CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. GIUSEPPE TESAURO presentadas el 13 de diciembre de 1991 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

Es objeto del presente recurso la normativa portuguesa relativa a la presentación de declaraciones aduaneras por cuenta ajena por parte de una categoría de agentes, las empresas de tránsito, que compiten con los agentes oficiales de aduanas en la prestación de tales servicios. A juicio de la Comisión, dicha normativa resulta incompatible con el Reglamento (CEE) nº 3632/85 del Consejo, de 12 de diciembre de 1985, por el que se definen las condiciones en que está facultada una persona para hacer una declaración aduanera (DO L 350, p. 1; EE 02/15, p. 244), en cuanto que prohíbe a las empresas de tránsito presentar declaraciones aduaneras por cuenta ajena, al menos con carácter profesional.

Voy a resumir brevemente los elementos esenciales de las disposiciones comunitarias y nacionales aplicables. Para todo lo demás me remito al informe para la vista.

La normativa comunitaria

El Reglamento nº 3632/85 define los requisitos para que una persona pueda efectuar declaraciones aduaneras. Con dicho fin, el artículo 2 del Reglamento establece que la declaración aduanera podrá ser hecha por cualquier persona que esté en condiciones de presentar o de hacer que se presente al servicio de aduana competente la mercancía de que se trate y la documentación exigida. Con arreglo al artículo 3, la declaración aduanera podrá hacerse de tres maneras distintas:

a) en nombre y por cuenta propios;

b) en nombre y por cuenta ajena, es decir, mediante mandato con representación;

c) en nombre propio y por cuenta ajena, es decir, mediante mandato sin representación.

El apartado 2 del artículo 3 dispone, sin embargo, que la posibilidad de hacer la declaración en la forma prevista en la letra c) únicamente podrá ejercerse cuando los Estados miembros así lo hayan dispuesto.

El apartado 3 del artículo 3 dispone que, cuando un Estado miembro autorice la posibilidad de hacer declaraciones aduaneras en nombre propio y por cuenta ajena, podrá reservar a las personas que ejerzan, como actividad no asalariada, la profesión consistente en hacer declaraciones aduaneras, bien

* Lengua original: italiano.

a título principal, bien a título accesorio de otra actividad, el derecho de:

a) hacer declaraciones en nombre y por cuenta ajena; *o bien de*

b) hacer declaraciones en nombre propio y por cuenta ajena.

Por otra parte, el artículo 6 estipula que el Reglamento no se opone a las disposiciones de los Estados miembros que reserven, con arreglo a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 3, el ejercicio de la profesión consistente en hacer declaraciones aduaneras, bien en nombre y por cuenta ajena, bien en nombre propio y por cuenta ajena, a las personas facultadas a tal fin por las autoridades competentes del Estado miembro de que se trate, en las condiciones definidas por el mismo en lo que se refiere en particular a las cualificaciones profesionales requeridas y a las garantías que se consideren necesarias para el ejercicio de la profesión.

La normativa nacional

Por lo que se refiere a la normativa nacional relevante en el caso de autos, me limitaré a señalar únicamente los puntos siguientes.

En primer lugar, el régimen aduanero portugués prevé que las declaraciones aduaneras podrán hacerse tanto mediante mandato con representación como mediante mandato sin representación (y también, como es obvio, en nombre y por cuenta propios).

En segundo lugar, la legislación portuguesa contempla una categoría profesional específica que ejerce la actividad consistente en hacer declaraciones aduaneras por cuenta ajena. Tal categoría profesional la constituyen los agentes oficiales de aduanas, a los que se refiere el apartado 4 del artículo 426 de la Ley de Reforma Aduanera (en lo sucesivo, «Reforma Aduanera»).[1] Los referidos agentes oficiales son por ley los únicos que pueden actuar en virtud de mandatos sin representación. Por lo tanto, disfrutan de una exclusiva absoluta en lo que atañe a esta fórmula de mandato. Por otra parte, tienen también la facultad de actuar en virtud de mandatos con representación.

