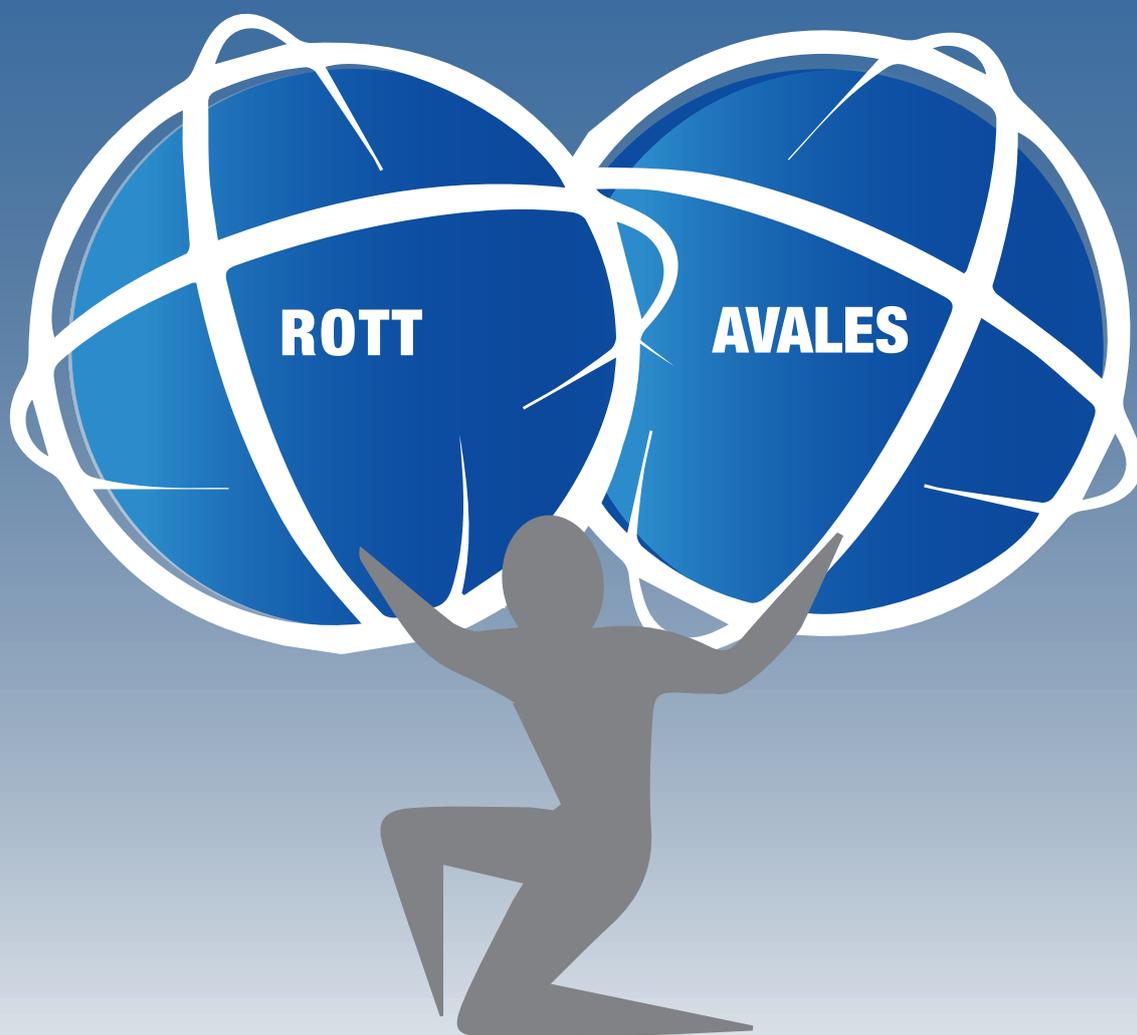


# Empresa Transitaria

EL ANUARIO DE LOS OPERADORES LOGISTICOS

Núm. 16

Junio 2019



**JUNIO  
2019**

feteia@feteia.org

www.feteia.org

## INDICE

### EDITORIAL

**ENRIC TICÓ** - Presidente FETEIA-OLTRA y FUNDACION FETEIA **Pág. 3**

### MODIFICACIONES DEL ROTT QUE MÁS PUEDEN AFECTAR A LOS TRANSITARIOS : UN COMENTARIO SOBRE SU LEGALIDAD

**MANUEL M. VICENS** · Secretario General y Asesor Jurídico FETEIA-OLTRA **Pág. 4**

### AVALES ADUANEROS\_ GARANTÍA PARA LA ADMINISTRACIÓN Y ALTO RIESGO PARA EL TRANSITARIO-REPRESENTANTE ADUANERO

**CESÁREO FERNÁNDEZ** · Secretario Técnico FETEIA-OLTRA **Pág. 14**

**Edita:**

FUNDACIÓN FETEIA

Vía Laietana, 32-34 · 4º · 08003 BARCELONA

Tel. +34 932 689 430 · feteia@feteia.org · www.feteia.org



## Enric Ticó

Presidente

FETEIA-OLTRA y Fundación FETEIA

# DOS REFLEXIONES JURIDICAS NECESARIAS

Dado la buena crítica y el interés que suscitó la anterior edición especial de la Revista “La Empresa Transitaria”, en la que se discernían y evaluaban los principales retos que la uniformidad aduanera a nivel comunitario genera a las empresas transitarias de nuestro país, este año volvemos a publicar una edición especial haciendo hincapié en algunos aspectos jurídicos que afectan especialmente a la actividad de los transitarios y representantes aduaneros.

Y es que en un contexto de importantes cambios normativos, las empresas de nuestro sector seguimos demandando estabilidad. Es por esto que desde FETEIA-OLTRA apelamos al sentido común de las administraciones y que las modificaciones normativas se hagan teniendo en cuenta el funcionamiento real del mercado, teniendo siempre presente que las PYMES –que siguen jugando un papel fundamental dentro de nuestro colectivo- son especialmente sensibles a estos cambios y que por lo tanto debemos protegerlas de manera muy especial. Los transitarios movemos más del 80% de la carga... y de manera exitosa, por lo que es imprescindible que al pensar en una modificación en la normativa que nos afecta, se tenga también en cuenta muy especialmente la opinión de FETEIA-OLTRA, la voz de la carga.

