

Alcance de las cláusulas restrictivas de responsabilidad en los contratos de mandato de las agencias de aduanas

Scope of restrictive clauses of liability in mandate contracts of customs agencies

Marlys Janeth Herazo Narváez*

Resumen

Este artículo pretende determinar el alcance de las cláusulas restrictivas de responsabilidad incluidas en los contratos de mandato de las agencias de aduanas. El análisis abarca la naturaleza jurídica mixta de las agencias de aduanas como sujetos de derecho público y privado, las características particulares del contrato de mandato aduanero y la responsabilidad que se deriva del mismo, así como las cláusulas restrictivas de responsabilidad y sus límites generales de validez. La posibilidad de integrar al contrato de mandato aduanero deberes secundarios de conducta exigibles a las agencias de aduanas, debido a su carácter de contrato de adhesión y en aplicación de los principios de solidaridad y buena fe, ocupa la última sección de esta revisión.

Palabras clave: agencia de aduanas, contrato de mandato aduanero, cláusulas restrictivas de responsabilidad, buena fe, deberes secundarios de conducta.

Abstract

This article seeks to determine the scope of the limitation of liability clauses included on mandate contracts used

* Abogada de la Universidad Libre de Barranquilla, especialista en Derecho Comercial y Marítimo y candidata a Magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, Seccional Santa Marta. Asesora jurídica y profesora de la facultad de Derecho de la Corporación Universitaria Americana de Barranquilla.

by customs agencies. The analysis covers the mixed legal status of customs agencies as subjects of public and private law, the particular characteristics of the customsmandate contract and responsibility that stems from it, and the limitation of liability clauses and its limits of validity. The possibility of integrating collateral duties to the customs mandate contract required from the customs agencies, due to its nature of contract of adhesion and on application of solidarity and good faith principles, is discussed on the last section of this review.

Keywords: customs agency, customs mandate contract, limitation of liability clauses, good faith, collateral duties.

Introducción

Con la evolución de la estructura socioeconómica del entorno actual donde el eje central está representado en el consumo, el derecho, como disciplina regulatoria de las leyes aplicables a las relaciones humanas, ha entrado a suplir la necesidad de velar porque exista equidad en las reglas del juego, en el que los grandes emporios empresariales tienen una evidente posición dominante y de no existir límites claros, el consumidor se vería supeditado inexorablemente a las condiciones impuestas por estos para el acceso a un bien o un servicio.

Precisamente en este contexto, el derecho contemporáneo se ha encargado de estudiar la figura de las cláusulas restrictivas de responsabilidad y establecer límites a las mismas, centrandose su interés en los contratos de adhesión, entre los que se encuentran los contratos de mandato elaborados por las agencias de aduanas, en los que el importador y el exportador simplemente aceptan los términos y condiciones que estas plantean como contenido del contrato, sin que haya lugar a una negociación previa al respecto.

El agenciamiento aduanero, como actividad de enlace en la cadena logística del comercio exterior en Colombia, también acude a las cláusulas restrictivas de responsabilidad en los contratos de mandato que suscriben con los actores de la escena comercial internacional. En este sentido, en caso de no respetarse los límites a las cláusulas mencionadas, podrían verse menoscabados los intereses del usuario de comercio exterior, la parte débil en

esta relación contractual. De acuerdo con lo anterior, el presente artículo de reflexión pretende examinar el alcance de las cláusulas limitativas de responsabilidad incluidas en los contratos de mandato de las agencias de aduanas tomando como referencia los modelos utilizados por la Federación Colombiana de Agentes Logísticos en Comercio Internacional (En adelante, Fitac) y la Agencia de Aduanas Operaduanas S.A. Nivel 2 (en adelante, Operaduanas).

Para el desarrollo de esta reflexión se utilizará un criterio que va de lo general a lo particular y se tendrá como eje central el análisis de contenido de textos. Se partirá del análisis de la figura de las agencias de aduanas como pieza clave en la cadena logística, delimitando su naturaleza jurídica, características, formas de vinculación contractual y responsabilidades.

En segundo lugar, se realizará una revisión de la figura del contrato de mandato en general pasando a las particularidades del contrato de mandato aduanero y su estudio como un posible contrato de adhesión, así como la responsabilidad de las agencias de aduanas como mandatarios, para luego abordar un enfoque conceptual básico del tema de las cláusulas limitativas de responsabilidad. Todo ello con el propósito de delinear el marco conceptual necesario para efectuar la revisión de las cláusulas restrictivas de responsabilidad incluidas en los contratos de mandato objeto del estudio y evaluar su alcance, a la luz de los límites de validez que se aplican a las mismas.

El agente de aduanas: pieza clave en la cadena logística

El comercio internacional es un motor fundamental para la prosperidad económica. Es tal su importancia a nivel global que diversas organizaciones internacionales están trabajando para desarrollar estrategias que permitan garantizar el comercio mundial con altos estándares de seguridad, y a la vez facilitar la circulación de mercaderías con mayor agilidad. La Organización Mundial de Aduanas (OMA), por ejemplo, está desarrollando desde el año 2005 un sistema que busca mejorar la seguridad y facilitar el comercio internacional, denominado Marco Normativo SAFE

(2012), que en su última versión, publicada en junio de 2012, fue integrado en un mismo documento con otras directrices relativas a la gestión de la cadena logística integrada, la aplicación del programa relativo a los Operadores Económicos Autorizados (OEA) y los Acuerdos de Reconocimiento Mutuo (ARM). Es de anotar que para alcanzar los macro objetivos de estas estrategias se requiere de la preparación y cooperación de todos los actores de la cadena logística internacional: autoridades aduaneras, importadores, exportadores, intermediarios aduaneros, agentes marítimos, agentes de carga, transportadores, entre otros.

Colombia, con el inicio de las gestiones necesarias para la expedición de un nuevo estatuto aduanero, está tratando de responder al llamado de armonización normativa y cumplir compromisos adquiridos con la firma de tratados internacionales de libre comercio¹, a la vez que busca adecuar los procedimientos de control aduanero a la realidad del país, a las tendencias modernas del derecho comparado, a la adopción del Convenio de Kyoto de 1999 y algunas disposiciones de la Comunidad Andina de Naciones, tales como las Decisiones 670 y 671 de 2007.

El proceso de expedición del nuevo estatuto aduanero inició desde el año 2010 y ya tiene siete versiones. La propuesta más reciente del proyecto fue publicada en febrero de 2015 por parte de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, para efectos de su revisión por parte de la ciudadanía en general. A la fecha, el proyecto no ha podido ser sancionado debido a múltiples obstáculos. El último de ellos, que era la sentencia de tutela que ordenó la suspensión del trámite del mismo hasta que no se surtieran los trámites de consulta previa con las comunidades afrodescendientes de Bocachica y Caño de Oro para la operación

¹ En las consideraciones del proyecto de Estatuto Aduanero se observa la necesidad del Gobierno Nacional de armonizar la regulación aduanera con las normas de la Comunidad Andina y el Convenio Internacional para la Simplificación y Armonización de los Regímenes Aduaneros (Convenio de Kyoto), así como de la adecuación de la regulación “a las mejores prácticas internacionales, para facilitar el comercio exterior y el cumplimiento de los compromisos adquiridos por el país dentro de los acuerdos comerciales” (DIAN, 2015).

de fondeo contenida en el articulado, fue revocada por la Corte Constitucional mediante sentencia T-646 de 2014.

El nuevo proyecto de estatuto aumenta las definiciones técnicas en materia aduanera, implementa la figura del Operador Económico Autorizado (OEA), adopta el concepto de obligación aduanera de la Decisión 671 de 2007 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), simplifica temas como la corrección por diferencias en la descripción de las mercancías, a la vez que elimina la aprehensión por esta causal. Además, introduce el concepto de destino aduanero, modifica los regímenes de importación y exportación, introduce la medida de la suspensión provisional, elimina figuras como los Usuarios Aduaneros Permanentes (UAP) y los usuarios altamente exportadores (ALTEX), entre otros.

Otra modificación sustancial que aparece en el nuevo proyecto de regulación aduanera publicado el 13 de febrero de 2015 recae precisamente sobre la figura del agente de aduanas, quien en el nuevo escenario aduanero no ostentaría la calidad de declarante. Esta modificación incidiría claramente en el alcance de su responsabilidad civil y aduanera, especialmente en lo relacionado con la correcta clasificación arancelaria de mercancías.