En tercer lugar, las partes están de acuerdo en que la normativa de que se trata permite que sujetos distintos de los agentes oficiales hagan declaraciones aduaneras por cuenta ajena.[2] Pero con una doble limitación:

— los referidos sujetos tan sólo podrán actuar en nombre y por cuenta ajena, quedando el mandato sin representación reservado exclusivamente a los agentes oficiales;

— los referidos sujetos, a diferencia de los agentes oficiales, *no pueden actuar con carácter profesional*, es decir, que están autorizados para representar únicamente a un solo mandante, no pudiendo representar, pues, a una pluralidad de personas.

En cuarto lugar, por lo que se refiere específicamente a las empresas de tránsito —sociedades mercantiles cuya actividad viene regulada por el Decreto-Ley

1 — Decreto-Ley nº 46311, de 27 de abril de 1965, modificado por el Decreto-Ley nº 450, de 7 de octubre de 1980.

2 — Se trata de los sujetos facultados con arreglo a los apartados 1 a 3 del artículo 426 de la Reforma Aduanera.

nº 43/83, de 25 de enero de 1983— con arreglo al apartado 4 del artículo 7 del mismo, tales empresas «no podrán desempeñar la actividad a que se refiere el artículo 426» de la Reforma Aduanera, es decir, la actividad consistente en hacer declaraciones aduaneras.

Las argumentaciones de las partes

El presente recurso por incumplimiento versa sobre la compatibilidad del apartado 4 del artículo 7 del Decreto nº 43/83 con el apartado 3 del artículo 3 del Reglamento nº 3632/85.

A este respecto, la Comisión alega que el apartado 4 del artículo 7 establece la prohibición *absoluta* de que las empresas de tránsito lleven a cabo declaraciones aduaneras. Estas empresas, por consiguiente, no pueden actuar ni en virtud de mandatos sin representación (modalidad que la legislación portuguesa reserva exclusivamente a los agentes oficiales de aduanas), ni en virtud de mandatos con representación.

Según la Comisión, es evidente que tal situación resulta contraria al apartado 3 del artículo 3 del Reglamento. En efecto, este apartado autoriza a que los Estados reserven a una categoría profesional tan sólo *una* de las dos modalidades de mandato. La otra modalidad, por el contrario, no puede ser objeto de ninguna exclusiva y, por consiguiente, debe resultar libremente accesible a todos los interesados. Ahora bien, en el caso de autos, por efecto del apartado 4 del artículo 7 del Decreto nº 43/83, las empresas de tránsito tienen vedado el ejercicio de *ambas* fórmulas de mandato.

El Gobierno portugués reconoce que el apartado 4 del artículo 7 resultaría incompatible con el Reglamento si impidiese *con carácter absoluto* que las empresas de tránsito actuasen como mandatarios. Ahora bien, el Gobierno portugués considera que la referida imputación debe considerarse infundada porque la Comisión se basó en una interpretación errónea de la normativa nacional de que se trata. La verdad es que el artículo 7, a pesar de su letra, no prohíbe con carácter absoluto que las empresas de tránsito hagan declaraciones aduaneras por cuenta ajena. Si se interpreta sistemáticamente, es decir, a la luz de la generalidad de las disposiciones de la Reforma Aduanera, la norma tiene por objeto prohibir únicamente a las empresas de tránsito el ejercicio de la referida actividad *con carácter profesional.* Por consiguiente, al igual que los otros sujetos a que se refiere el artículo 426 de la Reforma Aduanera, dichas empresas de tránsito pueden presentar declaraciones en nombre y por cuenta ajena, pero están autorizadas para actuar exclusivamente como *mandatarios de un único cliente.*

Para responder a tal argumento, la Comisión aduce que, aun suponiendo que el apartado 4 del artículo 7 tenga el alcance que le atribuye el Gobierno portugués, seguirá teniendo vigencia la infracción imputada.

Según la Comisión, en efecto, el apartado 3 del artículo 3 del Reglamento nº 3632/85 garantiza que una de las dos modalidades de mandato no quede reservada a una categoría profesional y que, por consiguiente, pueda ser libremente ejercida por los interesados. Teniendo en cuenta que el Reglamento comunitario no pone ningún límite a dicho ejercicio, debe admitirse que el mandato que no sea objeto de reserva *también* ha de poder ejercerse *con carácter profesional.* Por lo tanto, la restricción que la legis-

lación portuguesa establece al respecto resulta en cualquier caso incompatible con la normativa comunitaria.