Así pues, en este número os ofrecemos dos artículos elaborados por dos de los abogados con más prestigio de nuestro país en temas relacionados con nuestro sector, que nos permiten brillantemente interpretar –y por lo tanto, saber adaptarnos mejor- a dichos cambios:

-“*Modificaciones del ROTT que más pueden afectar a los Transitarios: un comentario sobre su legalidad*” es un trabajo de Manuel M. Vicens, Secretario General y Asesor Jurídico de nuestra Federación, que analiza con precisión en qué medida las modificaciones de un reglamento tan importante como el ROTT afectarán a nuestro colectivo.

-“*Avales aduaneros: garantía para la administración y alto riesgo para el transitario-representante aduanero*”, artículo de nuestro Secretario Técnico, Cesáreo Fernández, de imprescindible lectura para los transitarios que actúen como Representantes Aduaneros directos.

Estoy seguro que su lectura será muy interesante para todos.



XI CONGRESO

**FETEIA**

19-21 SEPT 2019 · A S T U R I A S

**Transitarios 5.0**  
**Personas al Servicio de las Personas**

# MODIFICACIONES DEL ROTT<sup>1</sup> QUE MÁS PUEDEN AFECTAR A LOS TRANSITARIOS<sup>2</sup> : UN COMENTARIO SOBRE SU LEGALIDAD

**MANUEL M. VICENS MATAS**

**Secretario General y Asesor Jurídico FETEIA-OLTRA**

Las novedades más importantes que aporta la nueva versión del ROTT dada por el Real Decreto 70/2019, de 15 de febrero, se centran, por lo que aquí interesa, en la figura del gestor de transporte y en la pérdida de la honorabilidad por reiteración de infracciones. Estas dos novedades se apoyan básicamente en el Reglamento (CE) 1071/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por el que se establecen las normas comunes relativas a las condiciones que han de cumplirse para el ejercicio de la profesión de transportista por carretera y por el que se deroga la directiva 96/26/CE del Consejo, así como en el Reglamento 2016/403 de la Comisión, de 18 de marzo de 2016, por el que se completa el Reglamento antes citado.

## **A.- EL GESTOR DEL TRANSPORTE**

### **a) Obligación de disponer de un gestor de transporte**

Se trata de una figura instituida por la normativa europea y la LOTT con la finalidad de que las empresas puedan cumplir con el requisito de la competencia profesional (artículo 47 de la LOTT).

Por tanto, todas las empresas a las que resulte aplicable la LOTT, y entre ellas las transitarias como pertenecientes a las que se denominan “actividades auxiliares y complementarias del transporte” (artículos 2 y 121 de la LOTT), están obligadas a disponer de un gestor de transporte para acreditar su competencia profesional.

### **b) Quién puede ser gestor de transporte**

El gestor de transporte habrá de ser una persona física, vinculada realmente a la empresa, dotada de un certificado de competencia profesional<sup>3</sup>, y a la que corresponderá dirigir efectiva y permanentemente sus actividades de transporte, previa la superación del correspondiente examen.

---

<sup>1</sup> Cuando en el presente texto nos refiramos al ROTT --Reglamento de la LOTT-- estaremos aludiendo al texto modificado por el Real Decreto 70/2019, de 15 de febrero. Asimismo, cuando nos refiramos a la LOTT --Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres-- estaremos aludiendo al texto modificado por la Ley 9/2013 de 4 de junio.

<sup>2</sup> Todo lo que se diga en el texto respecto a los transitarios es aplicable igualmente a las empresas de actividades auxiliares y complementarias del transporte que se contemplan en el Título IV de la LOTT (operadores de transporte, agencias de transporte, operadores logísticos, etc.), siempre que al mismo tiempo no compatibilicen sus actividades con la de transportista por carretera o dispongan de vehículos de transporte.

<sup>3</sup> Corresponde expedir el certificado de competencia profesional al Director General de Transportes Terrestres del Ministerio de Fomento o al órgano competente de la Comunidad Autónoma a la que dicha competencia haya sido delegada por el Estado.

Este examen está sujeto a las normas que se establecen en el Anexo II del Reglamento (CE) 1071/2009, y del que podrán ser eximidos los titulares de las titulaciones universitarias o de formación profesional cuya obtención implique haberse examinado de las materias que integran el programa contenido en el referido Anexo<sup>4</sup> (artículos 47 de la LOTT y 111 y 114 del ROTT) .

El gestor podrá ser el propio empresario individual titular de la autorización o un tercero. La muerte o incapacidad física del gestor deberá ser cubierta por otro gestor debidamente acreditado en el plazo máximo de 3 meses; sin embargo, cuando el gestor fuese el empresario individual titular de la autorización, el plazo para su reemplazo será de 6 meses, pudiendo prorrogarse por otros 3 (artículo 111 del ROTT).

### c) Vinculación real del gestor de transporte con la empresa

La vinculación real del gestor con la empresa se acreditará de la siguiente forma:

i) tratándose de una empresa persona física, si su titular es a su vez el gestor de transporte, tendrá que resultar acreditado que está dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social a tiempo completo en un grupo de cotización no inferior al que corresponde a los jefes administrativos y de taller. No obstante, se admitirá que el gestor esté afiliado en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, si tuviese con el titular de la empresa una relación de parentesco justificativa de esa posibilidad (artículo 113. 1, letra a) del ROTT);

ii) tratándose de una persona jurídica, el gestor de transporte deberá, asimismo, estar afiliado a tiempo completo en el Régimen General de la Seguridad Social en un grupo de cotización no inferior al que corresponda a los jefes administrativos y de taller. Además, en este caso el gestor de transporte podrá ser también cualquiera de las personas físicas que participe en el capital social de la entidad en un porcentaje igual o superior al 15%, si dicha persona está dada de alta en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda (artículo 113. 1, letra b) del ROTT);

iii) una misma persona podrá ejercer también como gestor de transporte de distintas personas jurídicas cuando el capital de estas pertenezca en más de un 50% a un mismo titular, bastando en dicho supuesto con que cumpla el requisito de estar dado de alta en el régimen de la Seguridad Social que corresponda en una de tales personas jurídicas, debiendo realizar la totalidad de las funciones a cargo del gestor de transporte en cada una de ellas (artículo 113.3 del ROTT).

