpuesto por la ASOCIACIÓN PROVINCIAL DE EMPRESARIOS TRANSITARIOS EXPEDIDORES INTERNACIONALES Y ASIMILADOS DE SANTA CRUZ DE TENERIFE (ATEIA), representada por el Procurador D. Ramiro Reynolds Martínez, contra el *Real Decreto 335/2010, de 19 de marzo*, por el que se regula el derecho a efectuar declaraciones en aduana y la figura del representante aduanero; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La Asociación Provincial de Empresarios Transitarios Expedidores Internacionales y Asimilados de Santa Cruz de Tenerife (ATEIA) interpuso ante esta Sala, con fecha 10 de junio de 2010, el recurso contencioso-administrativo número 278/2010 contra el *Real Decreto número 335/2010, de 19 de marzo*, por el que se regula el derecho a efectuar declaraciones en aduana y la figura del representante aduanero.

Segundo.- En su escrito de demanda, de 21 de octubre de 2010, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó que se dictase sentencia "por la que se estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto y se declare que el *Real Decreto 335/2010, de 19 de marzo*, no es ajustado a Derecho, anulándolo". Por otrosí interesó el recibimiento a prueba.

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 23 de noviembre de 2010, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala que dictase sentencia "desestimando el recurso".

Cuarto.- Practicada la prueba declarada pertinente por auto de 29 de noviembre de 2010 y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, por providencia de 21 de septiembre de 2011 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 22 de noviembre siguiente, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Es objeto del presente recurso el *Real Decreto número 335/2010, de 19 de marzo*, por el que se regula el derecho a efectuar declaraciones en aduana y la figura del representante aduanero. Aunque la recurrente (la Asociación Provincial de Empresarios Transitarios Expedidores Internacionales y Asimilados de Santa Cruz de Tenerife, en acrónimo ATEIA) solicita en su demanda la declaración de nulidad de toda la disposición reglamentaria, el examen de los argumentos en que funda su pretensión permite concluir que ésta debe entenderse limitada a parte del *artículo 4 del Real Decreto*, como acto seguido expondremos.

En efecto, la censura de la disposición reglamentaria se basa en que no permite reconocer la condición de representante aduanero a personas jurídicas que hasta la aprobación del *Real Decreto 335/2010* la venían

ejerciendo en la modalidad indirecta (en nombre propio y por cuenta ajena), entre ellas a los empresarios transitarios expedidores de transporte. Es cierto que la nueva regulación consiente que dichas personas jurídicas asuman la representación aduanera si previamente han obtenido el *status* de "operador económico autorizado" (en lo sucesivo, OEA) definido en el *artículo 5 bis del Reglamento (CEE) número 2913/92 del Consejo, de 12 de octubre de 1992*, por el que se aprueba el Código Aduanero Comunitario. Pero precisamente la crítica al *Real Decreto 335/2010* que la demandante mantiene es que las personas jurídicas, aun cuando no cuenten con el reconocimiento de dicho *status* singularizado, deberían poder asumir la representación de sus clientes ante las autoridades aduaneras (y que no existen razones suficientes para prohibirlo) al igual que las personas físicas. E invoca a estos efectos cómo desde el *Real Decreto 1889/1999* dichas personas jurídicas -en concreto, los transitarios- han venido ejerciendo la representación aduanera indirecta, conforme a las normas españolas y comunitarias que lo autorizaban, al margen de su condición de "operador económico autorizado".

Segundo.- Al resolver la pieza de medidas cautelares de este recurso ya expusimos cómo el *Real Decreto 1889/1999*, regulación precedente a la ahora impugnada, invocaba precisamente el *artículo 5.1 del Reglamento 2913/1992* (Código Aduanero Comunitario) para reconocer que toda persona podía hacerse representar ante las autoridades aduaneras para la realización de los actos y formalidades establecidos en la normativa aduanera, haciendo uso de cualquiera de las dos modalidades de representación previstas, la directa o la indirecta. Aun cuando la primera se reservaba en España exclusivamente a favor de los agentes y comisionistas de aduanas, la armonización comunitaria se hacía en el sentido de liberalizar la segunda modalidad (representación indirecta) a favor de, entre otras, las personas jurídicas que, por previsión legal, se hallaren capacitadas para el ejercicio de manera habitual de funciones de intermediación en operaciones de tráfico exterior de mercancías. En estos términos lo venía a reconocer la Orden del Ministerio de Hacienda de 9 de junio de 2000.

