

El agente del transportador en la nueva Regulación Aduanera Colombiana

The carrier's agent in the new Colombian Customs Regulation

O agente do transportador na nova Regulação Alfandegária Colombiana

JOSÉ FRANCISCO MAFLA¹

GERARDO CHADID SANTAMARÍA²

Para citar este artículo/To reference this article

José Francisco Mafla y Gerardo Chadid Santamaría. *El agente del transportador en la nueva regulación aduanera colombiana*. Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario 79. Noviembre de 2018. At. 315

Recibido: 10 octubre 2018

Aprobado: 16 de octubre 2018

Página inicial: 315

Página final: 335

Resumen

El Decreto 390 de 2016 señala que, para efectos aduaneros, el transportador internacional debe tener un agente que lo represente; este se obliga como si fuera el transportador frente a la autoridad aduanera. La norma aduanera reconoce la posibilidad de que tanto el transportador como su agente operen en el

-
- 1 Abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Especializado en Derecho de los Negocios en la Universidad Externado de Colombia y Maestría en Derecho Internacional (LL.M) en New York University School of Law. Profesor universitario (pregrado y posgrado) en las universidades Externado, de los Andes, ICESI y EAFIT, en temas de derecho comercial, derecho económico internacional y comercio internacional. Abogado con amplia experiencia en derecho comercial, corporativo/fusiones y adquisiciones, y aduanas y comercio internacional. Es árbitro del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, fue presidente del Comité de Inversión de la Cámara de Comercio Colombo Americana (AMCHAM Colombia), y actualmente miembro de la Comisión Académica Aduanera y de Comercio Exterior del Instituto Colombiano de Derecho Tributario. Se desempeña como socio líder del área de Aduanas y Comercio Internacional de Brigard & Urrutia Abogados. Correo: jmafla@bu.com.co
 - 2 Abogado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Especializado en Derecho Aduanero en la Universidad del Rosario y Maestría en Derecho con Especialización en Derecho Marítimo (LL.M) en University College London. Actualmente se desempeña como asociado del área de Aduanas y Comercio Internacional de Brigard & Urrutia Abogados. Correo: gchadid@bu.com.co

servicio terrestre, marítimo y aéreo, razón por la cual se presentan tres tipos de agentes, a saber: agente marítimo, agente aeroportuario y agente terrestre. Sin embargo, la norma aduanera desconoce la realidad contractual y logística del transporte internacional, ya que establece que el agente del transportador representa al transportador contractual, a pesar de que el transportador de hecho es quien muy probablemente debería asumir las obligaciones del transportador frente a la aduana.

Palabras clave: agente marítimo, contrato de agenciamiento, agente aeroportuario, transportador, nueva regulación aduanera.

Abstract

Decree 390 of 2016 establishes that for customs purposes the international carrier must have an agent who represents the carrier; this agent is obliged as the carrier before the customs authority. Customs regulation recognizes the possibility for both the carrier and the agent to operate in land, air and maritime carriage, thus, it establishes three types of agents: shipping agent, airport agent and land agent. However, the customs regulation ignores the contractual and logistical reality of international carriage, because, the carrier's agents represents the contractual carrier, even though the actual carrier is the one who mostly likely should perform the duties of the carrier before the customs authority.

Keywords: shipping agent, agency contract, airport agent, carrier, carriage.

Resumo

O Decreto 390 de 2016 assinala que, para efeitos alfandegários, o transportador internacional deve ter um agente que o represente; este obriga-se como se fosse o transportador frente à autoridade alfandegária. A norma alfandegária reconhece a possibilidade de que tanto o transportador quanto seu agente operem no serviço terrestre, marítimo e aéreo, razão pela qual apresentam-se três tipos de agentes, nomeadamente: agente marítimo, agente aeroportuário e agente terrestre. No entanto, a norma alfandegária desconhece a realidade contratual e logística do transporte internacional, pois estabelece que o agente do transportador representa ao transportador contratual, apesar de que o transportador de facto é quem muito provavelmente deveria assumir as obrigações do transportador frente à alfandega.

Palavras-chave: agente marítimo, contrato de agenciamiento, agente aeroportuário, transportador, nova regulação alfandegária.

Sumario

Introducción; 1. El transportador y su agente en la nueva regulación aduanera; 1.1. El agente del transportador como mandatario; 2. Los agentes aeroportuarios, marítimos y terrestres en la Nueva Regulación Aduanera; 3. El agente marítimo; 3.1. El agente marítimo como representante del armador; 3.2. El agente marítimo ¿agente del transportador?; 4. El agente aeroportuario; 5. El agente terrestre; 6. Conclusiones; Bibliografía.

Introducción

El Decreto 390 de 2016 planteó una serie de cambios al régimen del transportador, entre los cuales establece la figura del agente. Estos cambios imponen diversos retos a los operadores del comercio internacional, en tanto las definiciones y el régimen aplicable del agente del transportador poseen ciertas imprecisiones conceptuales que resultan en problemas en la forma en que se determinan las obligaciones en cabeza del transportador y su agente.

En este sentido, el presente artículo tiene como objetivo analizar la figura del transportador y sus agentes en la Nueva Regulación Aduanera, a fin de advertir las principales falencias del Decreto 390 de 2016, y dar recomendaciones que puedan ser implementadas tanto por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN– como los actores del comercio internacional.

1. El transportador y su agente en la nueva regulación aduanera

El transporte de mercancías es la columna vertebral del comercio internacional, puesto que el comercio de bienes, a diferencia del de servicios, representa la mayor parte del comercio; tan solo en el 2016, alcanzó los 16 trillones de dólares³. En ese sentido, el transportador, quien moviliza la mercancía de un lugar a otro, se convierte en una figura de importancia para las aduanas del mundo. Sin embargo, la complejidad contractual y logística del comercio internacional dificultan la tarea de las aduanas para poder identificar quién es el transportador.