### d) Dirección efectiva y permanente de las actividades de la empresa

Para cumplir con el requisito relativo a la dirección efectiva y permanente de las actividades de la empresa, exigido por el artículo 47.a) de la LOTT, el ROTT, en su artículo 112, detalla una serie de funciones (14), que necesariamente, –“al menos”, dice el artículo— deberá llevar a cabo el gestor de transporte. Tales funciones, literalmente transcritas, son las siguientes:

*“a) Verificar que la empresa cuenta con cuantas autorizaciones, licencias o permisos resulten exigibles para prestar los servicios y actividades de transporte que realice y que continúa cumpliendo en todo momento los requisitos exigidos para su obtención.*

---

<sup>4</sup> Dichas materias se encuentran distribuidas en las siguientes áreas de conocimiento: elementos de Derecho civil, mercantil, laboral y fiscal; gestión comercial y financiera de la empresa; acceso a los mercados; normas y explotación técnica; y seguridad vial.

*b) Supervisar que los contratos de transporte y demás documentación mercantil emitida o suscrita por la empresa en relación con la contratación de operaciones y actividades de transporte se ajusten a la legalidad vigente.*

*c) Supervisar que todos aquellos otros transportistas u operadores de transporte de mercancías con los que, en su caso, la empresa contrate servicios o actividades de transporte se encuentren autorizados para prestarlos.*

*d) Supervisar que la empresa cumpla adecuadamente cuantas obligaciones le incumban en relación con la expedición, suscripción, utilización y conservación de documentos de control relativos a su actividad de transporte.*

*e) Supervisar que la contabilidad de la empresa refleje adecuadamente todas las operaciones que guarden relación con su actividad de transporte.*

*f) Organizar el trabajo de los conductores de la empresa teniendo en cuenta la reglamentación vigente sobre jornada laboral y sobre tiempos de conducción y descanso.*

*g) Supervisar que todos los vehículos utilizados por la empresa se encuentren habilitados para circular, habiendo superado las inspecciones técnicas que resulten exigibles, y tienen instalados y en condiciones de funcionar el tacógrafo, el limitador de velocidad y cuantos otros instrumentos de control sean obligatorios.*

*h) Señalar los criterios bajo los que se llevará a cabo el mantenimiento de los vehículos de la empresa.*

*l) Supervisar que todos los conductores de la empresa sepan cómo utilizar correctamente el tacógrafo y hayan sido instruidos acerca del adecuado cumplimiento de la legislación en materia de tiempos de conducción y descanso.*

*j) Supervisar la asignación de vehículos y conductores de la empresa a cada uno de los servicios que aquella realice.*

*k) Supervisar que los conductores a los que se asigne cada servicio se encuentran en posesión de cuantos permisos, habilitaciones o certificaciones en vigor resulten exigibles para llevarlo a cabo y conocen las condiciones de transporte que hayan de tenerse en cuenta por razón de sus características.*

*l) Supervisar que los vehículos asignados a cada servicio se adecúan a las características de este y se encuentran correctamente señalizados y acondicionados para realizarlo y que sus conductores conocen el peso y las dimensiones máximas de la carga y el número máximo de viajeros que pueden transportar.*

*m) Supervisar que la prestación de los servicios públicos de transporte regular de viajeros de uso general de que la empresa sea, en su caso, contratista se ajusta a lo establecido en el correspondiente contrato de gestión y en la legislación que resulte aplicable.*

*n) Supervisar que la prestación de los transportes regulares de viajeros de uso especial que, en su caso, realice la empresa, se ajusta a las prescripciones señaladas en la correspondiente autorización especial”.*

Cabe destacar que el ROTT considera infracción muy grave, sancionable con una multa de 2001 a 4000 €, y que puede afectar además al cumplimiento del requisito de la honorabilidad de que más adelante trataremos, el que el gestor de transporte no desarrolle alguna de las funciones señaladas como inherentes al cargo (artículo 140.16 en relación con el artículo 43.1 de la LOTT, y artículos 197.17, 201, letra h del ROTT y letra A, apartado 17, de su Anexo I). Sin embargo, hay que entender que, pese a la terminante expresión que emplea el precepto –“al menos”- y a que el mismo no haga ninguna excepción, en el caso de los transitarios estas funciones sólo deberían ser las que se adapten a la naturaleza de su actividad y que consideramos que son únicamente las cinco primeras –de la a) hasta la e)– ya que las restantes caen en el círculo de actividades propias de las empresas de transporte por carretera. No obstante, dada la inseguridad jurídica y las graves consecuencias que pueden derivarse de todo ello, tanto para las empresas como para los gestores de transporte, nos consta que desde FETEIA-OLTRA se ha elevado una consulta a la Dirección General de Transporte Terrestre del Ministerio de Fomento para despejar cualquier eventual duda sobre el particular.

#### **e) Entrada en vigor de la nueva regulación sobre el gestor de transporte**

Finalmente, decir que lo dispuesto en el Anexo II del ROTT respecto a la obtención del certificado de competencia profesional, y por tanto respecto al gestor de transporte, no será de aplicación hasta el 1 de julio de 2020. Hasta entonces, pues, se aplicará lo dispuesto en la Orden Ministerial de 28 de mayo de 1999 en materia de expedición. También hasta dicha fecha, las personas que de conformidad con los datos obrantes en el Registro de Empresas y Actividades de Transporte vengan desempeñando las funciones de gestor de transporte podrán seguir haciéndolo siempre que tengan poderes generales para representar a la empresa en las operaciones propias de su tráfico, incluida la disposición de fondos correspondiente de ese tráfico, ya sean exclusivos, mancomunados o solidarios (disposición transitoria tercera del mencionado Real Decreto 70/2019 de modificación del ROTT).

### **B.- PÉRDIDA DE HONORABILIDAD**

Desde un punto de vista sustantivo o material, la pérdida de la honorabilidad ha de encuadrarse bajo el concepto de sanción, pues se trata de una consecuencia desfavorable para el sujeto infractor que el sistema jurídico (la LOTT y el ROTT) le atribuye por la vulneración reiterada de las normas reguladoras del transporte.