La prueba practicada ha puesto de manifiesto, entre otros extremos, que la mayor parte de las personas inscritas en el censo oficial "de representación indirecta" para actuar ante la Aduana bajo esta modalidad de representación, antes de abril de 2010, eran precisamente personas jurídicas que ejercían determinadas formas de intermediación en el sector de los transportes, esto es, personas jurídicas autorizadas como operadores de transportes.

Apreciábamos también en la fase cautelar que "[...] aun cuando no sea este el momento para hacer estimaciones sobre el fondo de las cuestiones objeto de debate, hemos de subrayar que en el curso del incidente cautelar la Administración del Estado no ha expuesto ante la Sala argumentos sólidos, de orden específico, en cuya virtud se justifique la supresión de la capacidad de representación hasta ahora conferida a aquellos operadores económicos. Afirma la Asociación recurrente, sin respuesta adecuada por la Administración estatal, que en la mayoría de los países europeos las personas jurídicas pueden ejercer la actividad de representación aduanera sin que ninguna disposición del Código Aduanero Comunitario obste a ello. Alega igualmente, también sin réplica suficiente de la Administración del Estado, que la supresión objeto de litigio deja a los transitarios españoles en unas condiciones de desigualdad competitiva respecto a los operadores y empresas transitarias europeas."

Tercero.- Pues bien, el análisis definitivo, ya en la fase de resolución de fondo, de los escritos de demanda y contestación y de las pruebas practicadas (singularmente del informe remitido a la Sala por el Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Tributaria) conducirá a la parcial estimación de la demanda, a la vista de que la Administración del Estado no ha ofrecido justificación suficiente para impedir a las personas jurídicas establecidas en España -y simultáneamente permitírsele a las personas físicas- que asuman la representación de sus clientes. La prohibición contrasta, repetimos, con la posibilidad que en sentido contrario permanece abierta a las personas físicas: éstas pueden, según el *Real Decreto 335/2010*, ostentar la representación de cualquier otra persona sin necesidad de estar en posesión del certificado OEA.

Ni en el procedimiento de elaboración del *Real Decreto* ni en su preámbulo ni en la contestación del Abogado del Estado a la demanda ni en el informe aportado por el Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Tributaria al ramo de prueba se han presentado argumentos sólidos que justifiquen el trato diferente dado a agentes económicos (personas físicas o jurídicas) que en definitiva pretenden realizar las mismas funciones de representación. Y, desde luego, no es argumento válido el relativo a la diferente responsabilidad patrimonial de unas y otras (ilimitada en las físicas, según se dice, y limitada en las jurídicas) para responder de las consecuencias de sus actos y de las deudas tributarias, pues existen otros mecanismos adecuados a fin de garantizar el pago de éstas.

En efecto, no se justifica por qué es posible que en España actúen como representantes aduaneros las personas físicas que superen unas determinadas pruebas de aptitud (pues a esto se reducen, en realidad, además de a la inscripción registral, los requisitos a que se refiere el *apartado primero del artículo 4 del Real Decreto 335/2010*) y no las personas jurídicas que operan como intermediarios autorizados en el sector de los transportes internacionales. Bastaría, para adquirir o demostrar aquella aptitud, que se exigiesen las correspondientes pruebas a los administradores de las sociedades o a los agentes o empleados de las personas jurídicas que éstas designen para llevar a cabo sus relaciones con la Aduana cuando pretendan ejercer la representación de sus clientes. Que para ello no existe ningún obstáculo lo demuestra precisamente el *artículo 14 del Reglamento (CE) 450/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008* por el que se establece el código aduanero comunitario (código aduanero modernizado), cuando condiciona la atribución del *estatuto OEA (también, por lo tanto, para los operadores constituidos bajo la forma de persona jurídica)* a que sus titulares tengan una trayectoria adecuada de cumplimiento de los requisitos aduaneros y fiscales y dispone que, si quieren beneficiarse de los procedimientos simplificados previstos en la legislación aduanera, deben demostrar "un nivel adecuado de competencia o de cualificaciones profesionales directamente relacionadas con la actividad que ejerza". La aptitud o cualificación profesional exigible a las personas físicas es, pues, extensible a las jurídicas.

Cuarto.- La atribución del estatuto OEA es, a tenor del Código Aduanero comunitario (tanto en la versión modificada del *Reglamento 2913/92* como en la de *Reglamento (CE) 450/2008*), voluntaria. Quiérese decir que está abierta, pero no impuesta, a las empresas que deseen actuar ante las autoridades aduaneras exhibiendo un marchamo adicional de calidad, un certificado que aporta valor añadido a su negocio. El certificado OEA permite, en efecto, a su titular presentarse en el mercado como sujeto aduanero "recto y fiable" que ha demostrado previamente su solvencia, competencia y cualificaciones, factores en cuya consideración se le otorga aquel estatuto para operar, bien en el ámbito de la simplificación aduanera bien en el de la "seguridad y protección" aduaneras.