Por el momento, podemos señalar que el transportador es la persona que se obliga a llevar una cosa o persona de un lugar a otro, siendo este quien, en

3 United Nations. Conference on Trade and Development (UNCTAD), Key Statistics and Trends in International Trade: The Status of World Trade, 35, 6 (2017).

principio, adquiere los derechos y obligaciones derivados del contrato de transporte, independientemente de quien lo ejecute materialmente⁴.

Ahora bien, tanto la doctrina como las normas internacionales y la jurisprudencia reconocen que existe una diferencia entre el “transportador contractual/principal”⁵ y el “transportador de hecho”⁶. En este sentido, el primero es, como su nombre lo indica, quien se obliga bajo un contrato con el remitente a transportar y entregar la carga en el destino acordado, independientemente de que sea él quien realice materialmente el transporte⁷. Por otro lado, el transportador de hecho es quien físicamente realiza el transporte, sin que en principio exista una relación contractual entre este y el remitente⁸.

Esta distinción reviste especial importancia, en tanto que la primera pregunta que se formulan las autoridades aduaneras es quién es el obligado frente a ellas. Es claro que frente al remitente y al destinatario (Interés de la Carga) el obligado a ejecutar el transporte es el transportador contractual.

Sin embargo, no es claro cuál de estos dos transportadores será el obligado para efectos aduaneros, puesto que se podría pensar inicialmente que es el transportador de hecho, dado que es este quien efectivamente se presenta frente a la autoridad aduanera. No obstante, por lo general, como es el transportador contractual quien tiene las obligaciones de presentación documental de la mercancía transportada, es este quien se torna relevante para la autoridad aduanera.

Si bien el Decreto 2685 de 1999 omitió incluir una definición expresa de transportador, la citada norma sí le impuso una serie de obligaciones⁹ y hasta un régimen sancionatorio¹⁰. Sin embargo, a pesar de que la norma parece confundir las dos figuras, es posible inferir que de acuerdo con la definición del documento de transporte y el conocimiento de embarque, para efectos de aquel decreto el

4 Javier Tamayo Jaramillo. *El contrato de transporte: terrestre y aéreo, de pasajeros y de mercancías, interno e internacional* 51 (1991).

5 Ilian Djadjev. *The Obligations of the Carrier Regarding the Cargo* 4 (2017).

6 Tamayo Jaramillo, supra nota 4 en 51.

7 Djadjev, supra nota 5 en 4.

8 El artículo 684 del Código de comercio, expresamente permite la figura de la subcontratación en el transporte, y hace referencia al transportador contractual y al transportador de hecho. ARTÍCULO 984. DELEGACIÓN DE LA CONDUCCIÓN A TERCEROS. Salvo lo dispuesto en normas especiales, el transporte deberá ser contratado con transportadores autorizados, quienes podrán encargar la conducción, en todo o en parte a terceros, pero bajo su responsabilidad, y sin que por ello se entiendan modificadas las condiciones del contrato.

9 Decreto 2685 de 1999. Artículo 104.

10 Decreto 2685. Artículo 497.

transportador es un transportador contractual en tanto es este quien expide el documento de transporte, obligándose en los términos del mismo¹¹.

Por su parte, el Decreto 390 de 2016 (Nueva Regulación Aduanera) define el transportador, para efectos aduaneros como el transportador contractual; por cuanto, el artículo 66 hace referencia a una persona quien mediante un contrato de transporte asume las obligaciones del transportador:

Artículo 66. Transportador. Persona que mediante un contrato de transporte asume la obligación de trasladar las mercancías desde un punto de origen a un punto de destino, a cambio de un pago denominado flete. Es responsable de la carga que traslada desde que le es entregada hasta que la entrega en el lugar y a la persona acordados.

Cuando el transportador internacional no esté domiciliado en el Territorio Aduanero Nacional, debe tener un representante o agente aeroportuario, marítimo o terrestre, para que responda por las obligaciones que correspondan al transportador.

El citado artículo no solo define al transportador como transportador contractual, sino que además consagra las figuras de agente marítimo, agente terrestre y agente aeroportuario (los agentes del transportador). La norma también le exige al transportador internacional que no se encuentre domiciliado en Colombia, que cuente con un agente para que lo represente ante la autoridad aduanera; el cual debe responder por todas las obligaciones aduaneras del transportador.

Si bien no existe una sanción expresa para el transportador internacional que no cuente con un agente, en la práctica será imprescindible contar con uno, en tanto resulta necesario para el cumplimiento de las obligaciones aduaneras a cargo del transportador, por ejemplo, la presentación de la mercancía. No obstante, resulta necesario indicar que de acuerdo con la regulación aduanera el transportador podría actuar directamente ante la autoridad aduanera en cuyo caso, deberá habilitarse como Operador de Comercio Exterior –OCE–¹² y cumplir con los requisitos del

11 Decreto 2685 de 1999. Artículo 1º. Definiciones. DOCUMENTO DE TRANSPORTE: Es un término genérico que comprende el documento marítimo, aéreo, terrestre o ferroviario que el transportador respectivo o el agente de carga internacional entrega como certificación del contrato de transporte y recibo de la mercancía que será entregada al consignatario en el lugar de destino y puede ser objeto de endoso. CONOCIMIENTO DE EMBARQUE: Es el documento que el transportador marítimo expide como certificación de que ha tomado a su cargo la mercancía para entregarla, contra la presentación del mismo en el punto de destino, a quien figure como consignatario de esta o a quien la haya adquirido por endoso total o parcial, como constancia del flete convenido y como representativo del contrato de fletamento en ciertos casos. Los conocimientos de embarque de la carga consolidada los expide el agente de carga internacional.

12 Decreto 390 de 2016. Artículo 67.

artículo 45 del Decreto 390 de 2016, entre ellos, estar domiciliado o representado legalmente en el país e inscrito en el Registro Único Tributario –RUT–.

Al crear la figura del agente del transportador, el Decreto 390 de 2016 permite que los transportadores internacionales no deban registrarse como OCE; así mismo, asegura que los transportadores cumplan sus obligaciones aduaneras y se hagan responsables de cualquier infracción. Sin embargo, como se explicará a lo largo de este artículo, la Nueva Regulación Aduanera desconoce las complejas relaciones contractuales y logísticas del transporte internacional de mercancías; también, para el caso del agente marítimo, la norma aduanera es abiertamente contraria a las normas que regulan esta figura en el Código de Comercio –C. de Co.–.