Pese a que con la aprobación del nuevo estatuto aduanero el rol del agente de aduanas estaría llamado a sufrir una variación estructural, lo cierto es que es una pieza clave en la cadena logística, sobre la que convergen dos ramas del derecho. Por razones de seguridad nacional y de política fiscal y aduanera hay una marcada tendencia internacional a regular desde lo público el agenciamiento aduanero. No obstante lo anterior, en el caso colombiano, esta actividad también se encuentra regulada por el derecho privado, específicamente el derecho comercial en lo atinente a su naturaleza jurídica, el contrato de mandato como generador del vínculo con los usuarios de comercio exterior y la responsabilidad que se deriva del mismo, tópicos que serán analizados a continuación.

Naturaleza jurídica

Para comprender la naturaleza jurídica de las agencias de aduanas es necesario acudir en primera instancia a la definición

prevista en el artículo 12 del Decreto 2685 de 1999 que las define como

las personas jurídicas autorizadas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para ejercer el agenciamiento aduanero, actividad auxiliar de la función pública aduanera de naturaleza mercantil y de servicio, orientada a garantizar que los usuarios de comercio exterior que utilicen sus servicios cumplan con las normas legales existentes en materia de importación, exportación y tránsito aduanero y cualquier operación o procedimiento aduanero inherente a dichas actividades.

Del análisis de esta definición se desprenden dos conclusiones. La primera es que el agente de aduanas es un colaborador de la administración. El agenciamiento aduanero encuadra dentro de la categoría de las actividades privadas de interés público, lo que justifica la intervención de una autoridad administrativa para su ejercicio. Según Witker (1999), el intervencionismo administrativo encuentra su justificación precisamente en que el agenciamiento aduanero se constituye en un servicio público impropio o virtual. El ejemplo más significativo de esta intervención de la administración radica en que el Decreto 2685 de 1999, norma de carácter público, que regula aspectos fundamentales como el objeto social, el patrimonio y la responsabilidad de las agencias de aduanas.

La segunda conclusión es que la intermediación aduanera es una actividad mercantil. Respecto a esta clasificación, López Albán (2003) ha expresado que:

En efecto, en el entendido que la intermediación aduanera es una actividad lucrativa que se realiza por personas constituidas como sociedades comerciales, tal actividad encuadra en las actividades previstas en el numeral 4 del artículo 20 del Código de Comercio, que menciona como actividad mercantil las desarrolladas por empresas destinadas a la prestación de servicios.

Quiere decir lo anterior que la naturaleza mercantil de la intermediación aduanera obedece principalmente a dos criterios: por una parte, a que las personas jurídicas que ejecutan la actividad deben constituirse como sociedades comerciales, tópico de regulación exclusiva del derecho mercantil y, por otra parte, a que el mismo legislador calificó como servicio la orientación que deben brindar a los usuarios de comercio exterior para el cumplimiento de las normas aplicables a cualquier procedimiento u operación aduanera.

En contraposición a esta tesis, López Albán (2003) manifiesta que existe una postura doctrinal que considera que el agenciamiento aduanero no es de naturaleza mercantil bajo el argumento de que es una actividad en la que confluye el ejercicio de diversas profesiones liberales, como abogados, contadores, técnicos en comercio exterior, entre otros. Lo anterior con fundamento en el numeral 5° del artículo 23 del Código de Comercio, según el cual la prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales no es un acto mercantil.

Al respecto es preciso sostener que, si bien es cierto que inicialmente con ocasión de la expedición del Decreto 2532 del 16 de noviembre de 1994 se contempló la profesionalización del agenciamiento aduanero como un pilar en el proceso de institucionalización de las Sociedades de Intermediación Aduanera (entiéndase agencias de aduanas), esta se refirió a la inscripción de las mismas y la adquisición de garantías suficientes para asegurar el pago de contribuciones y sanciones, y no a la unión del ejercicio de profesiones independientes (DIAN, 2004). La idoneidad profesional actualmente solo constituye un requisito general para las agencias de aduanas, contemplado en el numeral 6° del artículo 14 del Decreto 2685 de 1999, sin que de ello dependa la naturaleza jurídica de la actividad que ejercen, con lo que queda descartada la aceptación de esta posición.

Del vínculo contractual

Para el ejercicio de la actividad de intermediación referida, la legislación aduanera en concordancia con la legislación

comercial, se vale de dos instrumentos jurídicos para generar el vínculo entre la agencia de aduanas y el usuario de comercio exterior: el mandato aduanero y el endoso aduanero. Pese a que el mandato comercial y el endoso son figuras reguladas por el Código de Comercio, su aplicación a la actividad de intermediación aduanera se realiza dentro de los límites del estatuto aduanero, por tratarse de una actividad privada de interés público, conforme se analizó previamente. El contrato de mandato aduanero será objeto de estudio en un acápite separado, por lo que en este punto solo será analizada la figura del endoso aduanero.

El endoso comercial es una figura ampliamente regulada por el Código de Comercio, sin establecer una definición precisa de la misma. Su origen se encuentra en la necesidad que tuvieron los comerciantes de que las prestaciones contraídas en la letra de cambio pudieran ser cumplidas en favor de una persona distinta a la que se señaló inicialmente como beneficiaria. El endoso, como mecanismo para facilitar la circulación de los títulos valores, se terminó de estructurar hacia finales del siglo XVI, facilitando con ello el flujo de la riqueza y el comercio sin fronteras. Puede entenderse como el escrito accesorio e inseparable del título valor, por medio del cual el tenedor legítimo lo transfiere a un tercero, lo entrega para su cobro o lo da en garantía de una obligación.

Leal Pérez (2013) lo define como un “acto unilateral, accesorio e incondicional, por medio del cual el tenedor de un título valor coloca a otra persona en su lugar, con efectos plenos o limitados”. Por su parte, Becerra León (2006) lo conceptúa en los siguientes términos:

Es un negocio jurídico, consensual, de forma específica, de formación unilateral, que puede ser oneroso o gratuito, típico y exclusivo de los títulos-valores, mediante el cual una parte denominada *endosante* y que está legitimada en una relación cambiaria, legitima a otra parte denominada *endosataria*, transfiriéndole o no el dominio del título-valor, y obligándose o no en la relación cambiaria, siempre que se acompañe de la entrega física o material del documento sobre el cual se realiza el endoso.

De esta segunda definición llama la atención el hecho de que a pesar de concebir el endoso como un negocio jurídico consensual, que se perfecciona por el solo acuerdo de voluntad de las partes, lo define también como un negocio de “forma específica”, teniendo en cuenta que su perfeccionamiento implica una formalidad: constar por escrito. A la luz de lo dispuesto en el artículo 654² del Código de Comercio, que indica que “la falta de firma hará el endoso inexistente”, se podría pensar incluso que el endoso es un acto jurídico solemne, en la medida que sin la formalidad de la firma se tiene como inexistente y no produce efecto cambiario alguno, y que requiere además de la entrega del título valor para cumplir su triple función de garantizar, legitimar y transferir.

Bajo esta perspectiva, con la finalidad de agilizar las operaciones de comercio exterior, el legislador creó la figura del endoso aduanero, definido en el artículo 1° del Decreto 2685 de 1999 en los siguientes términos: “Endoso aduanero: Es aquel que realiza el último consignatario del documento de transporte, a nombre de un intermediario aduanero para efectuar trámites ante la autoridad aduanera. El endoso aduanero no transfiere el dominio de las mercancías”.

Vista esta definición resulta claro que el endoso aduanero es un endoso a la orden en la medida que requiere la indicación expresa del nombre del intermediario aduanero llamado a efectuar trámites ante la autoridad aduanera. Esta nominación encuentra su razón de ser en que con ello la autoridad aduanera podrá verificar que el sujeto autorizado en el endoso sea el mismo que firma las declaraciones aduaneras, que dicha autorización esté vigente y que la identidad de quien firma corresponda al repre-

² Artículo 654 del Código de Comercio. Endoso en blanco. Endoso al portador de título a la orden. El endoso puede hacerse en blanco, con la sola firma del endosante. En este caso, el tenedor deberá llenar el endoso en blanco con su nombre o el de un tercero, antes de presentar el título para el ejercicio del derecho que en él se incorpora. Cuando el endoso exprese el nombre del endosatario, será necesario el endoso de éste para transferir legítimamente el título. El endoso al portador producirá efectos de endoso en blanco. La falta de firma hará el endoso inexistente.

sentante aduanero de la respectiva agencia. Lo anterior evidencia la existencia de un verdadero negocio jurídico entre el último consignatario del documento de transporte y la agencia de aduanas, el cual tiene como fin que esta última quede facultada para desarrollar trámites ante la Dirección de Aduanas e Impuestos Nacionales, autoridad aduanera nacional, sin que la figura sustituya al contrato de mandato.