A estos efectos, de acuerdo con el ROTT y respecto a los titulares de actividades auxiliares y complementarias del transporte, entre ellos los transitarios, la pérdida de la honorabilidad conllevará las siguientes graves consecuencias:

- ✓ La suspensión de la autorización de operador de transporte de mercancías de las que fuese titular el privado de la honorabilidad, no pudiendo ser revisada dicha autorización mientras su titular se encuentre inhabilitado (365 días desde la inscripción de la pérdida de la honorabilidad en el Registro de Empresas y Actividades de Transporte). Además, la suspensión alcanzará a cuantas otras habilitaciones para el ejercicio de la actividad de transporte se hubieran obtenido bajo la condición de la vigencia de la autorización suspendida (artículo 116.2 y 4, letra a en relación con el artículo 52.1 de la LOTT);
- ✓ La inhabilitación mientras dure la suspensión para ser titular de otras autorizaciones de transporte de naturaleza distinta, como las de transporte de viajeros en autobús o de transporte de mercancías en vehículos que puedan superar las 3,5 t de masa máxima (artículo 116.2 y 4, letra b) del ROTT);
- ✓ La inhabilitación para ejercer la actividad de gestor de transporte mientras dure la suspensión (artículo 116.2 y 4, letra c) del ROTT).

Estas graves consecuencias, acentuadas, si cabe, cuando la pérdida de la honorabilidad afecte a las empresas pues éstas, a diferencia de los gestores de transporte, no pueden remplazarse por otras, certifican, como se comprenderá, la naturaleza indiscutiblemente sancionadora de la pérdida de la honorabilidad.

Por otra parte, el principio de legalidad consagrado por el artículo 25.1 de la Constitución al especificar que *“nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”*, es de obligado respeto tanto en el ámbito de las sanciones penales como en el de las administrativas.

Así, el derecho a la legalidad sancionadora proclamado en el artículo 25.1 de la Constitución ha sido abordado con reiteración por la jurisprudencia constitucional a propósito de las sanciones administrativas. En concreto, y con arreglo a la sentencia del Tribunal Constitucional 90/2012, de 7 de mayo (Fundamento Jurídico 4):

*“(…) el mandato del artículo 25.1 CE aplicado al ámbito administrativo sancionador determina que es necesaria la cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal, pero no excluye que esa norma contenga remisiones a disposiciones reglamentarias, siempre que en aquellas (remisiones) queden suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer, de tal forma que quede totalmente excluido que las remisiones de la ley al reglamento hagan posible una regulación independiente y no totalmente subordinada a la ley (STC 104/2009, de 4 de mayo, FF.JJ. 2 y 3 y jurisprudencia allí citada)”*.

De lo que se desprende la imposibilidad de definir, decretar o delimitar por reglamento los elementos esenciales o nucleares de las sanciones administrativas o las mismas sanciones, de suerte que sólo a través de normas con rango de ley será posible intervenir en esta materia.

Esto sentado, la pérdida de la honorabilidad por la comisión de determinadas infracciones graves a la normativa sobre el transporte terrestre, el ROTT la efectúa buscando la cobertura de tres normas con rango de ley, a saber: la LOTT y los Reglamentos comunitarios antes citados, el Reglamento (CE) 1071/2009 y el Reglamento (UE) 2016/443. No siendo necesario recordar aquí que los reglamentos comunitarios o de la UE, de acuerdo con el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 249 del Tratado CE), son normas de aplicación directa en todos los Estados miembros sin necesidad de interponer ninguna norma interna y que, cuando menos en nuestro país, tienen el mismo rango o eficacia que las leyes emanadas del Congreso de los Diputados.

#### **a) Infracciones que se detallan en el Anexo I, letra A) del ROTT**

La cobertura legal para determinar por vía reglamentaria la pérdida de la honorabilidad por la comisión de dichas infracciones deriva directamente de lo dispuesto en el artículo 143.5 de la LOTT, toda vez que en este artículo se dispone que la comisión de las infracciones señaladas en los puntos 1 al 11; 14; 15.6; 15.7; 15.11; 15.18; 16; 17; 18; 20; 23; 37.1 y 37.2 del artículo 140 –infracciones que, como es natural, coinciden con las que se detallan en el Anexo I, letra A del ROTT—, dará lugar a la pérdida de la honorabilidad de la persona, durante un plazo no superior a un año, salvo que el órgano competente acuerde lo contrario mediante resolución motivada, por estimar que ello resultaría desproporcionado en el caso concreto de que se trate.

## b) Infracciones que se detallan en el Anexo I, letras B) y C) del ROTT

Para estas infracciones, a diferencia de las anteriores y ante el silencio o ausencia de regulación en la LOTT que pueda ofrecer el necesario respaldo legal a la pérdida de la honorabilidad, el ROTT se ha valido de la cobertura de los Reglamentos comunitarios 1071/2009 y 2016/443 antes mencionados, que sí han previsto que tales infracciones puedan causar la pérdida de la honorabilidad (artículos 6.1 y 2 del Reglamento 1071/2009 y artículo 1 del Reglamento 2016/443).

Esta cobertura exterior y comunitaria se ampara en lo dispuesto en el artículo 45 de la LOTT que prescribe que:

*“De conformidad con lo dispuesto en la reglamentación de la Unión Europea por la que se establecen normas comunes relativas a las condiciones que han de cumplirse para el ejercicio de la profesión de transportista por carretera, a fin de cumplir el requisito de honorabilidad, ni la empresa ni su gestor de transporte podrán haber sido condenados por la comisión de delitos o faltas penales ni sancionados por la comisión de infracciones relacionadas con los ámbitos mercantil, social o laboral, de seguridad vial o de ordenación de los transportes terrestres que den lugar a la pérdida de este requisito, de conformidad con lo que se dispone en esta Ley y en la reglamentación de la Unión Europea”.*

Pues bien, de entrada parece que el juego del precepto que se acaba de transcribir en relación con la normativa de la Unión Europea (los Reglamentos antes referidos), permitiría aplicar a los transitarios la pérdida de honorabilidad por la comisión de las infracciones comprendidas en este segundo epígrafe, habida cuenta que éstos, como ya se ha expuesto más atrás, están sujetos a la LOTT.

Sin embargo, las dudas surgen si se tiene en cuenta que los expresados Reglamentos comunitarios o de la Unión Europea tienen un ámbito subjetivo de aplicación limitado a las empresas que ejerzan la profesión de transportista por carretera, de mercancías o de viajeros, o a las empresas que aspiren a ejercer esa profesión ((artículo 1.2 y 2, 1 y 2 del Reglamento del 1071/2009 y por conexión necesaria artículo 1.1 del Reglamento 2016/443), sin hacer la más mínima referencia a los intermediarios y auxiliares del transporte.

Y, ante esta realidad aflora la pregunta ¿cómo aplicar entonces legítimamente a los transitarios los expresados Reglamentos cuando, según la propia LOTT, no tienen la condición de transportistas por carretera, sino de ejecutores o prestadores de las actividades auxiliares y complementarias del transporte?.