1.1. El agente del transportador como mandatario

A diferencia de la discusión que se presenta con la naturaleza jurídica del agente de carga¹³, cuya relación jurídica principal es con el Interés de la Carga, los agentes del transportador representan a este último. Así lo señala el artículo 67 del Decreto 390 de 2016, el cual indica que los agentes del transportador actúan ante la DIAN mediante un contrato celebrado con los transportadores, el cual, en efecto, es un mandato.

De esta manera, ajeno al contrato de transporte celebrado entre transportador e Interés de la Carga, se presenta el agenciamiento a través del contrato de mandato, que es aquel acuerdo en virtud del cual el agente (mandatario) se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta del transportador (mandante).

En ese orden de ideas, es a través de un contrato de mandato mercantil, en los términos del artículo 1262 del C. de Co., que el agente representa al transportador frente a la autoridad aduanera. En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia al señalar que es mediante este contrato que una persona se obliga a cumplir una gestión realizando los actos o negocios señalados por el mandante:

“El mandato comercial es aquel contrato por el cual una persona, denominada mandataria, se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra, llamada mandante (art. 1262 C. de Co.).

13 Ver: José Vicente Guzmán Escobar. El agente de carga, 4 Rev. E-Mercat. 1-21 (2005).

Por virtud de dicho pacto el mandatario se obliga primordialmente a cumplir la gestión encomendada, con la realización de los actos o negocios señalados por el mandante, labor en la cual debe ceñirse a sus instrucciones, contando en todo caso con la facultad para ejecutar los actos ‘... que sean necesarios para su cumplimiento’ –art. 1263 *ibidem*–, es decir, los que, de acuerdo con la naturaleza del encargo, resulten accesorios o complementarios del mismo”¹⁴.

Si bien el texto del artículo 1262 del C. de Co. hace referencia a “actos de comercio”, y el agente del transportador lo representa frente a la autoridad aduanera, no por ello el contrato entre agente y transportador dejará de ser un contrato de mandato; puesto que, en el caso del agente de carga, la Corte Suprema de Justicia ha admitido que este es un mandatario del Interés de la Carga, por lo que es en virtud de ese mandato que cumple no solo con sus obligaciones comerciales, sino también con las que les ha impuesto a los agentes de carga la regulación aduanera:

“[...] lo relevante de los agentes de carga es que si contratan a nombre y por cuenta de sus clientes, a diferencia de los comisionistas de transporte, quienes se obligan en su nombre, pero por cuenta ajena (artículo 1312 del Código de Comercio), su actividad, en últimas, a falta de regulación específica, se gobierna por el mandato comercial representativo, porque cuando despliegan su actividad profesional lo hacen por cuenta de otra persona, quien por supuesto es la que se obliga”¹⁵.

Ahora bien, para evitar una confusión con otras figuras jurídicas, como puede ser el agenciamiento comercial o las obligaciones propias del transportador, es recomendable que el contrato se estructure en el siguiente sentido:

- i) El contrato debe señalar expresamente que el agente del transportador actúa en calidad de agente.
- ii) El lenguaje del contrato debe ser claro en señalar que el agente actúa en nombre y representación del transportador, para efectos aduaneros.
- iii) El contrato debe ser claro en relación con las obligaciones de las partes, así como el nivel en que se puede llegar a involucrar en la operación el agente, por ejemplo, si manipula la carga, utiliza vehículos o realiza alguna actividad complementaria¹⁶.

14 José Fernando Ramírez Gómez, NICOLÁS LIBOS SAAD vs. PROMOTORA COLMENA S.A. (1998).

15 Jaime Alberto Arrubula Paucar, COLTRANS LIMITADA vs. FRONTIER DE COLOMBIA S.A. (2009).

16 David A. Glass & Chris Cashmore. *Introduction to the law of carriage of goods* 73 (1989).

2. Los agentes aeroportuarios, marítimos y terrestres en la Nueva Regulación Aduanera

El artículo 67 del Decreto 390 de 2016, define los agentes del transportador de la siguiente manera:

*Artículo 67. Agentes aeroportuarios, marítimos y terrestres de los transportadores. **Son personas jurídicas que actúan mediante contrato, por cuenta y riesgo de las empresas de transporte internacional. En virtud de este contrato, se hacen exigibles las obligaciones aduaneras que le corresponden al transportador. En caso de incumplimiento se les aplicarán las sanciones previstas para este último en el presente decreto**¹⁷.*

De la norma citada, podemos colegir lo siguiente:

- i) Los agentes del transportador, deben ser personas jurídicas.
- ii) Los agentes del transportador actúan mediante contrato, por cuenta y riesgo de las empresas de transporte internacional.
- iii) En virtud del contrato, se hacen exigibles las obligaciones aduaneras correspondientes al transportador.
- iv) En caso de incumplimiento del transportador, se le aplican las sanciones previstas para este en el Decreto 390 de 2016.

Sobre esta definición debemos advertir que la norma hace referencia al contrato de agenciamiento entre el transportador¹⁸ y su agente, contrato que al celebrarse con un transportador internacional podría estar sujeto a una ley aplicable y a un foro diferentes a los colombianos; lo anterior, por ejemplo, en el supuesto de arbitraje internacional¹⁹.

Ahora bien, la norma indica que es en virtud del contrato de agenciamiento que se hacen exigibles las obligaciones aduaneras que le corresponden al transportador. Al respecto, no es claro si la norma le exige al contrato que contenga cláusulas específicas en ese sentido. A pesar de ello, en la Resolución 31 de 2018, mediante la cual se reguló la figura del agente aeroportuario y el agente

17 Sin negrillas en original.

18 Para el caso del agente marítimo, como será analizado en la sección 3, este representa al armador no al transportador.