El alcance del apartado 4 del artículo 7 del Decreto nº 43/83

Por lo que se refiere a la interpretación del apartado 4 del artículo 7, debe ponerse de relieve que, en la vista, la Comisión ha insistido en afirmar que la norma prohíbe con carácter absoluto que las empresas de tránsito hagan declaraciones aduaneras, mientras que el Gobierno demandado ha replicado puntualmente que las empresas de tránsito están autorizadas a presentar tales declaraciones, en nombre y por cuenta ajena, siempre que no actúen con carácter profesional.

Ahora bien, ante tal disparidad de puntos de vista, creo que ni la fase escrita del procedimiento ni la vista han logrado disipar las dudas existentes al respecto ni determinar con seguridad el alcance efectivo de la controvertida disposición.

Es verdad que el texto de la norma, en la medida en que dispone en términos generales y sin ulteriores precisiones que las empresas de tránsito no podrán desempeñar la actividad a la que se refiere el artículo 426 de la Reforma Aduanera, parece confirmar el punto de vista de la Comisión.

El citado artículo 426, en efecto, es la norma que especifica las diversas categorías de personas facultadas para presentar declaraciones aduaneras. A la luz de la lógica, por consiguiente, parece que la restricción del apartado 4 del artículo 7 pretende excluir de dichas categorías a las empresas de tránsito.

Pero también es verdad que el Gobierno portugués ha asegurado que el apartado 4 del artículo 7 nunca ha sido entendido ni aplicado en ese sentido. Más concretamente, nunca se ha prohibido a las empresas de tránsito presentar declaraciones en nombre y por cuenta ajena, sino únicamente que presenten con carácter profesional tales declaraciones.

Ahora bien, debe ponerse de relieve que la Comisión no ha facilitado ningún elemento adecuado para desmentir tal afirmación. En particular, no sólo no ha hecho referencia a alguna práctica administrativa, sino que ni siquiera se ha referido a un solo caso concreto en que a una empresa de tránsito se le haya prohibido presentar declaraciones en nombre y por cuenta ajena sin carácter profesional. Y debe subrayarse la circunstancia de que la Comisión no hubiese encontrado excesivas dificultades en procurarse elementos de ese tipo, teniendo en cuenta que actuó de común acuerdo con las empresas de tránsito interesadas, las cuales, por lo demás, fueron quienes iniciaron este litigio mediante sus reclamaciones.

Por lo tanto, me parece que, en el caso de autos, no puede considerarse que se haya determinado el alcance de la normativa controvertida. Por consiguiente, considero que el Tribunal de Justicia no puede declarar que la República Portuguesa ha infringido el Derecho comunitario al mantener en vigor una normativa que prohíbe *con carácter absoluto* que una categoría de agentes —las empresas de tránsito— presenten declaraciones aduaneras en nombre y por cuenta ajena.

Lo anterior no es suficiente, sin embargo, para decidir que se desestime el recurso.

En primer lugar, se podría observar al respecto que el texto del apartado 4 del artículo 7 es por lo menos ambiguo, en la medida en que, desde un punto de vista objetivo, da pie a considerar que excluye con carácter absoluto el que las empresas de tránsito presenten declaraciones aduaneras. Así pues, parece posible criticar la norma al menos en cuanto que no garantiza la imprescindible seguridad jurídica, impidiendo que los destinatarios, y los terceros en general, tengan cabal conocimiento del alcance de sus propios derechos.

Ahora bien, dicha inseguridad podría constituir por sí misma un incumplimiento de las obligaciones comunitarias, puesto que el apartado 3 del artículo 3 del Reglamento nº 3632/85 reconoce a las empresas de tránsito, así como a cualesquiera otros agentes, el derecho a presentar declaraciones aduaneras por cuenta ajena. De ello se deduce que la inseguridad que genera el texto de la norma puede prejuzgar el ejercicio de las facultades que confiere el Derecho comunitario, lo cual, como resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la ejecución de la Directiva, equivale a una aplicación indebida de las disposiciones comunitarias de que se trata (véase la reciente sentencia de 28 de febrero de 1991, Comisión/Alemania, C-131/88, Rec. p. I-825).