Entendemos que la respuesta vendrá dada en función de la interpretación que se haga del contenido del artículo 45 de la LOTT anteriormente transcrito, por medio del cual se opera la remisión a la normativa europea, así como del alcance que haya que dar a esa misma normativa.

En efecto, en un primer análisis del expresado artículo podría pensarse que el mismo “lottiza”, es decir incorpora a la LOTT, el contenido de los Reglamentos a que venimos aludiendo haciéndolos aplicables también a los titulares de las autorizaciones de actividades auxiliares y complementarias del transporte y, en particular, a los transitarios.

Sin embargo, estimamos que hay sólidos motivos para sostener lo contrario.

En primer lugar y desde una perspectiva estrictamente gramatical o etimológica, la expresión “de conformidad” que utiliza el artículo 45 de la LOTT cuando se remite a la reglamentación de la Unión Europea en relación a la pérdida de la honorabilidad, encierra la idea de supeditación a algo que está fuera del alcance de quien muestra su conformidad, y no la de sustitución, suplantación o ampliación de aquello a lo que se presta la conformidad, en este caso la reglamentación europea.

En segundo lugar, en la remisión normativa no se produce una integración de las normas remitidas (en nuestro caso, los Reglamentos de la Unión Europea) en el cuerpo de la remitente (la LOTT), sino que, antes al contrario, ambas normas siguen conservando su propia individualidad y sustancia de acuerdo con su origen, aceptando la remitente el entero contenido de la remitida sin variación alguna.

En tercer lugar, el contenido de los reglamentos de la Unión Europea, como normas de aplicación directa pertenecientes a un Ordenamiento jurídico diferente del interno de los Estados miembros, está fuera de la disponibilidad de éstos, que, por ello, no pueden alterar su contenido y alcance. Parece obvio que si el legislador europeo hubiese querido que los expresados Reglamentos fueran de aplicación también a los titulares de autorizaciones de actividades auxiliares y complementarias del transporte del transporte, lo habría dispuesto así.

Y, en cuarto lugar, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en concreto, la sentencia de 9 de marzo de 1978, entre otras varias, a propósito de la primacía del Derecho comunitario sobre el interno de los Estados, afirma que la aplicabilidad directa de una disposición de Derecho comunitario –como son los Reglamentos 1071/2009 y 216/443– significa que sus normas deben tener plenamente efecto, de una manera uniforme, en todos los Estados miembros a partir de su entrada en vigor y durante todo el periodo de su validez (apartados 14 y 15). Aplicación uniforme que resultaría frustrada si en un Estado miembro se aplicasen normas comunitarias, como los citados Reglamentos, a más supuestos o sujetos de los expresamente contemplados en ellos.

Finalmente, tampoco la nueva disposición adicional 10ª añadida a la LOTT por la Ley 9/2013, de 4 de Julio, podría ofrecer amparo legal a la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de los citados Reglamentos comunitarios, dado que dicha disposición solo habilita al Gobierno, o sea a la potestad reglamentaria interior, para acordar: el incremento de las cuantías de determinadas infracciones; la eventual incorporación de otras nuevas infracciones en méritos de lo que pudiera disponer en el futuro la reglamentación comunitaria; y, la incorporación de criterios de proporcionalidad relativos a la reiteración infractora relacionados con la dimensión de las empresas, en la medida en que las normas comunitarias lo permitan. Habilitaciones que, como es patente, nada tienen que ver con ensanchar la base subjetiva de aplicación de los Reglamentos 1071/2009 y 2016/403 extendiendo sus determinaciones a las empresas transitarias.

De lo que se infiere la improcedencia de aplicar a los titulares de autorizaciones de actividades auxiliares y complementarias del transporte y, en concreto a los transitarios, la pérdida de la honorabilidad en base a la comisión reiterada de aquellas infracciones que únicamente determinan esa pérdida de conformidad con la reglamentación de la Unión Europea y para los transportistas por carretera, como son todas aquellas que se enumeran en las letras B) y C) del Anexo I al ROTT.

Lo que, naturalmente, lleva a la conclusión de tener que considerar contrarios a Derecho por “*ultra vires*”, o sea por exceso de poder o extralimitación, los preceptos del ROTT que, sin la necesaria cobertura legal, extienden a los transitarios y demás auxiliares o intermediarios del transporte, no transportistas por carretera, la pérdida de la honorabilidad por la comisión de infracciones diferentes de las contempladas en la letra A) del Anexo I al ROTT, como son las enumeradas en las letras B) y C) del mismo Anexo.

llegalidad que afecta principalmente al apartado 2 de su artículo 116 en conexión con su apartado 1 al mencionar a los intermediarios en la contratación de transportes, que entre otros son los transitarios, como susceptibles de perder la honorabilidad por la comisión de dichas infracciones si se alcanza un Índice de Reiteración Infractora (IRI) con un valor igual o superior a 3.

Y a propósito del IRI aplicable a las empresas transitarias, conviene hacer una última precisión resultado de comparar la fórmula IRI a utilizar para quienes tienen vehículos de transporte (los transportistas por carretera), y la dispuesta para quienes carecen de ellos (los transitarios).

Respecto a los primeros (transportistas por carretera) la fórmula es  $IRI = [I + (i/3)] / V$ , representando los factores I) e i) el número de las diferentes infracciones que se relacionan en las letras B) y C) del Anexo I al ROTT que afectan al IRI, cometidas por una persona en un plazo igual o inferior a 365 días, y V el promedio anual del número de vehículos los 365 días anteriores a la última infracción tenida en cuenta para calcular los factores I) e i). En cambio para los segundos (transitarios) la fórmula se expresa en los siguientes términos  $IRI = [I + (i/3)]$ , siendo obvio que si en un quebrado se suprime el denominador, en este caso el factor V, y se mantiene intacto el numerador, los factores I) e i), el resultado, el IRI, será cuantitativamente superior. De ahí que para las mismas o parecidas infracciones en las que no estén involucrados vehículos de transporte el IRI será siempre más elevado para los transitarios que para los transportistas por carretera, con el consiguiente aumento de las posibilidades de ser privado de la honorabilidad, y sin otra justificación que la variación de la fórmula para obtenerlo.

Diferencia de trato que también corrobora, si cabe, le extralimitación en que ha incurrido el ROTT al hacer extensiva a los transitarios una normativa europea pensada exclusivamente para los transportistas por carretera.