19 Ver Ley 1563 de 2012.

terrestre, se entiende que se exige que el contrato incluya este clausulado de manera expresa, so pena de que la DIAN no habilite al agente.

El hecho de que la norma le exija a las partes incluir un clausulado específico, podría resultar contrario a la libertad contractual, toda vez que, en virtud de la libertad de las partes el contrato podría autorizar al agente para que represente al transportador ante la DIAN; no obstante, el contrato no establezca la solidaridad del agente ante el incumplimiento del transportador. Así pues, no se entiende cómo una responsabilidad establecida por las partes puede ser oponible o exigible por la DIAN, más aún cuando esta entidad se ha pronunciado en el sentido de señalar que los documentos privados solo vinculan a las partes y no a la autoridad aduanera. En este sentido, la DIAN se pronunció mediante el Concepto N° 100208221-000549 del 14 de junio de 2016:

“Frente a la autorización que cita en su consulta donde el importador de la mercancía le solicita proceder con el trámite de nacionalización omitiendo el reconocimiento físico de las mercancías y exonerando a la agencia de aduanas de esta responsabilidad, es preciso aclarar que este documento no exime de responsabilidad alguna, **ya que por tratarse de un documento privado solo vincula a las partes y no a la autoridad aduanera**, es decir no es oponible a esta”²⁰.

En ese orden de ideas la norma contiene una primera imprecisión, pues señala que es en virtud del contrato que se hacen exigibles las obligaciones del transportador al agente, cuando debería ser en virtud de la ley, a saber, el Decreto 390 de 2016²¹.

3. El agente marítimo

El agente marítimo es el representante del armador en los puertos, que se encarga de obtener espacio en buque para determinada mercancía, coordinar las operaciones de cargue, estiba y descargue, así como recibir la carga para entregarla al destinatario o la autoridad aduanera²².

A diferencia del agente aeroportuario y el agente terrestre, el agente marítimo no fue creado por la Nueva Regulación Aduanera, sino que esta figura ya se encontraba en el Código de Comercio, a saber, en el Título III del Capítulo I

20 Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina - DIAN, Concepto N° 100208221-000549 (2016).

21 Decreto 390 de 2016. Artículos 71 y 530.

22 José Vicente Guzmán Escobar. *El contrato de transporte marítimo de mercancías bajo conocimiento de embarque* 56 (1ª ed. 2007).

del Libro Quinto²³. El artículo 1489 del C. de Co. define al agente marítimo de la siguiente manera: *Art. 1498.– Agente marítimo es la persona que representa en tierra al armador para todos los efectos relacionados con la nave.*

Del texto citado podemos ver cómo el agente marítimo representa al armador no al transportador; así mismo, es una persona sin calificativo alguno de ser natural o jurídica; en efecto, en la base de datos de la Dirección General Marítima –DIMAR– se encuentran diferentes personas naturales que actúan como agentes marítimos ante la autoridad.

Estos dos puntos claramente van en contravía de la norma aduanera, puesto que la misma señala que el agente marítimo representa al transportador, así como le exige que sea una persona jurídica. Adicionalmente, la norma aduanera les impone a los agentes marítimos la obligación de registrarse como tales ante la DIAN, a pesar de que, tanto el C. de Co.²⁴ como el Decreto Ley 2324 de 1984²⁵ establecen claramente que la única obligación de registro de los agentes marítimos es frente a la DIMAR y no la DIAN.

En ese sentido, podría presentarse el escenario en el que un agente marítimo se encuentre autorizado por la DIMAR, pero no por la DIAN, razón por la cual en la práctica no podría operar ni ejecutar su actividad de agenciamiento marítimo. Lo anterior contravendría las normas del C. de Co. y el Decreto Ley 2324 de 1984, por cuanto le estaría imponiendo obligaciones adicionales al agente marítimo. Adicionalmente, el hecho de que se le exija a un agente marítimo una autorización adicional para poder operar excede las facultades legales otorgadas por el Congreso al Ejecutivo a través de la Ley 1609 de 2013 (Ley Marco de Aduanas). Lo anterior toda vez que la señalada ley establece en el artículo 1º que el Ejecutivo solo podrá modificar las disposiciones concernientes al régimen de aduanas, sin entrar a regular aspectos o materias que correspondan privativamente al Congreso de la República, mientras que, en el caso en concreto, el Ejecutivo estaría contrariando el C. de Co. así como normas marítimas, como lo son las obligaciones del agente marítimo.

3.1. El agente marítimo como representante del armador

Como el agente marítimo representa al armador, se debe analizar quién efectivamente es el armador, definido por el artículo 1473 el C. de Co., de la siguiente manera:

23 Código de Comercio. Artículos 1489 y ss.

24 Código de Comercio. Artículo 1491.

25 Decreto 2324 de 1984. Artículo 5.

Art. 1473.- Llámese armador la persona natural o jurídica que, sea no propietaria de la nave, la apareja, apertrecha y expide a su propio nombre y por su cuenta y riesgo, percibe las utilidades que produce y soporta todas las responsabilidades que la afectan.

La persona que figure en la respectiva matrícula como propietario de una nave se reputará armador, salvo prueba en contrario.

Del texto citado, se puede evidenciar cómo la norma no hace referencia a que el armador sea el mismo transportador; el armador es el propietario de la embarcación o quien la “opere”²⁶, quien podrá ser o no el transportador.

Como resaltamos en un inicio, existe una diferencia entre el transportador contractual y el transportador de hecho; en ese sentido, diríamos que el armador podría ser el transportador de hecho, pero no siempre será el transportador contractual. Esta diferencia no es extraña al transporte marítimo de mercancías, toda vez que el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978 (Reglas de Hamburgo), hace referencia al “porteador efectivo”²⁷, entendiéndose el transportador de hecho. Esta diferencia permanece en el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimas (Reglas de Rotterdam)²⁸.

La diferencia entre el transportador contractual y el transportador de hecho es crítica, puesto que el agente marítimo podría representar al transportador de hecho y no al contractual, circunstancia que estaría en contradicción con la definición del Decreto 390 de 2016. Lo anterior dado que un agente marítimo podría estar agenciando una nave que llegue a Colombia, pero no al transportador, siendo que no siempre el armador será quien expida el conocimiento de embarque, documento prueba del contrato de transporte²⁹.