Una vez precisado lo anterior, no creo, sin embargo, que éste sea el camino que ha de seguirse en el caso de autos. En efecto, debe ponerse de relieve que el presente litigio no tiene por objeto el carácter inseguro y ambiguo de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 7 del Decreto nº 43/83, sino su incompatibilidad sustancial con el apartado 3 del artículo 3 del Reglamento nº 3632/85, y que dicha incompatibilidad subsistiría —a juicio de la Comisión— aunque el apartado 4 del artículo 7 tuviese efectivamente el alcance que le atribuye el Gobierno demandado.

Este es el motivo, por otra parte, de que la propia Comisión, aun siendo plenamente consciente, ya desde la vía administrativa previa (como resulta del escrito de requerimiento), de la falta de claridad del apartado 4 del artículo 7, no haya solicitado al Tribunal de Justicia, con carácter subsidiario, que se pronunciase sobre el extremo de si procedía declarar, en consecuencia, que la República Portuguesa había incumplido las obligaciones comunitarias en la medida en que mantuvo en vigor una disposición ambigua. Es decir, una disposición que, por el modo en que está formulada, podría interpretarse en el sentido de que niega con carácter absoluto a determinados agentes económicos unos derechos que, por el contrario, les atribuye la legislación comunitaria.

En realidad, lo que la Comisión solicita al Tribunal de Justicia —aun cuando tal aspecto no sea evocado en las pretensiones del recurso— es que declare que el apartado 4 del artículo 7 seguiría siendo incompatible con el apartado 3 del artículo 3 del Reglamento nº 3632/85 aunque fuese interpretado con arreglo a los criterios señalados por el Gobierno portugués. Por lo tanto, la cuestión que procede examinar es la de si lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 7, interpretado en relación con las disposiciones de la Reforma Aduanera, resulta contrario a la citada norma del Reglamento, en la medida en que se prohíbe que una categoría de agentes —las empresas de tránsito— presenten declaraciones aduaneras en nombre y por cuenta ajena con carácter *profesional*.

El alcance del apartado 3 del artículo 3 del Reglamento nº 3632/85

Quizá sea oportuno precisar a este respecto que, como puso de relieve en la vista la Comisión, el Reglamento nº 3632/85 constituye el punto de convergencia de dos sistemas diferentes de regulación de las declaraciones aduaneras. En efecto, con motivo de las negociaciones se enfrentaron, por un lado, las posiciones de aquellos Estados en los que dicha actividad se reserva con carácter exclusivo a una categoría profesional determinada, y, por otro, las de aquellos Estados en los que se desconoce por completo dicha reserva y en los que, por consiguiente, cualquier agente puede presentar declaraciones por cuenta ajena.

Considerada desde este punto de vista, la *ratio* del apartado 3 del artículo 3 del Reglamento emerge de un modo bastante transparente. En efecto, la norma se manifiesta como una solución de compromiso destinada a conciliar, en la medida de lo posible, dos exigencias antagónicas. Por un lado, autoriza que se mantenga una exclusión en favor de los agentes oficiales de aduanas, pero, por otro lado, circunscribe taxativamente dicha exclusiva a una sola de las dos fórmulas de mandato, haciendo posible, por lo tanto, que con respecto a la fórmula no cubierta por la exclusiva pueda desarrollarse una libre competencia entre los agentes económicos interesados.

Con otras palabras, el apartado 3 del artículo 3 articula un reconocimiento limitado, mínimo, de la categoría profesional de los agentes oficiales de aduanas, en el sentido de que pretende evitar que estos últimos detenten un monopolio absoluto del servicio de que se trata, así como que disfruten de una especie de renta de posición cuyos efectos sobre el comercio intracomunitario no pueden ser sino perjudiciales. En sintonía con lo que el Tribunal de Justicia hubo de afirmar en la sentencia de 25 de octubre de 1979, Comisión/Italia (159/78, Rec. p. 3247), el régimen que configura el Reglamento pretende, pues, velar por que los importadores de mercancías no se vean constreñidos, para efectuar declaraciones aduaneras, a dirigirse exclusivamente a los agentes oficiales, sino que puedan gozar de cierta libertad de elección entre los diversos tipos de agentes económicos que compiten entre sí.