### C.- CONCLUSIÓN

A la luz de cuanto se acaba de exponer, la consecuencia que se obtiene es que la aplicación a los transitarios, así como a otros intermediarios o auxiliares del transporte desprovistos de vehículos de transporte, de los artículos 116. 1 y 2 y 117. 1 y 2 del ROTT conculca la reserva de ley del artículo 25.1 de la Constitución, incurriendo por tal motivo en la causa de nulidad absoluta o de pleno derecho que se contempla en el artículo 47.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que preceptúa que “ (...) serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley (...).

Nulidad absoluta o de pleno derecho que, de no haber sido alegada en los términos que se acaban de exponer en los recursos directos interpuestos contra el ROTT por algunas asociaciones y entidades, podría ser invocada de forma indirecta de conformidad con el artículo 26 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al señalar que: “además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a derecho”, y que, “la falta de impugnación directa de una disposición general o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiera interpuesto no impiden la impugnación de los actos de aplicación con fundamento en lo dispuesto en el párrafo anterior”.

De todas maneras, lo recomendable es que las empresas se ajusten a la legalidad y no sea necesario apelar a disquisiciones jurídicas para la defensa de su honorabilidad. ■



PUERTOS DE CATALUNYA  
**CARGO\_**

**"UN NUEVO  
HORIZONTE  
PARA SUS  
MERCANCÍAS"**



MÁS INFO:  
Tel: +34 932 060 930  
ports.generalitat@gencat.cat  
ports.gencat.cat

**VICENS MATAS**  
**Advocats**

Muntaner 434-436 · 2<sup>a</sup>.  
08006 BARCELONA  
Tels. +34 93 215 20 62/66  
advocats@vicensmatas.com

Áreas de actuación:

- ✓ Derecho Civil
- ✓ Derecho Constitucional
- ✓ Derecho Mercantil (Transportes, seguros, contratación)
- ✓ Derecho Administrativo.
- ✓ Derecho Administrativo sancionador
- ✓ Derecho Urbanístico
- ✓ Derecho de la Competencia
- ✓ Derecho sobre Competencia Desleal
- ✓ Derecho Tributario y Aduanero
- ✓ Derecho Penal Tributario
- ✓ Derecho Penal vinculado al transporte y a la circulación
- ✓ Litigación y Arbitraje

## SERVICIOS

- Reputado servicio de asesoramiento jurídico.
- 400 circulares e informes técnicos (2018).
- 180 cursos, seminarios y jornadas técnicas de formación logística y transporte (2018).
- Registro de Morosos / Sistema para la protección del crédito contra la morosidad.
- Venta de Documentos / Formularios.  
(Fiata FBL, FCR, FCT, SDT) (Documentos CMR, AWB, MM.PP Aéreo)
- Boletines informativos “Feteia Flash”.
- Revista “Empresa Transitaria”.
- Acuerdos de colaboración con proveedores que permiten importantes ahorros en la cuenta de gastos.



# AVALES ADUANEROS: GARANTÍA PARA LA ADMINISTRACIÓN Y ALTO RIESGO PARA EL TRANSITARIO-REPRESENTANTE ADUANERO

CESÁREO FERNÁNDEZ CRESPO

Secretario Técnico FETEIA-OLTRA

Un tema de suma importancia y trascendencia empresarial para los Transitarios cuando actúan como Representantes Aduaneros -RA- directos, constituyendo la garantía de levante en los Despachos de sus clientes, es la ejecución del aval por parte de la Aduana en caso de impago de la deuda aduanera y de los otros gravámenes devengados por la importación.

Según manifestó de forma clara y categórica la Subdirectora del Departamento de Aduanas, D<sup>a</sup> Nerea Rodríguez, en una reciente Jornada Aduanera organizada por ATEIA Madrid, **la Administración procederá a ejecutar la garantía constituida para una declaración determinada en caso de impago de los derechos de importación**, respecto de las mercancías incluidas por dicha declaración o a cuyo levante se haya procedido en virtud de ella, sin necesidad de obtener previamente la insolvencia del sujeto pasivo por no ser necesaria y actuar el RA en calidad de fiador, de conformidad con lo establecido en el CAU sobre la ejecución forzosa del pago de la deuda aduanera y entre otros preceptos el artículo 113:

*“Cuando el importe de los derechos de importación o de exportación exigibles no haya sido pagado en el plazo establecido, las autoridades aduaneras garantizarán el pago de dicho importe por todos los medios de que dispongan con arreglo al Derecho del Estado miembro de que se trate”.*

Ante esta nueva situación y proceder generalizado e inmediato de la Aduana se considera muy importante que los Representantes Aduaneros -RA- tengan presente el nivel de responsabilidad que asumen al constituirse como avalistas en el ejercicio de su propia actividad mercantil aduanera cuando actúan en nombre y por cuenta de sus clientes en los despachos a libre práctica o en liquidaciones efectuadas a posteriori fuera de recinto, es decir, mediante representación directa, por el riesgo y coste económico que ello representa estando obligados a una reflexión mesurada antes de continuar prestando estos servicios como hasta la fecha, constituyendo y aportando directamente una de las garantías exigidas en las operaciones propias de los importadores.

A continuación, las condiciones y detalle de las distintas formas de representación aduanera que necesariamente deberán cumplir los RA:

- ✓ Inexistencia de infracciones graves o reiteradas de la legislación aduanera y de la normativa fiscal;

- ✓ Demostración de un alto nivel de control de sus operaciones y del flujo de mercancías, mediante un sistema de gestión de los registros comerciales, que permita la correcta realización de los controles aduaneros;
- ✓ Solvencia financiera; y
- ✓ Un nivel adecuado de competencia o de cualificaciones profesionales directamente relacionadas con la actividad aduanera.

#### Formas de representación aduanera:

- **Representación indirecta:** El Representante Aduanero (RA) actúa en su propio nombre pero por cuenta de su cliente.

El declarante como persona que presenta una declaración en la aduana en nombre propio, o la persona en cuyo nombre se presenta dicha declaración, será el deudor.

Asimismo, serán responsables solidarios del IVA a la importación las personas o entidades que actúen en nombre propio y por cuenta de los importadores. No obstante, la responsabilidad de los RA que actúan bajo este tipo de representación no alcanzará a las deudas tributarias que se pongan de manifiesto como consecuencia de actuaciones practicadas fuera de los recintos aduaneros; pero sí responsables de la deuda aduanera generada fuera de los recintos aduaneros.