La realidad de la industria del transporte marítimo lleva a que no siempre la empresa transportadora sea la propietaria o quien “opera” la embarcación en la que se transporta la mercancía, lo cual depende de la relación que se encontrará

26 El artículo 1473 señala que el armador apareja, pertrecha la nave y expide a su propio nombre y por su cuenta y riesgo, percibe las utilidades que produce y soporta todas las responsabilidades que la afectan.

27 Por “porteador efectivo” se entiende toda persona a quien el portador ha encomendado a ejecución del transporte de las mercancías, o de una parte del transporte, así como cualquier otra persona a quien se ha encomendado esa ejecución.

28 Las reglas de Rotterdam: una nueva era en el derecho uniforme del transporte: actas del Congreso Internacional celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid, durante el 17 y el 18 de septiembre de 2009, 79 (Rafael Illescas Ortiz & Manuel Alba Fernández eds., 2012).

29 John Furness Wilson. *Carriage of goods by sea* 129 (7th ed. 2010).

regulada en el correspondiente contrato de fletamento (*demise/bareboat*³⁰, *time*³¹, o *voyage charter-party*³²).

En el contrato de fletamento, el fletador puede ser el armador, el propietario u otra persona quien tenga derecho de disponer de la nave, que le entrega una nave al fletante para la realización de un viaje, o por un período determinado a cambio de un precio denominado flete. En los términos de este contrato, el fletante adquiere el derecho de uso y explotación de la nave, asimismo, podría llegar a fletarla a otro fletante.

En Colombia, el contrato de fletamento se encuentra parcialmente definido en el artículo 1666 del C. de Co., ya que dejó por fuera el fletamento a casco desnudo:

ARTÍCULO 1666. DEFINICIÓN DE FLETAMENTO. El fletamento es un contrato por el cual el armador se obliga, a cambio de una prestación, a cumplir con una nave determinada uno o más viajes preestablecidos, o los viajes que dentro del plazo convenido ordene el fletador, en las condiciones que el contrato o la costumbre establezcan.

Del texto de la norma citada se puede evidenciar que las partes son libres de establecer las condiciones que estos desean en virtud de su libertad contractual³³. En ese orden de ideas, las partes pueden libremente establecer quién actuará como armador independientemente de quien “opere” la embarcación; así mismo, las partes pueden libremente decidir si actúan, o se presentan, como transportador ante el Interés de la Carga y las diferentes autoridades aduaneras o marítimas.

Ahora bien, en años recientes la industria del transporte marítimo ha implementado *Vessel Sharing Agreement*³⁴ –*VSA*–. Estos son acuerdos a los que llegan los transportadores en línea para compartir el espacio de las embarcaciones que realizan una ruta. Bajo los VSA, se puede presentar que en el buque de la empresa A se transporte mercancía bajo conocimientos de embarques expedidos por las

30 Ibid., p. 7.

31 Ibid., p. 85.

32 Ibid., p. 47.

33 José Guzmán & María Pino, “El contrato de fletamento y sus principales diferencias con el contrato de transporte bajo el conocimiento de embarque”, 10 *Rev. E-Mercat.*, 9 (2011), <https://revistas.ueexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2909> (last visited Oct 8, 2018).

34 Federico Quartieri. *Are vessel sharing agreements pro-competitive?*, (2017). an examination is provided of the effects on equilibrium prices, equilibrium aggregate quantities and consumer welfare of the formation and enlargement of vessel sharing agreements. A positive answer is developed to the question raised in the title of the present work that supports a laissez-faire policy for these consortia.”, “DOI”: “10.13140/rg.2.2.18943.00164”, “language”: “en”, “author”: [“family”: “Quartieri”, “given”: “Federico”], “issued”: {“date-parts”: [“2017”]}}], “schema”: “https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json”]

transportadoras B, C y D. Siendo el armador la empresa A, pero el transportador contractual las empresas B, C y D. En cuyo caso, es claro que frente a la autoridad marítima el agente marítimo solo representa al armador A, pero frente a la DIAN estaría representando a A, B, C y D, sin que el agente marítimo haya celebrado un contrato de agenciamiento con B, C y D, por lo que en los términos del artículo 67 del Decreto 390 de 2016, el agente marítimo no estaría representando a los transportadores con los cuales no ha celebrado un contrato de agenciamiento.

En ese orden de ideas, los transportadores B, C y D deberían celebrar un contrato de agenciamiento con el agente de A, conseguir su propio agente marítimo, o actuar directamente ante la DIAN. Independientemente de la opción que se escoja, es evidente que existe una disparidad entre la figura aduanera y la comercial del agente marítimo.

Esta confusión en la regulación aduanera ya se venía presentando con anterioridad a la expedición del Decreto 390 de 2016, puesto que tanto el artículo 104-1 del Decreto 2685 de 1999, como el artículo 29-1 de la Resolución 4240 de 2000 señalan que el agente marítimo representa al transportador marítimo:

ARTÍCULO 104-1. Actuación del Agente Marítimo. De conformidad con lo previsto en el artículo 1492 del Código de Comercio, cuando el Agente Marítimo actúe como representante del transportador en Colombia, deberá cumplir con las obligaciones establecidas para este en los diferentes regímenes aduaneros, y por lo tanto su incumplimiento generará la aplicación de sanciones previstas para los transportadores en el presente decreto.

ARTÍCULO 29-1. REPRESENTANTE DEL TRANSPORTADOR MARÍTIMO. De conformidad con lo previsto en el artículo 1492 del Código de Comercio, cuando el Agente Marítimo actúe como representante del transportador en Colombia, deberá cumplir con las obligaciones establecidas para este en los diferentes regímenes aduaneros.