Esta autorización por parte del consignatario del documento de transporte constituye un acto jurídico unilateral, “que se asimila al acto de apoderamiento o procuración de que trata la ley civil, empero, siempre aunado a un contrato de mandato no necesariamente escrito, acto jurídico fundamental, en el que el importador y la SIA pactan las reglas de juego relativas a la gestión que esta, como persona jurídica especializada profesionalmente en el campo de comercio exterior, debe realizar, así como la remuneración por los servicios prestados que aquel debe cancelar” (DIAN, 2002). Así las cosas, el endoso aduanero siempre implica un mandato aduanero, mas no necesariamente la existencia de un mandato aduanero implica un endoso aduanero.

Respecto a los requisitos para la existencia del endoso aduanero existen tres tesis (DIAN, 2002). La primera es que para que se configure el endoso aduanero se deben reunir tres requisitos: a) Que el endoso lo realice el último consignatario del documento de transporte, b) La indicación del nombre del endosatario (agencia de aduanas), y c) que se señale el tipo de trámites para el que se endosa.

La segunda tesis asimila el endoso aduanero al endoso en blanco comercial. En consecuencia, solo requiere la firma del consignatario en el respaldo del documento de transporte. En contraste, la tercera tesis, que es la que se encuentra vigente actualmente, establece que el endoso aduanero requiere únicamente la firma del último consignatario del documento de transporte y la nominación de la agencia de aduanas a la que fue conferido. Es de anotar que cuando el consignatario del documento de

transporte sea una persona jurídica, la firma del endoso debe corresponder al representante legal de la misma.

De la responsabilidad de las agencias de aduanas

La responsabilidad de las agencias de aduanas tiene dos aristas: una que nace de la relación frente al usuario de comercio exterior (mandante) y otra que se deriva de la relación con el Estado. La primera de estas aristas se rige por la legislación civil y comercial, mientras que la segunda se sujeta a la legislación aduanera.

La responsabilidad frente al usuario de comercio exterior tiene su fuente en el contrato de mandato aduanero. La agencia de aduanas como mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo, en observancia de lo dispuesto en el artículo 2155 del Código Civil, tópico que será analizado con mayor detenimiento en el siguiente acápite.

Por su parte, la responsabilidad administrativa o aduanera tiene su fuente en la Ley. Esta surge por estar sujeta a un régimen legal y reglamentario establecido para regular su actividad, cuyo incumplimiento apareja las consecuencias que en el mismo régimen se estipulan (Consejo de Estado, 2007, 27 de septiembre). Las agencias de aduanas por ministerio de la Ley ostentan la calidad de declarantes y, por tanto, son sujetos responsables de la obligación aduanera. En desarrollo de lo anterior los artículos 22 y 26 del Decreto 2685 de 1999, regulaban inicialmente los hechos por los que respondían las agencias de aduanas, que pueden resumirse en cuatro puntos. No obstante lo anterior, con la reforma aduanera que se realizó mediante el Decreto 2883 de 2008, la responsabilidad de las agencias de aduanas fue reestructurada. De la interpretación de lo dispuesto en los artículos 27-1 y 27-4 del Estatuto Aduanero vigente actualmente se observa que su responsabilidad administrativa se circunscribe a tres escenarios, lo que puede observarse en la siguiente tabla comparativa.

**Tabla. Responsabilidad aduanera
de las agencias de aduanas**

Decreto 2685 de 1999 Arts. 22 y 26	Decreto 2883 de 2008 Arts. 27-1 y 27-4
<p>1. Por la exactitud y veracidad de la información contenida en los documentos que suscriban sus representantes acreditados ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.</p> <p>2. Por la declaración de tratamientos preferenciales, exenciones o franquicias y la correcta clasificación arancelaria de las mercancías.</p> <p>3. Por el pago de los gravámenes, tasas, sobretasas, multas o sanciones pecuniarias que se deriven de las actuaciones que realicen como declarantes autorizados.</p> <p>4. Por las controversias de valor únicamente cuando declaren precios inferiores a los precios mínimos oficiales, o cuando declaren precios diferentes a los consignados en la factura aportada por el importador con los ajustes a que haya lugar.</p>	<p>1. Por la exactitud y veracidad de la información contenida en los documentos que suscriban sus agentes de aduanas acreditados ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.</p> <p>2. Cuando por su actuación como declarantes hagan incurrir a su mandante o usuario de comercio exterior que utilice sus servicios, en infracciones administrativas aduaneras que conlleven la liquidación de mayores tributos aduaneros, la imposición de sanciones o el decomiso de las mercancías.</p> <p>3. Por el pago de los tributos aduaneros y sanciones pecuniarias que se causen respecto de operaciones en las que el usuario de comercio exterior sea una persona inexistente.</p>

Fuente: Elaboración Propia.

Desde esta nueva perspectiva, en el segundo numeral de la reforma implementada por el Decreto 2883 de 2008, quedó incluida la responsabilidad por la declaración de tratamientos

preferenciales, exenciones y franquicias, así como por la correcta clasificación arancelaria, junto con lo atinente a las declaraciones de valor, claro está con un presupuesto de hecho por cumplir relacionado con la existencia de una infracción administrativa aduanera, que tenga como consecuencia jurídica la liquidación de mayores valores a pagar, la imposición de sanciones o el decomiso de mercancías.

Para efectos del estudio que se realizará posteriormente, resulta pertinente hacer varias consideraciones en cuanto a los hechos por los que responden las agencias de aduanas. La obligación de responder por la correcta clasificación arancelaria de mercancías encontró su sustento en las calidades técnicas y profesionales que deben tener las agencias de aduanas, y en que la misma legislación aduanera les ha otorgado prerrogativas que les permiten cumplir a cabalidad con esta obligación. Por ejemplo, el artículo 27-3 del Decreto 2685 de 1999 les otorga la posibilidad de reconocer mercancías de importación en las zonas francas y en los depósitos habilitados antes de su declaración ante la aduana, de tal forma que puedan realizar las correcciones pertinentes para evitar el incumplimiento de esta obligación.

Así las cosas, en caso de una errónea clasificación arancelaria de las mercancías, resulta lógico que las agencias de aduanas deban responder por el pago de los mayores valores y/o las sanciones a que hubiere lugar, de conformidad con lo previsto en el literal c) del artículo 26 del Decreto 2685 de 1999, sin que ello constituya la creación de un nuevo tributo aduanero (Sentencia 15557, 2007).

En este sentido, las agencias de aduanas no pueden alegar como eximentes de responsabilidad para el cumplimiento de esta obligación el desconocimiento de todos los bienes que importan sus clientes, la velocidad del comercio moderno, ni el hecho de que la clasificación se haga con la información que los clientes provean a sus intermediarios aduaneros y esta resulte incompleta o inexacta (Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, 2004).

Un claro ejemplo de las consecuencias que apareja el incumplimiento de esta obligación se observa en el caso Sociedad de

Intermediación Aduanera – Coladuanas S.A. contra la DIAN (Sentencia 16772, 2010, 16 de septiembre). En este la demandante pretende la nulidad de los actos oficiales de corrección por mayor valor expedidos por la DIAN, debido a que declaró la mercancía bajo una modalidad de importación distinta a la que debió declararse, bajo el argumento de que la importadora la indujo a error, toda vez que esta fue la que obtuvo la licencia previa ante el Ministerio de Comercio Exterior, señalando que la maquinaria a importar estaba exenta de IVA.

Al exponer sus consideraciones, la Sala desestima el argumento de que la importadora la indujo a error toda vez que por sus conocimientos la agencia de aduanas debió estar en capacidad de verificar la procedencia o no de las exenciones que implicaba la modalidad de importación escogida. Así mismo, concluye que la demandante sí es responsable administrativamente por los actos de intermediación que ejecutó en el marco de los artículos 22 y 26 del Decreto 2685 de 1999, vigentes para esa época, y en consecuencia debe responder por el pago de los tributos aduaneros dejados de pagar, así como de la sanción por inexactitud.

Por otra parte, el caso Aducoin SIA Ltda contra la DIAN constituye un referente para el tercer escenario de responsabilidad de las agencias de aduanas por el pago de sanciones pecuniarias derivadas de operaciones en las que el usuario de comercio exterior sea una persona inexistente (Sentencia 2008-00171, 2012). En este caso, la actora pretende la nulidad de las Resoluciones expedidas por la DIAN, en las que se le impuso una sanción por la suma de \$276.433.903, equivalente al 400% del valor en aduana de la mercancía no puesta a disposición para aprehensión, por cuanto no procedía el levante de la misma toda vez que los documentos presentados como soporte no correspondían con la operación de comercio exterior. Lo anterior teniendo en cuenta que la escritura de constitución de la empresa importadora Zire Clown Ltda., no se protocolizó en la Notaría, y después de un proceso penal se evidenció su inexistencia como persona jurídica.