- **Representación directa:** El Representante Aduanero (RA) actúa en nombre y por cuenta de su cliente.

En los casos de pago previo de la deuda aduanera o presentación en la Aduana de un aval constituido por el sujeto pasivo, la responsabilidad del RA será subsidiaria, y únicamente de la deuda tributaria hasta el levante, no de las que se pongan de manifiesto como consecuencia de actuaciones practicadas fuera de los recintos aduaneros. Siendo obligatorio por parte de la Aduana dictar un acto administrativo de derivación de responsabilidad, antes de exigir el pago de la deuda tributaria al Representante Aduanero (RA).

En los supuestos que **el RA constituya y aporte directamente una garantía de las establecidas en el CAU**, es decir, un depósito en metálico o un compromiso suscrito por un fiador, incluyendo tanto los avales emitidos por entidades de crédito como los certificados de seguro de caución, en caso de impago de la deuda aduanera y de los otros gravámenes en los despachos a libre práctica o en liquidaciones efectuadas a posteriori fuera de recinto, **se reitera el proceder generalizado e inmediato de la Aduana de instar la ejecución de la garantía correspondiente** sin necesidad de obtener la insolvencia del sujeto pasivo.

No obstante lo anterior, y aunque durante los últimos años el Departamento de Aduanas e I.EE (AEAT) ha ejecutado un número insignificante de garantías de Despacho a libre práctica, **los Tribunales, en supuestos aduaneros a los referidos, han anulado el proceder de la Aduana por no ser conforme a Derecho**, y en concreto por las **sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid -STSJM- 14556/2016 (Recurso 114/2016) y 11437/2014 (Recurso 695/2014)**.

En el procedimiento 114/2016, la parte recurrente mantuvo que nunca le fue notificada la puesta de manifiesto del expediente, circunstancia que hizo imposible que formulara alegaciones para defender adecuadamente su derecho, alegando también la nulidad radical del acuerdo de liquidación por prescindir del procedimiento legalmente establecido al no existir ningún acuerdo de la AEAT por medio del cual se declare responsable ni subsidiario ni solidario de la deuda, ni al Representante Aduanero ni a la Compañía de Seguros que emitió el aval, y tampoco existió el oportuno trámite de audiencia a la parte cuya responsabilidad se exige existiendo infracción de la LGT.

La Administración se opuso al Recurso manteniendo que en los supuestos de representación directa, los avales, fianzas, certificados de caución u otras garantías no pueden constituirse a favor de los Representantes Aduaneros, sino de los consignatarios de las mercancías y de esta forma, llegado el caso de ejecutar el aval, como consecuencia de la falta de ingreso de una deuda aduanera o fiscal a la importación, la identificación del avalado se realizaría a través de la persona, en cuyo nombre ha presentado el RA la declaración aduanera, de forma que, a la Administración, le basta dirigirse contra la entidad avalista, justificando que la deuda no ingresada ha sido contraída por un deudor representado por dicho RA. Incumplida pues la obligación garantizada, la Administración deberá proceder a la ejecución de la garantía y, siendo ésta un aval para su ejecución, la AEAT deberá dirigirse, directamente, contra la Entidad que avala, entendiendo de aplicación el artículo 168 de la LGT y el artículo 74 del Reglamento General de Recaudación.

Por otro lado, señalar que en el Recurso 695/2012 la parte recurrente solicitó un pronunciamiento sobre el fondo del asunto por razones de economía procesal, porque siendo el motivo que origina el intento de ejecución del aval bancario responsabilidad del RA en las deudas tributarias de sus comitentes, en razón de la forma de actuación bien sea en nombre y cuenta ajena, o bien en nombre propio y cuenta ajena, sería conveniente que la Sala del Tribunal se pronunciase sobre dicha responsabilidad y en su caso en el modo de exigirla y el alcance de la misma. Manifestando también no estar de acuerdo con que se le considere responsable solidario y al no existir ningún acto administrativo, que previa audiencia a la parte recurrente declare la responsabilidad y determine su alcance, se están vulnerando los derechos establecidos en el artículo 24 de la Constitución Española, produciendo a la parte demandante indefensión. Alegando también la exigencia de audiencia al interesado y la declaración de fallido del deudor principal y de los responsables solidarios si los hubiera.

En las dos Sentencias referidas el aval bancario no fue constituido y aportado por la sociedad importadora, sino por su Representante Aduanero (RA), y no con referencia a una concreta importación, sino con carácter general respecto de las deudas tributarias exigibles a la persona avalada que es el RA. Y por ello, si la Administración consideraba que el RA era responsable, según el propio Tribunal, debería haber seguido el procedimiento establecido en la Ley General Tributaria para la declaración de responsabilidad, con un acto administrativo en el que, previa audiencia al interesado, se declare la responsabilidad y se determine su alcance y extensión. Teniendo en cuenta además, que la derivación de la acción administrativa a los responsables subsidiarios requerirá la previa declaración de fallido del deudor principal y de los responsables solidarios.

Pues bien, en los dos Recursos referidos el Tribunal señala que el acuerdo de ejecución de aval bancario parte de la existencia de una responsabilidad solidaria, pero no consta que se haya dictado acto alguno de declaración de responsable solidario al RA, ni tampoco en dicha actuación de ejecución se alude a ningún acuerdo de declaración de responsabilidad solidaria, por lo que **el acuerdo de ejecución de aval, según las Sentencias indicadas, es contrario a Derecho al no respetar el procedimiento legalmente establecido para la declaración de responsabilidad**, máxime si se tiene en

cuenta que la legislación aduanera dispone que toda persona podrá hacerse representar ante las Autoridades Aduaneras para la realización de los actos y formalidades establecidos en la normativa aduanera, representación que podrá ser directa, en el caso de que el representante actúe en nombre y por cuenta de sus clientes, siendo por ello responsable subsidiario.