De las normas citadas podemos ver cómo se confunde al armador con el transportador; sin embargo, con el uso de la expresión “cuando”, la norma reconoce que es posible que el agente marítimo no actúe como representante del transportador, en cuyo caso aquel no deberá cumplir con las obligaciones del transportador. No obstante, parece ser que la confusión entre transportador y armador permeó la Nueva Regulación Aduanera, de manera que se habría creado una figura que denominaremos “agente marítimo aduanero”; para diferenciarlo del agente marítimo propiamente dicho.

3.2. El agente marítimo ¿agente del transportador?

Como se ha venido explicando, en materia del transporte marítimo de mercancías definir quién es el transportador puede resultar particularmente difícil. En materia del transporte marítimo el C. de Co. remite a las normas generales aplicables al contrato de transporte. En ese sentido, en los términos del artículo 984 del C. de Co.³⁵, el transportador en el transporte marítimo de mercancías es el contractual, no el de hecho.

Por su parte, el Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materias de Conocimientos de Embarque de 1924 (Reglas de la Haya, 1924) define al transportador como el “propietario del buque o el fletador, quien forma parte de un contrato de transporte con un cargador”³⁶, es decir, un transportador contractual. Esta misma definición se mantuvo con la modificación de 1979 (Reglas Haya-Visby).

Ya es con las Reglas de Hamburgo que la definición de transportador cambia, puesto que estas reconocen al transportador de hecho. En estas no se exige ser armador, o fletar una nave para poder ser reconocido como tal. De esta forma, se reconoció sin duda alguna que el transportador puede ser un transportador contractual.

Es en ese contexto normativo en el que se debe analizar si efectivamente el agente marítimo es un agente del transportador, pudiendo así asumir las obligaciones contractuales y legales de este. Al respecto debemos señalar que no estamos negando que existan escenarios en los cuales el armador sea el mismo transportador; sin embargo, a razón de los avances contractuales y logísticos en el transporte marítimo, estas figuras se deslindan cada día más. Particularmente, tratándose de transporte de mercancías bajo conocimiento de embarque, y mercancía contenerizada.

Ahora bien, como ya fue adelantado, el agente marítimo representa al armador no al transportador; en este mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado. La Sección Primera del Consejo de Estado, en sentencia del año 2000, C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola, señaló expresamente que no se pueden confundir el armador, el transportador y el agente marítimo, puesto que cada uno de ellos tiene obligaciones diferentes:

35 Tamayo Jaramillo, supra nota 4 en 51.

36 Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque, suscrito en Bruselas el 25 de agosto de 1924 (1924).

“[...] señala que, si bien es cierto que el agente marítimo representa en tierra al armador para todos los efectos relacionados con la nave, también es que no pueden confundirse e identificarse plenamente el armador y el agente marítimo, así como tampoco con el transportista, máxime si se tiene en cuenta que el mencionado Código de Comercio consagra obligaciones distintas para cada uno de ellos”³⁷.

En una línea similar, en sentencia del año 2004, el Consejo de Estado, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, afirmó que el hecho de que el artículo 1492 del C. de Co. consagre como obligación del agente marítimo el hacer entrega a las respectivas autoridades aduaneras de la mercancía, no significa que sea responsable por el contenido del documento de transporte.

“Si bien es cierto que el agente marítimo es la persona que representa en tierra al armador para todos los efectos relacionados con la nave (artículo 1489 del C. de Co.), ello de manera alguna puede considerarse como identificación entre uno y otro, así como tampoco con el transportista, pues las normas del C. de Co. señalan las obligaciones que corresponden a cada uno de ellos. El artículo 1492 del C de Co. al que alude el recurrente, consagra dentro de las obligaciones del agente marítimo, entre otras, la de ‘Hacer entrega a las respectivas autoridades aduaneras y a órdenes del destinatario, de las mercancías transportadas por la nave’ (numeral 3) y ‘Responder personal y solidariamente con el capitán de la nave agenciada, por la inejecución de las obligaciones relativas a la entrega de las mercancías’ (numeral 5), obligaciones estas que no implican que al agente corresponde verificar que lo declarado es lo realmente transportado, pues su obligación tiene que ver con la entrega de las mercancías en las mismas condiciones en que las recibió”³⁸.

Así pues, la jurisprudencia nacional da evidencia de la diferencia que existe entre el armador y el transportador, por lo que es contrario al C. de Co. considerar que el agente marítimo representa a este último. De esa manera, la nueva regulación aduanera le está asignando al agente marítimo una serie de obligaciones que no hay lugar a que le sean asignadas, toda vez que la norma parte de un error conceptual al equiparar al armador con el transportador. En ese sentido, es que en aras de encontrarle sentido a la norma aduanera hablamos del agente marítimo aduanero como un nuevo OCE, diferente del agente marítimo del C. de Co.

37 Manuel Santiago Urueta Ayola, *SOCIEDAD READY LIMITADA vs. UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL - DIAN*, (2000).

38 Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, *AGENCIA MARÍTIMA GRANCOLOMBIANA S.A. vs. LA NACIÓN DIAN BUENAVENTURA* (2004).

4. El agente aeroportuario

A diferencia de lo que sucede con el agente marítimo, la figura del agente aeroportuario no se encuentra regulada en el C. de Co., siendo una figura netamente aduanera, que fue creada por el Decreto 390 de 2016. En ese sentido, debemos analizarla desde el punto de vista de las reglas generales del C. de Co., es decir, un mandato con representación, y desde la práctica de la industria.

A diferencia del agente marítimo, el aeroportuario actualmente se encuentra regulado por la Resolución 31 de 2018, la cual nos puede dar alguna idea de lo que prevé la DIAN sea la actuación de estos agentes.

El numeral 3 del artículo 14 de la Resolución 31 de 2018 señala que el contrato entre el agente y el transportador debe indicar que se hacen exigibles al agente las obligaciones aduaneras que le corresponden al transportador. En ese sentido, un contrato que no indique expresamente esta obligación no será tenido en cuenta por la DIAN para otorgar la autorización y por lo tanto la DIAN procedería a negarla.