La parte actora alega, entre otros, que a pesar de lo dispuesto en el artículo 22 del Decreto 2685 de 1999 en cuanto a la

responsabilidad de la SIA sobre la exactitud y veracidad de la información, no se le puede endilgar responsabilidad alguna ni imponer la sanción prevista en el artículo 503 del Estatuto Aduanero, toda vez que la norma no establece en ninguna parte su extensión

a los datos que suministran los importadores, pues lo contrario implicaría que las SIA debieran investigar ante todas las autoridades de la materia, la veracidad de documentos que le son exhibidos, como el Certificado de Existencia y Representación Legal de la Cámara de Comercio, en el cual se suministran, además del número de identificación tributaria, los datos de constitución de la sociedad, información que goza de una presunción de autenticidad, por haber sido elevada a instrumento público.

La Sala, al realizar el estudio del problema jurídico planteado, hace referencia al numeral 5° de la Circular 170 del 10 de octubre de 2002, dirigida a los auxiliares de la función aduanera y usuarios de comercio exterior, expedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en la que se estableció el procedimiento a seguir para la prevención, detección, control y reporte de operaciones sospechosas que puedan estar vinculadas con el lavado de activos. Destaca que la directriz mencionada abre la posibilidad y evidencia la necesidad de indagar acerca de los datos personales, comerciales y financieros relevantes que permitan establecer con veracidad quién es, qué hace y a que se dedica en realidad el usuario de comercio exterior.

Seguidamente, llega a la conclusión de que las sociedades de intermediación aduanera están en la obligación de verificar la información suministrada por los clientes respecto de sus negocios y sobre su existencia, con el objeto de establecer si la actividad expuesta a las autoridades aduaneras es lícita y se realiza conforme a la ley. Así las cosas, el reproche a la actora radica en que no demostró la ejecución de actividades idóneas que permitieran descartar que el importador estaba incurso en actividades relacionadas con el lavado de activos, o que se aplicó un sistema de prevención para dicha conducta.

El contrato de mandato de las agencias de aduanas

Para el análisis de este segundo tópico se hace necesario partir del hecho de que el mandato fue antes una realidad social que jurídica (Fernández De Buján, 1994). Esta figura nació de la necesidad de delegar en terceras personas, generalmente amigos o individuos con quien existía una relación de confianza, la gestión de actividades ante la imposibilidad de estar en varios lugares al mismo tiempo por el crecimiento de las urbes y la diversificación de las actividades comerciales durante el desarrollo del Imperio romano y de la civilización en general.

En la escena comercial actual el uso de este contrato es generalizado e indispensable para que los sujetos puedan realizar sus actividades, máxime aquellas que requieren un grado de profesionalización como es el caso de la intermediación aduanera que ejercen las agencias de aduanas. El contrato de mandato se constituye en el generador del vínculo jurídico entre las agencias de aduanas y los usuarios de comercio exterior, y a pesar de que su naturaleza jurídica es eminentemente mercantil, este tiene características particulares como su forma específica a pesar de ser consensual y su carácter representativo por definición legal.

Del contrato de mandato en general

De manera amplia, el contrato de mandato³ se define como aquel acuerdo de voluntades mediante el cual una persona confía a otra la gestión de uno o más negocios jurídicos o actos de comercio, por cuenta y riesgo de la primera. La parte que delega la gestión se denomina mandante, comitente o poderdante, mientras que aquella que recibe y acepta el encargo se conoce como mandatario, procurador o apoderado. Si el objeto del contrato recae sobre un negocio jurídico estaremos frente a un mandato civil⁴, regulado por los artículos 2142 a 2199 del Código Civil,

³ Etimológicamente, la palabra mandato deriva de la expresión *manu dare*, que significa dar poder o representación. También se atribuye su origen a la expresión *manu datio*, que era un rito en el que los participantes, dándose la mano el uno al otro, se prometían el cuidado recíproco de sus intereses y el cumplimiento de sus encargos (Pérez Martín, 1994, p. 208).

⁴ El artículo 2142 del Código Civil define el contrato de mandato en los

mientras que si recae sobre un acto de comercio estaremos frente a un mandato comercial⁵, regulado por los artículos 1262 a 1286 del Código de Comercio.

Independientemente del objeto sobre el cual recaiga el mandato, la doctrina lo ha caracterizado como un contrato consensual, bilateral, principal, conmutativo, que puede ser oneroso o gratuito, respecto del cual se exigen los mismos requisitos de validez que para cualquier otro negocio jurídico, previstos en el artículo 1502 del Código Civil, a saber: consentimiento de las partes, capacidad, objeto lícito y causa lícita.

En cuanto a los requisitos de existencia o elementos esenciales del contrato de mandato, a la luz de la clasificación contemplada en el artículo 1501 del Código Civil, son: el mandante, el mandatario y la gestión o acto de comercio a encomendar. Así las cosas, la representación y la remuneración son elementos de la naturaleza del contrato de mandato, aunque en países como Francia la representación es un elemento esencial⁶ (Gómez Estrada, 1987).

Es importante destacar que con la celebración del contrato de mandato, por disposición expresa del artículo 2158 del Código Civil, el mandatario recibe naturalmente el poder para efectuar actos de administración y conservación, tales como: el pago de deudas, el cobro de créditos del mandante, la persecución en juicio de los deudores, interrumpir las prescripciones, contratar las reparaciones de las cosas que administra y la compra de materiales para el mantenimiento de las tierras, minas, cultivos,

siguientes términos: “El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera”.

⁵ El Código de Comercio prevé la definición del mandato en el artículo 1262, así: “El mandato comercial es un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra. El mandato puede conllevar o no la representación del mandante”.

⁶ El artículo 1984 del Código Civil Francés de 1804 definió el mandato como “el acto por el cual una persona concede a otra el poder de hacer algo para el mandante y en su nombre”, limitando el alcance de este contrato únicamente al mandato con representación e incluyendo esta última como elemento esencial del contrato (León Hurtado, 1991, p. 188 y ss).

fábricas u otros objetos que se le hayan encomendado. El encargo de actividades distintas a las señaladas o actos de disposición requiere de un poder especial.

A pesar de que, tal y como afirma Bonivento Fernández (2012), en nuestro ordenamiento jurídico la representación ostenta el carácter de elemento de la naturaleza, esta constituye el punto de partida de diversos problemas jurídicos que se suscitan en torno al contrato de mandato. Uno de ellos radica precisamente en la diferenciación entre el mandato representativo o con representación y el mandato aparente o sin representación, toda vez que cada uno apareja efectos jurídicos diferentes en materia de responsabilidad.

El mandato con representación es aquel en el que el mandatario actúa en nombre del mandante y por cuenta de este, en virtud de un poder que se da a conocer a quienes con el contratan. En este tipo de mandato existe plena claridad de que los efectos de los negocios jurídicos que efectúe el mandatario recaerán sobre el patrimonio de una tercera persona, en nombre de la cual está actuando, y con quien deberán entenderse para exigir los derechos y ejercer las acciones que se deriven del contrato o acto de comercio realizado. En contraste, el mandato sin representación se caracteriza principalmente porque el mandatario actúa en nombre del mandante, sin exhibir el poder a terceros, frente a los cuales dicho contrato resulta inoponible. Como consecuencia de lo anterior, el mandatario se convierte en el titular de los derechos y en el responsable del cumplimiento de las obligaciones que se deriven del contrato o acto de comercio ejecutado, sin que ello signifique que el mandante sea ajeno a toda responsabilidad, toda vez que según las definiciones del artículo 1262 del Código de Comercio y el artículo 2142 del Código Civil, la gestión del mandatario se realiza por cuenta y riesgo del mandante.

Al analizar la figura del mandato sin representación la Corte Suprema de Justicia⁷ determinó la necesidad de diferenciar las

⁷ Sobre el tema de las diferencias entre el mandato representativo y el mandato no representativo, ver Sentencia 00645 2007; Sentencia 00353, 2010 y Sentencia 00181, 2010.

relaciones jurídicas que coexisten gracias a esta figura: la relación entre el mandante y mandatario, y la del mandante con los terceros de buena fe. Respecto de la primera señala que está regida por un contrato de mandato civil o mercantil hipotético, con reglas propias, cuya existencia no es conocida por los terceros de buena fe, toda vez que el mandatario actúa a nombre propio. En cuanto a la segunda relación explica que carece de un vínculo directo pero existe gracias a la intermediación del mandatario, una especie de “órgano conmutador”, quien al actuar en nombre propio se convierte en el titular de derechos y obligaciones, mas no asume los riesgos inherentes a éstas que se radican sobre el patrimonio del mandante, el llamado a recibir el beneficio de la gestión. Quiere decir lo anterior que en caso de sobrevenir un daño derivado de la gestión del mandatario sin representación, este responderá a los terceros de buena fe pero con cargo a los recursos del propio mandante, quien no tiene la obligación directa y espontánea de responder en razón a la confianza depositada en la gestión del mandatario para la defensa y salvaguarda de sus intereses (Sentencia 5670, 2001).