Por lo demás, tal objetivo es plenamente coherente con la exigencia, más genérica, de tutelar la libre circulación de las mercancías. En efecto, la necesidad de «pasar» por la mediación de los agentes oficiales se traduce en un despilfarro de recursos y, sobre todo, en un incremento de los costes que incide negativamente en las mercancías importadas.

Es evidente, pues, que si la *ratio* del apartado 3 del artículo 3 consiste en garantizar a los importadores, aunque sólo sea en el ámbito de una forma determinada de mandato, la libertad de dirigirse, en su caso, a mandatarios distintos de los agentes oficiales, tal facultad de elección deberá poder ejercerse de modo *efectivo*. Lo cual requiere que los mandatarios distintos de los agentes oficiales puedan actuar con carácter *profesional*.

En efecto, me parece evidente que si a los mandatarios (no oficiales), que ya se encuentran desfavorecidos por el hecho de poder actuar únicamente en el ámbito de *una sola* fórmula de mandato, se les vedase asimismo el ejercicio *profesional* de la actividad de declaraciones aduaneras, no se ofrecería a los importadores ninguna libertad de elección efectiva. En efecto, si cada mandatario (no oficial) tan sólo pudiese actuar por cuenta de un solo importador, la posibilidad de que los importadores se dirijan a agentes distin-

tos de los agentes oficiales se vería limitada hasta el punto de no constituir, en el ámbito comercial, una alternativa auténtica y efectiva a dichos agentes oficiales.

Por consiguiente, considero que, conforme a su *ratio*, el apartado 3 del artículo 3 configura y garantiza una alternativa *profesional* entre los agentes oficiales y los demás agentes (aunque sólo sea en el ámbito de la fórmula de mandato no sujeta a exclusiva).

De lo anterior se deduce que aun cuando —como afirma el Gobierno portugués— el alcance del apartado 4 del artículo 7 del Decreto nº 43/83, interpretado en relación con las disposiciones de la Reforma Aduanera, consista tan sólo en limitar con respecto a las empresas de tránsito el ejercicio profesional de la actividad de efectuar declaraciones aduaneras, tal limitación resulta incompatible con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 3 del Reglamento nº 3632/85. En efecto, la referida limitación convierte en meramente hipotética y priva de efectos concretos a la alternativa entre los agentes oficiales y los demás competidores.

Ciertamente que puede ser verdad, como indica el Gobierno portugués, que la interpretación que propugna reduzca notablemente la posibilidad de acción de los agentes oficiales. En efecto, resulta verosímil que aquellas empresas que para la importación de mercancías utilizan los servicios de una empresa de tránsito no vean la conveniencia de recurrir a los agentes oficiales para efectuar la declaración aduanera si la propia empresa de tránsito puede también actuar como mandatario para tramitar las formalidades relativas a dicha declaración.

No obstante lo anterior, considero que semejantes dificultades no pueden tener influencia alguna en la interpretación del apartado 3 del artículo 3. En efecto, como se ha puesto de relieve más de una vez, esta última disposición no pretende ciertamente proporcionar una renta de situación a los agentes oficiales (quienes, en cualquier caso, disfrutan de una exclusiva con respecto a una de las dos formas de mandato), sino que, por el contrario, tiene por objeto proporcionar a los importadores una libertad de elección efectiva, libertad que, para no ser meramente formal, deberá poder ejercerse con carácter profesional.

En vista de todo lo expuesto, propongo al Tribunal de Justicia que:

1) Declare que la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Reglamento (CEE) nº 3632/85, en la medida en que el apartado 4 del artículo 7 del Decreto-Ley nº 43/83, de 25 de enero de 1983, prohíbe a una categoría de agentes, las empresas de tránsito, el ejercicio con carácter profesional de la actividad consistente en presentar declaraciones aduaneras en nombre y por cuenta ajena.

2) Condene en costas a la República Portuguesa.