Ante este parecer de los Tribunales, el proceder contrario e inmediato que implementará el Departamento de Aduanas e II.EE., y por lo tanto el riesgo desmedido e improcedente que se generará para los Representantes Aduaneros, se hace necesario una modificación de la normativa tributaria de nuestro país, consistente en la supresión del art. 43 de la Ley General Tributaria y art. 87 de la Ley del IVA referidos a la responsabilidad subsidiaria de los Representantes Aduaneros, permitiéndoles, cuando actúen en nombre y por cuenta de sus clientes, desarrollar su actividad mercantil de representación de terceros ante las Aduanas sin el importante e injustificado riesgo económico que supone responder ante la Administración Tributaria de la solvencia de sus clientes, quedando al mismo nivel de responsabilidad que otros profesionales que actúan mediante representación voluntaria de sus comitentes ante la Agencia Tributaria, como los Asesores Fiscales, Gestores Administrativos y Abogados.

Y por supuesto, no exigirles el mismo nivel de responsabilidad subsidiaria que se establece en el citado artículo 43 de la LGT, (i) a los administradores de hecho o de derecho de las personas jurídicas que hayan cesado en sus actividades por las obligaciones tributarias devengadas de éstas que se encuentren pendientes en el momento del cese y mantengan obligaciones tributarias pendientes de pago; y (ii) a los integrantes de la administración concursal y los liquidadores de sociedades y entidades en general que no hubiesen realizado las gestiones necesarias para el íntegro cumplimiento de las obligaciones tributarias devengadas con anterioridad a dichas situaciones e imputables a los respectivos obligados tributarios. ■

Con más de 40 años de experiencia profesional asesorando y representando a Empresas especializadas en aduanas, transportes, y comercio internacional:

- Mercantil.
- Civil.
- Laboral.
- Administrativo
- Tributario-Fiscal.
- Penal-Económico.
- Procesal.
- OEA.



BUFETE | CESÁREO FERNÁNDEZ  
Y MOREIRA, S.L.P.

ABOGADOS • ASESORES EMPRESARIALES

Más información en [www.bcfm.es](http://www.bcfm.es)



Calle Hermosilla, 80-6ºB  
28001-Madrid  
Telf. 91 431 49 74



Port de Barcelona

## Un horizonte compartido, un esfuerzo colectivo

Trabajamos para conectar las empresas con el mundo y hacer más competitiva la economía.  
Lo hacemos con las 500 empresas y los 32.000 trabajadores de la Comunitat Portuària.  
Juntos consolidamos Barcelona como el *smart-port* de referencia del sur de Europa.

**Súmate: Avanzamos juntos.**



[www.portdebarcelona.cat](http://www.portdebarcelona.cat)



**Fundada  
en 1978**

La Federación Española de Transitarios, Expedidores Internacionales y Asimilados, Organización para la Logística, el transporte y la Representación Aduanera, en anagrama FETEIA-OLTRA, es una Organización profesional, de carácter sectorial, órgano de representación, gestión, fomento y defensa de los intereses de las empresas transitarias y representantes aduaneros.

Via Laietanai, 32  
08003 Barcelona  
93 268 94 30

[feteia@feteia.org](mailto:feteia@feteia.org)  
[www.feteia.org](http://www.feteia.org)



**FETEIA-OLTRA está constituida por 20 Asociaciones de ámbito territorial ATEIA, en Alicante, Aragón, Asturias, Bahía de Algeciras, Baleares, Barcelona, Bizkaia, Cádiz, Ceuta, Galicia, Girona, Gipuzkoa, Las Palmas, Madrid, Málaga, Melilla, Sevilla, Tarragona, Tenerife y Valencia. Adicionalmente, tiene empresas adheridas en Cantabria, Murcia, Navarra, Lleida y Vitoria.**

**Actualmente contamos con más de 600 empresas asociadas.**

Nuestra Federación tiene creadas Comisiones técnicas especializadas en aduanas, aéreo, marítimo y terrestre, y de formación. En colaboración con Fundación FETEIA realiza estudios, informes, investigaciones, encuestas y toda clase de trabajos relacionados con el desarrollo de la logística, el transporte (aéreo, terrestre, marítimo y multimodal) y el comercio internacional.

### ASÓCIATE:

**ATEIA-OLTRA ALICANTE**  
[eugeniolopezgongora@gmail.com](mailto:eugeniolopezgongora@gmail.com)

**ATEIA-ARAGON OLT**  
[ateia@ateiaaragon.org](mailto:ateia@ateiaaragon.org)

**ATEIA OLT- ASTURIAS**  
[feteia@feteia.org](mailto:feteia@feteia.org)

**ATEIA-OLTRA BAHIA DE ALGECIRAS**  
[secretaria@ateiacg.com](mailto:secretaria@ateiacg.com)

**ATEIA OLTRA- BALEARS**  
[feteia@feteia.org](mailto:feteia@feteia.org)

**ATEIA OLTRA- BARCELONA**  
[ateia@bcn.ateia.com](mailto:ateia@bcn.ateia.com)

**ATEIA BIZKAIA - OLT**  
[ateia@cebek.es](mailto:ateia@cebek.es)

**ATEIA-CADIZ**  
[ateiacadiz@ceccadiz.org](mailto:ateiacadiz@ceccadiz.org)

**ATEIA-OLTRA CEUTA**  
[feteia@feteia.org](mailto:feteia@feteia.org)

**ATEIA -OLTRA GALICIA**  
[ateia@ateia-galicia.org](mailto:ateia@ateia-galicia.org)

**ATEIA OLTRA- GIRONA**  
[ateia@lajonquera.com](mailto:ateia@lajonquera.com)

**ATEIA GIPUZKOA -OLT**  
[info@ateia-gipuzkoa.org](mailto:info@ateia-gipuzkoa.org)

**ATEIA-OLTRA LAS PALMAS**  
[ateialaspalmas@gmail.com](mailto:ateialaspalmas@gmail.com)

**ATEIA - OLTRA MADRID**  
[secretaria@ateia-madrid.com](mailto:secretaria@ateia-madrid.com)

**ATEIA-MALAGA**  
[fetrama@gmail.com](mailto:fetrama@gmail.com)

**ATEIA - MELILLA**  
[asociaciones@cemellilla.org](mailto:asociaciones@cemellilla.org)

**ATEIA-OLTRA SEVILLA**  
[info@laimaignere.com](mailto:info@laimaignere.com)

**ATEIA - TARRAGONA**  
[apcb@tinet.fut.es](mailto:apcb@tinet.fut.es)

**ATEIA-OLTRA TENERIFE**  
[ateia@ateia-tenerife.org](mailto:ateia@ateia-tenerife.org)

**ATEIA - OLTRA VALENCIA**  
[presidencia@ateiavlc.org](mailto:presidencia@ateiavlc.org)