Esta exposición conduce a la conclusión que el punto de diferenciación entre el mandato con representación y el mandato sin representación estriba esencialmente en el acto de apoderamiento o conferir poderes y su publicidad frente a los terceros⁸. Gómez Estrada (1987) señala que a pesar que el acto de apoderamiento es una consecuencia del mandato representativo, este es considerado como un negocio jurídico autónomo del contrato de mandato, cuyo contenido se limita a precisar el alcance de los poderes de representación conferidos al mandatario y va a destinado a los terceros con quienes se pueda establecer una relación negocial. Gómez Estrada precisa al respecto además que los terceros tienen un indudable interés en los poderes conferidos al mandatario,

⁸ La procuración o acto de apoderamiento es un negocio jurídico unilateral del poderdante que solo crea facultades, mientras que el poder es una mera facultad, y el mandato un negocio bilateral, un contrato que no crea simples facultades sino obligaciones, en especial las del mandatario de obrar por cuenta y riesgo (pero no necesariamente en nombre del mandante) (Bonivento Fernández, 2012, p. 616).

toda vez que de ello dependerá la eficacia del negocio jurídico a celebrar, respecto del mandante. Tanto así, que la misma ley, para garantizar el principio de seguridad jurídica, en casos de especial trascendencia como por ejemplo el apoderamiento general (artículo 2149 del Código Civil) o la celebración de negocios jurídicos que deben constar en escritura pública (artículo 836 del Código de Comercio), prevé como solemnidad el otorgamiento del poder mediante escritura pública ante notario, para que el acto de apoderamiento pueda reputarse como eficaz.

Según Arrubla Paucar (2012), en materia mercantil cuando se habla del mandato representativo o con representación se entiende que coexisten dos actos jurídicos: el contrato de mandato, que es un acto jurídico bilateral y la representación, acto jurídico unilateral, de naturaleza accesoria al mandato y que se encuentra regulado de forma específica en los artículos 832 a 844 del Código de Comercio. Este acto de apoderamiento o representación puede realizarse anexo al contrato de mandato o realizarse con posterioridad al mismo, puesto que en virtud de él es que el mandatario actuará en nombre y por cuenta del mandante.

Esta distinción resulta de vital importancia para efectos probatorios, toda vez que permite tener la claridad de que el contrato de mandato *per se* no confiere la representación del mandante y al ser un acto jurídico de naturaleza consensual, para acreditar su existencia cualquier medio probatorio será idóneo. En cambio, para demostrar el acto de apoderamiento o procuración y los poderes referidos a asuntos de los cuales la ley exige alguna formalidad, la prueba se restringe a la formalidad del escrito (Sentencia 25941, 2005).

Vista esta disertación, cabe preguntarse entonces ¿cómo se explica que los actos del mandatario obliguen al mandante? Para responder este interrogante se han planteado dos teorías. Según la teoría clásica planteada por Savigny, “el acto del mandatario obliga al mandante porque es éste el que, contra lo que las apariencias de las cosas indica, realmente ejecuta el acto y es el verdadero sujeto del contrato o parte contratante” (Gómez Estrada, 1987). La posición del mandatario es la de un mero vehículo, instrumen-

to o medio de transmisión de la voluntad del mandante, necesaria para el perfeccionamiento del negocio jurídico. Su función es la de un mensajero, sin que entre a mediar una declaración de voluntad propia.

Gómez Estrada (1987) afirma que la teoría clásica ha sido adoptada por la Corte Suprema de Justicia en numerosos fallos, al encontrar expresiones como: “en el mandato, el consentimiento del mandante se presta a través del mandatario”, “el mandatario obra reemplazando y sirviendo de instrumento del mandante”, “el consentimiento expreso o presunto del mandante es el que crea el vínculo suyo con los terceros con quienes el mandatario contrata” (G.J., No. 1940, p. 80; No. 1978, p. 327).⁹

Una segunda respuesta al interrogante planteado fue dada por la teoría de los juristas italianos y alemanes⁹, tales como Betti, Mesineo, Enneccerus, Von Thur, entre otros, según la cual el mandatario es la parte contratante, toda vez que a él corresponde la paternidad de la declaración de voluntad que contribuye a formar el negocio jurídico. La declaración de voluntad del mandante no trasciende la órbita del contrato de mandato, para integrar también parte del negocio jurídico que celebra el mandatario (Gómez Estrada, 1987). Esta segunda teoría sería aplicable al escenario del mandato sin representación, donde el mandatario resulta directamente obligado frente a los terceros de buena fe.

Del contrato de mandato aduanero

El contrato de mandato aduanero puede definirse como aquel negocio jurídico bilateral mediante el cual el importador y/o exportador (mandante), encomienda a un tercero especializado llamado agencia de aduanas (mandatario), todas las gestiones que

⁹ En palabras de Messineo (1970): “Y por tanto, la esencia de la representación es el poder de participar en un negocio en nombre del representado, y con efectos únicamente para este último; de manera que el representante, a su vez, no siente ningún efecto jurídico de la propia declaración; esa declaración es indiferente para el círculo jurídico de él, puesto que, realizada la declaración a nombre del representado, la función del representante queda agotada, y el es equiparado en adelante, al tercero” (p. 408). Véase también Enneccerus (1950, p. 240) y Betti (2001, p. 419).

debe realizar para garantizar el cumplimiento de la obligación aduanera por parte del mandante.

Es un mandato representativo por previsión legal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el Decreto 2883 de 2008, al señalar que son declarantes “las agencias de aduanas, quienes *actúan a nombre y por encargo* de los importadores y exportadores” (cursiva fuera del texto). Su naturaleza es mercantil debido a que la actividad de intermediación que ejercen las agencias de aduanas ostenta dicha calidad, de conformidad con el artículo 20 del Código de Comercio, tópico que en todo caso fue analizado previamente. No obstante lo anterior, existen ciertos requisitos y características que son determinadas por la legislación aduanera, debido a que esta es la que regula el tipo de servicio que prestan las Sociedades de intermediación dado el carácter de público que ostentan dichas actividades y la competencia especial otorgada constitucionalmente al ejecutivo para reglamentarla (Sentencia 15557, 2007, 27 de septiembre).

El contrato de mandato aduanero debe cumplir con los requisitos de validez exigidos para todo contrato, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1502 del Código Civil: consentimiento, capacidad, objeto lícito y causa lícita, respecto a los cuales se deben hacer las siguientes precisiones:

1. *Consentimiento de las partes:* Si bien es cierto que para los contratos consensuales como el de mandato, el consentimiento puede ser expreso o tácito, sin ninguna formalidad adicional, en el contrato de mandato aduanero el consentimiento siempre queda consignado de manera expresa, debido a que este documento tiene el carácter de soporte de la declaración de importación, según lo dispuesto en el literal g del artículo 121 del Estatuto Aduanero.
2. *Capacidad:* El mandato aduanero implica la gestión y cumplimiento de la obligación aduanera ante la DIAN, por lo que se requiere que tanto el mandante como el mandatario sean sujetos capaces, en el sentido de encon-

trarse autorizados por la misma para otorgarlo y aceptarlo. El mandante debe ser “el consignatario del documento de transporte o el endosatario del mismo, quien en últimas es el importador o exportador, por ser estos los que legalmente ejercen los derechos que recaen sobre la mercancía” (DIAN, 2002). Por su parte, el mandatario debe ser una persona jurídica constituida como agencia de aduanas, con autorización vigente para fungir como tal, otorgada por la autoridad aduanera nacional.

3. *Objeto lícito:* Como se mencionó previamente, el objeto del contrato de mandato aduanero es el conjunto de gestiones que debe realizar la agencia de aduanas para garantizar el cumplimiento de la obligación aduanera por parte del importador y/o exportador. La DIAN (2002) al conceptuar sobre el tema de los requisitos del contrato de mandato aduanero precisó que los contratantes pueden relacionar de manera genérica o detallada las gestiones a realizar, resultando fundamental que se precise si el contrato de mandato se otorga por operación determinada, por operaciones a realizarse en un período específico, por documentos de transporte claramente identificados, o por cualquier otro criterio que le permita verificar la vigencia del vínculo jurídico para adelantar las operaciones que se pretendan soportar con el contrato de mandato.
4. *Causa lícita:* La causa del contrato de mandato aduanero es el interés que persigue cada una de las partes de la relación negocial, esto es, la finalidad que tiene el usuario de comercio exterior al contratar el servicio de intermediación que presta la agencia de aduanas, y la motivación de la agencia de aduanas de servir como intermediario a nombre y por cuenta de determinado importador o exportador. Es de anotar que la causa del contrato de mandato no debe obedecer a finalidades inmorales o contrarias a las buenas costumbres.