Que tal certificado OEA no es preciso para asumir las funciones de representación se deriva, por un lado, del propio régimen general comunitario y, por otro, en el sistema implantado por el *Real Decreto 335/2010* , del hecho de que en España se permita a las personas físicas ejercer como representantes aduaneros sin el referido certificado. El Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Tributaria reconoce en su informe a la Sala que el representante aduanero es, en efecto, una figura "distinta" del OEA.

Ciertamente el *artículo 11.2 del Reglamento (CE) 450/2008* permite a los Estados determinar, de conformidad con el Derecho comunitario, las condiciones en las que un representante aduanero podrá prestar servicios en el Estado miembro en que esté establecido. Esta posibilidad (que lo es sin perjuicio de que todos los Estados miembros asuman que los OEA pueden actuar en cualquiera de ellos, indistintamente, si cumplen los criterios establecidos en el *artículo 14* , letras a) a d), de aquel Reglamento) se esgrime por la Administración del Estado para tratar de justificar que su margen de discrecionalidad le permite sujetar a todas las personas jurídicas establecidas en España que pretendan ser representantes aduaneros a los requisitos exigibles para ser OEA.

Dicha tesis no puede mantenerse si simultáneamente el titular de la potestad reglamentaria permite a las personas físicas ejercer funciones de representación sin el estatuto o certificado OEA. Como ya hemos afirmado, no existe razón válida que justifique en este caso el trato diferencial dado a unas personas y a otras en tanto que agentes económicos activos en el mismo tráfico internacional de mercancías.

En la demanda se han expuesto otros argumentos que sustentan la pretensión anulatoria. La interpretación del referido *artículo 11.2 del Reglamento (CE) 450/2008* sólo permitiría, según los recurrentes, determinar las condiciones de ejercicio pero no prohibir en cuanto tal que las personas jurídicas ostenten la cualidad de representante aduanero, al margen del estatuto OEA. A tenor del *artículo 4 de aquel Reglamento* el "representante aduanero" es toda persona (física o jurídica) nombrada por otra persona para ejecutar los actos y formalidades necesarios en virtud de la legislación aduanera en sus relaciones con las autoridades aduaneras, definición comunitaria que no consentiría la restricción impuesta por el *Real Decreto impugnado*. Y, además, el *considerando décimo* del tan citado *Reglamento (CE) 450/2008* afirma que "ninguna ley de un Estado miembro debe poder reservar este derecho de representación" ante las autoridades aduaneras.

No es necesario pronunciarse en esta sentencia sobre estos y otros argumentos adicionales una vez que, en la hipótesis más favorable para la tesis de la Administración demandada, la posibilidad que le confiere el *artículo 11.2 del Reglamento (CE) 450/2008* (y, en el mismo sentido, los reglamentos comunitarios precedentes) no puede ejercitarse, como en el *Real Decreto 335/2010* se ha hecho, de modo que introduzca

diferencias discriminatorias entre unas personas, las físicas, y otras, las jurídicas, que pretendan desempeñar idénticas funciones de representación aduanera.

Quinto.- Por lo demás, las leyes nacionales que se aducen en el preámbulo del *Real Decreto 335/2010 para dar cobertura a sus disposiciones* no avalan las restricciones relativas a las personas jurídicas que acabamos de examinar. Tanto la *Ley 17/2009, de 23 de noviembre*, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, como la *Ley 25/2009, de 22 de diciembre*, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, mediante las que se incorpora al ordenamiento jurídico español 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, tienen como finalidad, entre otras, suprimir las trabas o requisitos no justificados a la prestación de servicios.

Pues bien, si de lo que se trata es, conforme a aquellas leyes, de liberalizar, facilitar y eliminar obstáculos no justificados a la prestación de servicios (en este caso, aduaneros) es más lógico que se amplíen las formas de acceso a la actividad de representante aduanero y no que justamente se haga lo contrario, esto es, se restrinja el acceso hasta ahora abierto a las personas jurídicas que operan en el sector de los transportes internacionales. Cuando la nueva restricción, consistente en la imposición indiscriminada del certificado OEA, se les exige sólo a ellas y no al resto de agentes (personas físicas) habilitados para ejercer las mismas funciones representativas, se viene instaurar en definitiva un "requisito no justificado" para la prestación de los servicios que dichas personas jurídicas suministran en el sector aduanero.