Por su parte, el numeral 4 del artículo 14 de la Resolución 31 de 2018 señala que el agente aeroportuario deberá: *Acreditar la autorización que la autoridad competente haya otorgado al transportador internacional no domiciliado en el país, para prestar los servicios de transporte de carga, cuando a ello haya lugar.* En este sentido, se debe advertir sobre la diferencia que puede existir entre el transportador de hecho y el transportador contractual, puesto que podría presentarse la situación en que bajo una jurisdicción se requiera de autorización, pero el otro no, siendo posible que la DIAN exija esta acreditación a pesar de que quien actúa como transportador no la requiera.

Ahora bien, de igual forma que en el transporte marítimo, en el transporte aéreo se presenta el fletamento de aeronaves, según el artículo 1893 del C. de Co.:

Es un contrato intuitu personae por el cual un explotador, llamado fletante, cede a otra persona, llamada fletador a cambio de una contraprestación, el uso de la capacidad total o parcial de una o varias aeronaves, para uno o varios vuelos, por kilometraje o por tiempo, reservándose el fletante la dirección y autoridad sobre la tripulación y la conducción técnica de la aeronave.

De tal manera que el fletante es quien ejecuta la operación del transporte, por quien se ha obligado frente al cargador el fletador. En efecto, de manera similar al caso del transporte marítimo, en el fletamento sucede una “especie de alquiler de la capacidad transportadora de la aeronave”³⁹. En ese orden de ideas, si

39 Javier Tamayo Jaramillo. *El contrato de transporte: terrestre y aéreo, de pasajeros y de mercancías, interno e internacional* 57 (1991).

bien no existe norma que señale que el agente aeroportuario es el representante del fletador, sí puede presentarse la situación en la que exista confusión en poder identificar a quién representa el agente aeroportuario, bien al transportador de hecho o al transportador contractual. Lo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad debida entre fletante y fletador a razón del contrato de fletamento.

Finalmente, es pertinente traer a colación la figura del operador aeroportuario, consagrada en el párrafo del artículo 97 del Decreto 2685 de 1999, puesto que el operador aeroportuario, para efectos de la citada norma, es quien actúa en representación del transportador aéreo no domiciliado en el país en la modalidad de chárter, quien normalmente es la empresa responsable de la recepción o atención de la nave, aprovisionándola de combustible, descargando las mercancías en ella transportada, preparando rampas y escaleras, entre otras actividades propias de la logística de alistamiento de las aeronaves. Entonces, parece ser que la Nueva Regulación Aduanera buscando extender la figura del operador aeroportuario, ha creado al agente aeroportuario, con todas las dificultades ya reseñadas.

5. El agente terrestre

Al igual que el agente aeroportuario, el agente terrestre del transportador es una figura jurídica nueva. En ese sentido, las mismas consideraciones aplicables al agente aeroportuario lo resultan para el agente terrestre.

Al respecto, vale traer a colación las complejas relaciones contractuales que ocurren en materia de transporte terrestre, ya que en este existen aún más actores que en el transporte aéreo y marítimo, a saber: transportador contractual, propietario del vehículo, arrendatario o administrador del vehículo, empresa afiladora, tercero explotador de vehículo que no es ni propietario ni empresa transportadora, y el conductor⁴⁰.

Para el caso del transporte terrestre, la problemática en la identificación del transportador obligado aduaneramente resulta evidente cuando se trata de transportes sucesivos. En efecto, de acuerdo con el artículo 986 del C. de Co., en el transporte sucesivo existe un único contrato de transporte, así intervengan varios transportadores de hecho en la ejecución. En este sentido, la norma del C. de Co. apoya la posición de la nueva regulación aduanera; así mismo la jurisprudencia nacional ha adoptado la idea de que es el transportador contractual el responsable de las obligaciones que se derivan de la operación⁴¹.

40 Tamayo Jaramillo, supra nota 4 en 55-71.

41 COLBATECO LTDA. vs. CONALTRA (1986).

Sin embargo, debemos advertir que la solidaridad consagrada por el C. de Co. para el transporte sucesivo se predica de la responsabilidad contractual del contrato de transporte, mas no de las obligaciones aduaneras del transportador. En ese orden de ideas, la norma aduanera ignora al transportador de hecho como sujeto de control aduanero, a pesar de que es posible que este control se torne eficaz y eficiente si la DIAN enfoca su actividad de control y vigilancia en el transportador de hecho. Pensemos en un supuesto en el que un transportador de hecho, quien en múltiples oportunidades no preserva la integridad de los dispositivos de seguridad, o se opone a la inspección de las mercancías, pero que, como es transportador de hecho no es quien estaría sujeto a control de la DIAN ni al régimen sancionatorio consagrado en la Nueva Regulación Aduanera. En ese sentido, la responsabilidad del transportador de hecho se evidenciaría en una eventual repetición del transportador contractual. Sin embargo, el transportador de hecho podría seguir operando sin que la DIAN pudiera ejercer su función de control sobre el mismo.

Una circunstancia similar se presenta en el caso del transporte combinado⁴² cuando la última pierna del trayecto es ejecutada por un transportador terrestre; en este escenario, por definición del Decreto 390 de 2016, se podrían presentar hasta tres contratos de transporte, pero el transportador agenciado solo sería quien presente la mercancía a la DIAN, en este caso el transportador terrestre.

Por lo anterior, resulta lamentable que ni el C. de Co. ni la norma aduanera regulen la responsabilidad de quien normalmente ejecuta el transporte, previo encargo del transportador contractual. En efecto, es usual que el transportador contractual le encargue la ejecución del contrato al explotador de un vehículo, quien puede o no tener la propiedad del mismo; a su vez este explotador puede estar afiliado a una empresa con la cual se encuentra obligado contractualmente, pero es este quien ejecuta el transporte de la mercancía⁴³. Sumado a lo anterior, la identificación del transportador se puede ver complicada cuando en un mismo vehículo se incluye carga cuyo transporte ha sido subcontratado por varios transportadores contractuales; así pues, existe la posibilidad de que un mismo vehículo deba ser agenciado por más de un agente.