Lo anterior permite colegir entonces que el contrato de mandato aduanero es un acto jurídico fundamental, de naturaleza

consensual, en el cual se establecen las reglas del juego entre mandante y mandatario, así como la remuneración para este último, y que se constituye en la prueba de la existencia de un vínculo directo entre la agencia de aduanas y el importador y/o exportador. Por ser un mandato de naturaleza comercial, para efectos probatorios, el acto de representación siempre debe constar por escrito, máxime dado el carácter de documento soporte de la declaración aduanera que este ostenta¹⁰. El contrato de mandato aduanero podrá hacerse por escritura pública o por documento privado, atendiendo lo dispuesto en los artículos 836 del Código de Comercio y 2149 del Código Civil y en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, una agencia de aduanas podrá ser facultada para actuar ante la DIAN mediante un mandato general simplemente autenticado por el importador, “siempre que del contenido del contrato pueda inferirse la representación otorgada al mandatario para el cumplimiento de las obligaciones aduaneras correspondientes al mandante” (DIAN, 2007).

No obstante lo anterior, esta posición frente al mandato general fue modificada por la DIAN mediante el concepto No. 03809 de 2012, con ocasión de la emisión del Decreto 0019 de 2012, al señalar que si el importador o exportador opta por conferir un poder general para que las agencias de aduanas actúen ante las autoridades aduaneras, estas deberán cumplir con las formalidades previstas en el Código Civil y en el Código de Comercio para tal efecto. En lo atinente al mandato aduanero conferido mediante endoso o en documento aparte, establece que no se exigirá formalidades diferentes al consentimiento, capacidad de las partes y el objeto del contrato.

¹⁰ Artículo 121. Documentos soporte de la declaración de importación. Para efectos aduaneros, el declarante está obligado a obtener antes de la presentación y aceptación de la Declaración y a conservar por un período de cinco (5) años contados a partir de dicha fecha, el original de los siguientes documentos que deberá poner a disposición de la autoridad aduanera, cuando ésta así lo requiera: (...) g) Mandato, cuando no exista endoso aduanero y la Declaración de Importación se presente a través de una Sociedad de Intermediación Aduanera o apoderado”.

Dado este contexto, resulta importante destacar la precisión realizada por la DIAN (2005) en el sentido de que del contrato de mandato aduanero no se deriva *per se* la facultad de que las agencias de aduanas puedan dar respuesta a requerimientos especiales o pliegos de cargos, ni interponer recursos, sino que se requiere un poder especial para tales efectos. Esta afirmación encuentra su sustento en que las normas que regulan las legislaciones aduaneras y cambiarias, así como las que regulan el derecho de postulación establecen de manera expresa que cuando el investigado no concorra directamente a la actuación, lo debe hacer por intermedio de un apoderado que ostente la calidad de abogado. Lo anterior en aras de garantizar el derecho constitucional al debido proceso, sin que esta restricción impida que si el importador lo estima pertinente contrate a un abogado de la planta de personal de la agencia de aduanas para que ejerza su defensa.

Así mismo, es pertinente acotar que la DIAN (2012) realizó varias precisiones respecto al mandato sin representación, de las cuales se destaca la siguiente: “En desarrollo de un mandato sin representación, es el mandatario quien debe aparecer registrado como exportador en la declaración de exportación, con todas las obligaciones relativas a tal calidad, incluidas las de tipo cambiario, razón por la cual, en lo atinente a su tercera inquietud, es claro que no puede registrar en la declaración de exportación, características o prerrogativas propias del mandante, por encontrarse actuando en nombre propio y no en nombre y por cuenta de aquel”.

De la responsabilidad de las agencias de aduanas como mandatarios

Como se dijo previamente, la responsabilidad de las agencias de aduanas como mandatarios de los usuarios de comercio exterior tiene su fuente en el contrato de mandato aduanero. Las agencias de aduanas, como mandatarios, responden entonces hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo, en observancia de lo dispuesto en el artículo 2155 del Código Civil (1887), que a la letra reza: “El mandatario responde hasta de la culpa leve

en el cumplimiento de su encargo. Esta responsabilidad recae más estrictamente sobre el mandatario remunerado”.

Al analizar el alcance de esta norma Gómez Estrada (1987) y Bonivento Fernández (2012) coinciden en la conclusión de que el inciso segundo de la norma citada crea una excepción a la graduación de culpas contemplada en el artículo 1604 del Código Civil, al hacer responsable de culpa leve al mandatario gratuito, a pesar de tratarse de un tipo de contrato en el que solo se beneficia el mandante. De acuerdo con la estructura general de responsabilidad el mandatario gratuito solo debería responder por culpa grave. En todo caso, esta estipulación del legislador encuentra su fundamento en la práctica, desde la perspectiva que en el mandato gratuito hay un alto grado de confianza y limitar la responsabilidad sólo a la culpa grave, dejaría abierta la puerta para una eventual negligencia por parte del mandatario.

Es más, Bonivento Fernández (2012) profundiza su estudio al respecto y afirma que el artículo 2155 del Código Civil crea tres tipos de culpas leve: leve simple, que es la que se deriva del contrato de mandato gratuito; la leve estricta, que tiene su génesis en el mandato remunerado y por último, la leve menos estricta, prevista en el inciso 3° del artículo mencionado, que es la que nace en aquellos casos en los que el mandatario ha rechazado el cargo, mas se ha visto forzado a aceptarlo cediendo al mandante.

Así las cosas, fácilmente podría afirmarse que en caso de que la agencia de aduanas incumpla con las obligaciones consignadas en el contrato de mandato aduanero, los derechos que se deriven a favor del mandante podrían discutirse mediante las acciones civiles que el usuario considere pertinentes toda vez que la agencia está obligada a responder por culpa leve. A lo anterior podría agregarse que la agencia de aduanas, como mandatario, debe realizar el encargo con mayor beneficio o menor gravamen que los designados para el mandante (Sentencia 15557, 2007, 27 de septiembre).

Sin embargo, admitir llanamente esta conclusión limitaría el alcance de este estudio toda vez que la graduación de culpas prevista en los artículos 63 y 1604 del Código Civil, en concordancia

con el artículo 1616 del mismo compendio normativo, carece de aplicación práctica individualmente considerada. Para determinar el verdadero alcance de la responsabilidad de las agencias de aduanas como mandatarios es necesario hacer referencia también a la extensión de la reparación.

Vale la pena destacar que para que resulte exigible la obligación de reparación deben concurrir dos elementos: un contrato válidamente celebrado y un perjuicio derivado de la inexecución total, parcial o tardía de las obligaciones previstas en el mismo. Además debe existir una culpa contractual y un vínculo de causalidad entre la culpa y el perjuicio (Tamayo Jaramillo, 2007).

Nuestro legislador y la Corte Suprema de Justicia han adoptado la teoría dualista para examinar el alcance de la reparación de los perjuicios causados al acreedor. Los efectos de la responsabilidad contractual tienen un tratamiento distinto a los de la extracontractual, por lo que en lo atinente a la primera el pago de la indemnización al acreedor puede encontrar límites en el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, y en la naturaleza y alcance de la obligación incumplida (Sentencia C-1008, 2010).

Dado este escenario, cabe preguntarse entonces cuál es la naturaleza de las obligaciones incluidas en el contrato de mandato de las agencias de aduanas, si son obligaciones de medio o de resultado. Antes de responder este interrogante se debe precisar que Tamayo Jaramillo (2007) las diferencia señalando que las obligaciones de medio son de contenido mínimo, esto es, aquellas que implican realizar una conducta, mientras que las de resultado son de contenido máximo, es decir, aquellas que implican la obtención del resultado buscado por el acreedor. Propone como criterio distintivo entre estas obligaciones la mayor o menor probabilidad que tenga el deudor de lograr el objetivo final pretendido por el acreedor.

La Corte Suprema de Justicia adoptó la distinción entre las obligaciones de medio y las de resultado, como una clasificación complementaria a la de obligaciones de dar, hacer y no hacer¹¹.

¹¹ La Corte Suprema de Justicia adoptó la teoría de las obligaciones de medio y de resultado en las sentencias de 30 de noviembre de 1935 (G.J.

Inicialmente precisó que las obligaciones de resultado son aquellas que tienen por objeto la ejecución de un hecho o la obtención de un resultado que tiene la característica de ser claro, preciso y de contorno definido. Partiendo de la premisa de que la culpa constituye la génesis de la responsabilidad civil contractual, afirmó que cuando se demanda la reparación del daño por el incumplimiento o inexecución de una obligación de resultado, basta con que se pruebe la existencia del contrato y que el resultado no fue obtenido por el acreedor para que ello indique la existencia de la culpa contractual, a menos que exista una prueba de caso fortuito, la fuerza mayor o una causa extraña que no le sea imputable.