El titular de la potestad reglamentaria ya había procedido en su día (**Real Decreto 1889/1999**) a "liberalizar una de las dos modalidades de representación" (la indirecta), de modo que la presentación de declaraciones ante la Aduana podía ser hecha valiéndose de un representante designado al efecto, representante que en aquella modalidad podía ser cualquier persona jurídica. Sin justificación válida, repetimos, esta medida liberalizadora adoptada en el año 1999 se restringe en el año 2010, en los términos ya expuestos, en sentido contrario a las normas legales que supuestamente -según el preámbulo del *Real Decreto 335/2010* - le proporcionan cobertura.

Sexto.- El recurso ha de ser, pues, estimado de modo parcial. No procede acoger la súplica de la demanda en cuanto dirigida contra el *Real Decreto 335/2010 en su conjunto pues el resto de sus preceptos* son ajenos a la cuestión objeto de debate. Y la pretensión ejercitada se satisface si declaramos contrario al ordenamiento jurídico, y anulamos, el término "física" (dentro de la expresión "persona física") que incluye el *artículo 4, apartado primero*, letra a), del texto reglamentario. Al eliminar dicho adjetivo las personas jurídicas establecidas en España podrán ser representantes aduaneros tanto si tienen el *estatuto OEA (pues queda incólume el apartado 2 del mismo artículo 4)* como si carecen de él pero cumplen las mismas condiciones exigibles, sin diferenciación, a toda "persona" con independencia de que sea física o jurídica.

No nos corresponde, a tenor del *artículo 71.2 de la Ley Jurisdiccional*, determinar la forma en que un eventual nuevo desarrollo reglamentario podría configurar la redacción ulterior de las letras a) y b) del citado *apartado uno del artículo 4 del referido Real Decreto*, para ponerlas en sintonía con este pronunciamiento. En este mismo sentido, una vez que la medida cautelar adoptada en su momento por esta Sala pierde su vigor al recaer sentencia (*artículo 132 de la Ley Jurisdiccional*) recobra su efectividad la *disposición derogatoria inserta en el Real Decreto 335/2010*.

Consideramos que no procede anular aquella disposición derogatoria y, en concreto, no hay por qué imponer a la Administración que se atenga necesariamente a lo establecido en las normas expresamente derogadas por el **Real Decreto**. En concreto, por no referirnos sino a las más próximas al objeto de controversia, no hay por qué reputar contraria al ordenamiento jurídico la derogación del *Real Decreto 1889/1999, de 13 de diciembre*, por el que se regula el derecho a efectuar declaraciones de aduana; de la Orden del Ministerio de Hacienda, de 9 de junio de 2000, por la que se regula el derecho a efectuar declaraciones de aduana; y de la Resolución del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, de 12 de julio de 2000 relativa al derecho a efectuar declaraciones de aduana.

Dentro de los poderes normativos del titular de la potestad reglamentaria está el de derogar sus propias disposiciones y la pretensión anulatoria ejercitada en este recurso se satisface, según hemos afirmado, con la anulación del inciso ya reseñado, lo que basta para que las personas jurídicas puedan ejercer, aun al margen del estatuto OEA, sus funciones de representación aduanera. Es cierto que la derogación de aquellas otras disposiciones, unida al reconocimiento que hacemos en esta sentencia, pudiera originar determinados

problemas de ajuste, problemas que pueden ser resueltos haciendo uso precisamente de las facultades normativas en manos del Gobierno y de la Administración General del Estado.

Séptimo. - De conformidad con lo dispuesto en el *artículo 139.1 de la Ley 29/1998* , no ha lugar a la imposición de las costas causadas, al no concurrir temeridad o mala fe en las posiciones procesales de las partes.

Octavo.- Para dar cumplimiento al *artículo 107.2 de la Ley Jurisdiccional* procede la publicación del fallo de esta sentencia en el Boletín Oficial del Estado.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Primero.- Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo 278/2010, interpuesto por la Asociación Provincial de Empresarios Transitarios Expedidores Internacionales y Asimilados de Santa Cruz de Tenerife contra el *Real Decreto número 335/2010, de 19 de marzo* , por el que se regula el derecho a efectuar declaraciones en aduana y la figura del representante aduanero, disposición general de la que anulamos el término "física" (dentro de la expresión "persona física") que incluye el *artículo 4, apartado primero* , letra a).

Segundo.- No hacer imposición de costas.

Tercero.- Ordenar la publicación de este fallo en el Boletín Oficial del Estado.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Pedro Jose Yague Gil.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricados.
PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.