Entonces, debemos preguntarnos quién efectivamente es el transportador a quien se deberá agenciar. Si bien la norma aduanera hace referencia al transportador contractual, tal vez se deba hacer referencia más bien al transportador de hecho. Por cuanto es el transportador de hecho quien físicamente entregaría la carga a la autoridad aduanera.

42 Ver artículos 865 del Código de Comercio y 3º del Decreto 390 de 2016.

43 Tamayo Jaramillo, supra nota 4 en 67.

6. Conclusiones

- La Nueva Regulación Aduanera al crear la figura del agente del transportador establece un nuevo régimen de responsabilidad para los transportadores internacionales. Sin embargo, estas nuevas figuras desconocen la realidad jurídica y práctica de las operaciones de transporte internacional, por cuanto la norma aduanera simplifica la figura del transportador, desconociendo así las diferencias entre el de hecho y el contractual.
- Por lo anterior, con la reciente publicación del proyecto de Decreto “Por el cual se dictan disposiciones para la aplicación del Régimen de Aduanas y de Comercio Exterior en desarrollo de la Ley 7 de 1991 y la Ley Marco de Aduanas 1609 de 2013”, se presenta la oportunidad perfecta para que la figura del agente del transportador se modifique de modo que la misma sea concordante con la realidad comercial, contractual y logística de las operaciones del transporte. Efectivamente, si bien es necesario compilar las normas aduaneras en un único documento, nada impide a la autoridad realizar los cambios correspondientes a los diferentes OCE, con la finalidad de darle coherencia al sistema.
- Particularmente, para el caso de los agentes aeroportuarios y terrestres, se propone como forma de remediar esta situación establecer claramente que el agente representa al transportador de hecho mas no al contractual. En este sentido, se podría evitar que un mismo vehículo o aeronave deba ser agenciado por un sinnúmero de agentes, uno por cada transportador contractual. Si bien la norma aduanera puede buscar que los transportadores no escapen de sus obligaciones aduaneras, así como el ejercicio del control por parte de la autoridad, esto no puede ser una barrera burocrática al comercio internacional. En ese sentido, el derecho aduanero no puede desconocer las necesidades del transporte internacional de mantener una cadena logística en movimiento. De esta manera la DIAN ejercería el control aduanero sobre quien realmente realiza el transporte, de modo que se garantice una mayor seguridad en la cadena logística.
- Ahora bien, en el caso del agente marítimo, esta es una figura que ya se encuentra regulada en el C. de Co. En ese orden de ideas, podemos observar cómo la norma aduanera desconoce la regulación comercial y marítima, toda vez que asume erradamente que el agente marítimo representa al transportador, cuando en realidad representa al armador. Al respecto, es posible asumir que el armador se asimila más al transportador de hecho que al transportador contractual. Por lo que, así como se ha sugerido para el caso del agente terrestre y aeroportuario, podría resultar útil que la norma

aduanera cambie la definición de transportador, de un transportador contractual al transportador de hecho, a saber, el armador.

- Adicionalmente, el Decreto 390 de 2016 desconoce flagrantemente la posibilidad de que los agentes marítimos sean personas naturales, toda vez que exige que ellos sean personas jurídicas. Así mismo, la norma aduanera establecería una nueva autorización para que los agentes marítimos operen en el territorio, a saber, una autorización aduanera. Esto es contrario al artículo 1491 del C. de Co. el cual señala que el agente marítimo solo debe registrarse ante la DIMAR para poder operar en Colombia; así pues, se puede decir que la DIAN ha asumido competencias legales de la DIMAR. Es por ello que hemos denominado la figura del agente marítimo del Decreto 390 de 2016, como el agente marítimo aduanero, para así poder diferenciarlo del agente marítimo establecido en el C. de Co.

Bibliografía

- Djadjev I. *The Obligations of the Carrier Regarding the Cargo* (Springer International Publishing 2017).
- Glass D.A. and Cashmore C. *Introduction to the Law of Carriage of Goods* (Sweet & Maxwell, 1989).
- Guzmán Escobar, J.V. “El agente de carga” (2005) 4 En: *Revist@ E-Mercatoria* 1
- Guzmán Escobar, J.V. *El contrato de transporte marítimo de mercancías bajo conocimiento de embarque* (1ª ed., Universidad Externado de Colombia, 2007).
- Guzmán, José y Pino, María. “El contrato de fletamento y sus principales diferencias con el contrato de transporte bajo el conocimiento de embarque” (2011) 10 En: *Revista e-mercatoria* <<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2909>> accedido 8 October 2018
- Illescas Ortiz, R. and Alba Fernández. M. (eds.). *Las reglas de Rotterdam: una nueva era en el derecho uniforme del transporte: actas del Congreso Internacional celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid, durante el 17 y el 18 de septiembre de 2009* (Dykinson 2012).
- Quartieri, F. ‘Are Vessel Sharing Agreements Pro-Competitive?’
- Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina - DIAN, ‘Concepto N° 100208221-00549’
- Tamayo Jaramillo, J. *El contrato de transporte: terrestre y aéreo, de pasajeros y de mercancías, interno e internacional* (Editorial Temis, 1991).
- United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), ‘Key Statistics and Trends in International Trade: The Status of World Trade’ 35.
- Wilson, J.F. *Carriage of Goods by Sea* (7th ed., Pearson/Longman 2010).
- AGENCIA MARÍTIMA GRANCOLOMBIANA S.A. vs. LA NACIÓN DIAN BUENAVENTURA (Consejo de Estado, Sección Primera).

COLBATECO LTDA. vs. CONALTRA (Tribunal Superior de Bogotá).

COLTRANS LIMITADA vs. FRONTIER DE COLOMBIA S.A. [2009] Corte Suprema de Justicia, Sala Civil 1100131030392001-00142-01.

NICOLÁS LIBOS SAAD vs. PROMOTORA COLMENA S.A. [1998] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria 4821.

SOCIEDAD READY LIMITADA vs. UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL - DIAN (Consejo de Estado, Sección Primera).

Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque, suscrito en Bruselas el 25 de agosto de 1924.