En cuanto a las obligaciones de medios indicó que son aquellas en las que el deudor únicamente consiente en aportar toda la diligencia posible a fin de procurar obtener el resultado que pretende el acreedor. El deudor solo promete consagrar al logro de un resultado determinado su actividad, sus esfuerzos y su diligencia, pero no a que este se alcance. Para efectos de la exigibilidad de la obligación de reparación del daño por incumplimiento no basta con demostrar la inexecución de la obligación en sí, sino que también debe demostrarse la culpa contractual del deudor, su negligencia, la cual debe ser valorada por el juzgador.

Estos planteamientos de la Corte Suprema de Justicia han ampliado su extensión de acuerdo con la evolución del concepto de obligación, concebida como una relación de cooperación para la satisfacción de necesidades, así como con el alcance del concepto de negocio jurídico dispositivo en lo atinente al nacimiento de deberes primarios u obligaciones nucleares y deberes secundarios, accesorios o colaterales de conducta. Estos últimos se refieren a la obligación del deudor de realizar lo indispensable para la satisfacción del interés del acreedor, tales como los deberes de reserva, seguridad, información, consejo, entre otros, que se entienden incorporados al contrato por el principio de buena fe objetiva previsto en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio.

1905 y 1906) y de 31 de mayo de 1938 (G.J. 1936, p. 566 y ss.). Ver Sentencia 00041, 2013, 5 de noviembre.

La clasificación de las obligaciones en obligaciones de medio y de resultado cumple tres funciones principales, por cuanto permite determinar el tipo de obligación a partir de su contenido, la forma del cumplimiento del compromiso que asume el deudor así como los requisitos de las pruebas que deben aportarse para demostrar la culpa contractual, en caso de ser necesario. Un primer criterio de distinción entre estos dos tipos de obligaciones radica en la aleatoriedad. En las obligaciones de medios el deudor se obliga únicamente a desplegar un comportamiento o conducta con diligencia, sin garantizar un resultado específico por cuanto este puede depender de factores externos, que este no puede controlar por el azar. En contraste, en las obligaciones de resultado, el deudor se compromete a ejecutar una conducta dirigida a la obtención de un resultado o efecto preciso, escenario en el que solo se admite un mínimo de contingencia o azar.

Un segundo criterio de distinción entre estos tipos de obligaciones, ampliamente aceptado en la actualidad, se ubica en que con la conducta debida se logre la satisfacción del interés primario del acreedor, es decir, que este obtenga o no el resultado o la finalidad que espera lograr. Así las cosas, el deudor podrá asumir el compromiso de desarrollar una conducta para conseguir un resultado específico, pero si la obtención del mismo también depende de elementos aleatorios o contingentes, ajenos a la esfera de comportamiento del deudor, esta será una obligación de medios y bastará con probar la diligencia en la ejecución de la prestación (Sentencia 00041, 2013, 5 de noviembre).

Dado este contexto, si partimos de la premisa de que las agencias de aduanas son mandatarios, se arriba entonces a la redacción de que por la naturaleza del contrato la obligación de prestar el servicio de intermediación aduanera es de medios, toda vez que se compromete únicamente a emplear diligencia y cuidado en las gestiones encomendadas para el cumplimiento de la obligación aduanera. No obstante lo anterior, es posible que en ejercicio de la autonomía de la voluntad una agencia de aduanas asuma obligaciones de resultado.

La culpa del mandatario no se presume puesto que el artículo 2184 del Código Civil impone al mandante la obligación de probar la culpa del mandatario si quiere liberarse de las obligaciones que frente a este lo cobijan. Significa esto que mientras dicha culpa no sea establecida, la ley presume que el mandatario realizó bien su gestión, por tanto, nos encontramos frente a una obligación de medio en la que es al acreedor, en este caso el mandante, a quien le corresponde demostrar la culpa del deudor, vale decir, del mandatario (Tamayo Jaramillo, 2007).

De otra parte, la determinación del alcance de la obligación incumplida tiene como eje central el elemento subjetivo, partiendo de la premisa de que el contrato como negocio jurídico se mueve dentro del terreno de la previsibilidad. A nivel internacional, la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías¹² (1980) en su artículo 74¹³ delimita la cuantía de la indemnización del perjuicio a la previsibilidad del daño al momento de la celebración del contrato. Por su parte, los Principios de la Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales¹⁴ (2010), en su artículo 7.4.4¹⁵ también delimitan el alcance de la indemnización tomando como referencia la previsibilidad del daño al momento del nacimiento del contrato.

¹² Para más información de la Convención, ver Oviedo Albán (2003, 2007, 2010, 2011, 2012), Díez-Picazo (2010), Vidal Olivares (2006).

¹³ Artículo 74. La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato.

¹⁴ Sobre este tema, véase Perales Viscasillas (2007, pp. 157-175), Oviedo Albán (2009, pp. 95-125) y Gil-Delgado (2014, pp. 253-268).

¹⁵ Artículo 7.4.4. Previsibilidad del daño. La parte incumplidora es responsable solamente del daño previsto, o que razonablemente podría haber previsto, como consecuencia probable de su incumplimiento, al momento de celebrarse el contrato.

A nivel nacional, el artículo 1616 del Código Civil es la norma que se encarga de especificar los derroteros para determinar la responsabilidad del deudor en la causación de perjuicios, tomando también como referencia la previsión del daño al momento de la celebración del contrato, excepto en los casos que se compruebe el dolo, en los que el deudor sí es responsable de todos los perjuicios causados por el incumplimiento parcial, total o ejecución tardía de la obligación. La Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia C-1008 de 2010, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de la norma mencionada, establece como elemento común entre los cuerpos normativos referenciados que se acoge el criterio de la previsión y previsibilidad del daño para la cuantificación de la reparación.

Cláusulas restrictivas de responsabilidad en el contrato de mandato de las agencias de aduanas

De las cláusulas restrictivas de responsabilidad en general

Las cláusulas restrictivas o modificativas de responsabilidad son herramientas jurídicas que permiten establecer excepciones al principio general de reparación integral del daño, en el marco del principio de la autonomía de la voluntad. También pueden definirse como elementos accidentales que se incorporan en un contrato con el objeto de modificar las reglas para determinar la responsabilidad, atenuando o exonerando totalmente las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento total o parcial de una obligación o de su ejecución tardía.

Las cláusulas restrictivas de responsabilidad como institución cumplen una función económica en el tráfico jurídico y su inserción en un contrato exige una adecuada armonía entre el acuerdo de voluntades, los efectos que las partes persiguen al celebrarlo y la ejecución de las prestaciones convenidas entre ellas (Galindo Garfias, 1977, p. 45). Genicon (2009) también reconoce la función económica de estas cláusulas y las caracteriza además como un instrumento de previsibilidad del riesgo, que al insertarse desde la configuración del contrato, permite asegurar una distribución anticipada de los riesgos entre las partes ante el incumplimiento

de las obligaciones asumidas en el mismo. De manera textual, expresa que “si aceptamos tratar el incumplimiento del contrato no sólo en términos de distribución de las culpas sino, también, en términos de repartición de los riesgos, podemos encontrar un papel perfectamente legítimo e, incluso, indispensable, para las cláusulas de responsabilidad” (Genicon, 2009, p. 14).

Gual Acosta (2012) refuerza estos argumentos al exponer tres ventajas de las cláusulas limitativas y exonerativas de responsabilidad. La primera es que estas permiten a las empresas tener certeza del costo de los riesgos que asumen al celebrar un contrato. Lo anterior puede verse reflejado en el aumento de la competitividad de las empresas potenciado por la disminución de los costos de los servicios y/o productos y en la reinversión del capital en un mayor progreso tecnológico. La segunda ventaja es que favorecen la agilidad procesal, toda vez que al existir los llamados *plafonds* o techos de indemnización, la determinación de la cuantía de la reparación en caso de incumplimiento resulta mucho más fácil para el juzgador. La tercera ventaja es que favorecen el crecimiento de la industria aseguradora habida cuenta que se constituyen en una herramienta fundamental para el contrato de seguro y el pacto de límites claros frente a los riesgos asegurables.

Es prudente advertir que de igual forma, reconoce dos desventajas frente a las cláusulas restrictivas de responsabilidad: a) el acreedor o consumidor debe soportar la totalidad o parte del daño y b) por ser incluidas principalmente en contratos de adhesión o consumo, la parte débil se ve obligada a aceptar su contenido, sin presentar objeciones. En este último punto precisamente radica uno de los mayores debates para Galindo Garfias (1977) y Esmein (citado en González Castillo, 2011), en lo atinente a las cláusulas de irresponsabilidad o exonerativas de responsabilidad.

Galindo Garfias (1977) señala que “las cláusulas que excluyen la responsabilidad civil por incumplimiento de contrato excluyen a la vez la obligación misma: la voluntad de las partes ha sido la de no obligarse jurídicamente”. Por su parte, Esmein afirma que el rechazo a la plena eficacia de las cláusulas de irresponsabilidad

encuentra su justificación en la falta de causa, una de las condiciones de existencia de la obligación. Dice el autor:

Si el deudor está libre en caso de inejecución proveniente de su culpa, se aceptaría y se suministraría una prestación por la otra parte, sin el equivalente serio con el cual ella contaba, pues, por hipótesis, el acto es a título oneroso. En otros términos, su compromiso o su prestación, carecería, a su respecto, de causa, si se adopta, de acuerdo con nuestro modo de pensar, la concepción de la causa desarrollada por M. Capitant, según la cual, ella es, en los contratos sinalagmáticos, la voluntad de obtener la ejecución de la prestación que se le ha prometido en cambio.

Así las cosas, es claro que la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad solo puede aceptarse en la medida en que este tipo de estipulaciones no rompa el equilibrio de las prestaciones y no desvirtúe la función económica del contrato en que aparezca inserta.

El origen de este tipo de cláusulas se remonta a la época del derecho romano, en la que se encuentra su antecedente más incipiente con la prohibición del pacto de excluir la responsabilidad por dolo del deudor. Sin embargo, con la invención de la máquina de vapor y el consecuente incremento del transporte marítimo de las mercancías fabricadas por las nacientes industrias, los navieros ingleses se vieron en la necesidad de empezar a hacer pactos sobre la responsabilidad, para poder abaratar los fletes. Inicialmente el transportador respondía siempre por la inejecución de las obligaciones asumidas. Se trataba de una responsabilidad objetiva e ilimitada, en la que el deudor respondía incluso por los efectos de circunstancias externas como naufragios, incendios, a menos que se probara algún pacto al respecto dentro del límite del *fundamental breach* (Díaz Lindao, 2012). Poco a poco las cláusulas sobre responsabilidad se fueron convirtiendo en la herramienta fundamental de los contratos del siglo XIX, cuyo uso llegó a ser abusivo frente a los derechos de la parte débil económicamente, hecho que fue denunciado por la doctrina.

Surgió entonces la necesidad de crear límites a esta nueva figura. El legislador de la tercera década del siglo XX atendió este llamado estableciendo límites de validez a las cláusulas restrictivas de responsabilidad o la prohibición de pactar cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad por debajo de los estándares mínimos que establezca la ley, tal y como ocurrió en materia de transportes con la Convención de Varsovia de 1929 (Gual Acosta, 2012).

Como la figura de las cláusulas limitativas de responsabilidad encontró su cuna en Inglaterra, esta figura se fue desarrollando bajo la influencia de las reglas del liberalismo económico, tanto así que los tribunales del sistema jurídico anglosajón permitían su uso como un mecanismo de reducción del riesgo. Con la evolución de la estructura socioeconómica su uso se fue masificando y apareció la necesidad de establecer normas dirigidas a proteger al consumidor. Con la expedición de la *Unfair Contracts Terms Act* (1977) apareció la primera herramienta de regulación, según la cual se consideraban abusivas las cláusulas restrictivas de responsabilidad que no lograran superar un test de razonabilidad (MacDonald, 2006; Lawson, 2011).

Esta posición jurídica, donde se pasa de la libertad contractual absoluta a la protección del contratante débil, fue confirmada con la incorporación de la misma en la Directiva CE/93, adoptada por Inglaterra mediante la *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* (1994). En esta se estableció una lista gris no taxativa y enunciativa de las cláusulas que se presumirían como abusivas. Esta tendencia continuó con la promulgación de una nueva *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* (1999), la cual fue reformada en el año 2001, fijando como criterio que en materia de contratos de consumo se consideran abusivas aquellas cláusulas no negociadas individualmente, si en contra de la buena fe, causan un desequilibrio significativo de los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor (Gual Acosta, 2012).

Es de anotar que en países del sistema tradicional romanista como Francia y Colombia, por ejemplo, no existe una unificación en cuanto a las regulaciones sobre cláusulas restrictivas de

responsabilidad. En Francia, la regulación es jurisprudencial con la sentencias de los casos *Chronopost* (Corte de Casación de Francia, Sala de lo Mercantil, 1996), *EDF* (Corte de Casación de Francia, Sala de lo Mercantil, 2007) y posteriores, mientras que en Colombia a pesar de que ya se expidió la Ley 1480 de 2011, Estatuto del Consumidor, todavía existe cierta fragmentación frente al tema toda vez que existen disposiciones en el Código Civil, el Código de Comercio y el artículo 133 de la Ley 142 de 1994 que también regulan el tema de las cláusulas abusivas y las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

También se debe destacar que en estos países, en materia de cláusulas restrictivas de responsabilidad se distingue entre las cláusulas de limitación y las cláusulas de exoneración. Las cláusulas de exoneración son aquellas que responden a los criterios de repartición entre acreedor y deudor de la asunción económica. Estas impiden el surgimiento de la responsabilidad. Díaz Lindao (2012) propone como ejemplos de estas cláusulas:

- Las que modifican el criterio de imputación de responsabilidad (objetiva o subjetiva), como por ejemplo, cuando se pacta la exoneración del caso fortuito si se prueba la diligencia del deudor para mitigar los efectos del daño.
- Las que recaen sobre la entidad del daño a resarcir, como por ejemplo, cuando se pacta que se responderá por daño emergente pero no por lucro cesante.
- Las que recaen sobre las garantías, por ejemplo, cuando se pacta que solo se responderá por defectos de fabricación.
- Las que recaen sobre los recursos a los que puede recurrir el deudor en caso de incumplimiento.
- Las que excluyen la responsabilidad del deudor por retardo en el cumplimiento de sus obligaciones o en eventos especiales como fuerza mayor, caso fortuito, incendio.

Por su parte, las cláusulas de limitación de responsabilidad son aquellas en las que partiendo del reconocimiento de la responsabilidad del deudor, se pactan los términos para el traslado de una

parte de los efectos económicos del resarcimiento sobre el patrimonio del deudor. Son ejemplos de estas cláusulas las que recaen sobre la modalidad de indemnización o los efectos de la responsabilidad y las que determinan un techo máximo para la reparación en caso de incumplimiento (Díaz Lindao, 2012).

De los límites de las cláusulas restrictivas de responsabilidad

En la revisión de la evolución histórica de esta figura se observa cómo surgió la necesidad de establecer límites para su aplicación, lo cual tiene una clara justificación en que la responsabilidad civil por incumplimiento de una obligación contractual no puede quedar totalmente excluida por convenio de las partes. Admitir la exclusión total de la responsabilidad implicaría aceptar que no hay obligación, pues como señala Galindo Garfias (1977) responsabilidad y obligación, desde el punto de vista jurídico, son inescindibles.

Las cláusulas restrictivas de responsabilidad son, en principio, válidas pero están sometidas a los límites generales de la autonomía privada de la voluntad, es decir, la buena fe, el orden público y las buenas costumbres. Estos límites se han ido especializando y adaptando a la realidad social, encontrando su punto de partida en la prohibición del pacto de no responder por dolo o culpa grave, originario del derecho romano y que actúa en la esfera de ejecución del contrato.

En los sistemas jurídicos de tradición romanista como el francés, el chileno y el colombiano dicha regla se implementó de manera implícita y tiene su inspiración en que la admisión de este tipo de pacto contraría los principios básicos ligados a la autonomía de la voluntad, es decir, la buena fe contractual, el orden público, las buenas costumbres y la buena fe contractual. Una cláusula que exonere al deudor de su responsabilidad por una conducta que implique mala fe o una negligencia grosera haría que el negocio jurídico carezca de causa, toda vez que no existiría un mínimo de equilibrio entre las obligaciones y deberes de las partes, que las motive a celebrarlo.

La doctrina italiana fundamenta este límite en la contrariedad al vínculo jurídico que nace del contrato y al principio de la tutela del crédito, entendiendo que este último “guarda la necesidad de asegurar al acreedor un mínimo e inderogable empeño diligente por parte del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones” (Díaz Lindao, 2012).

Los artículos 1522, 1535 y 1604 del Código Civil Colombiano (1887) constituyen el marco legal de consagración de este límite a las cláusulas restrictivas de responsabilidad. La primera norma prohíbe la condonación del dolo futuro. La segunda prevé la nulidad de las obligaciones potestativas, que son aquellas cuyo cumplimiento depende únicamente de la voluntad del deudor, es decir, que este puede cumplirla o no sin ninguna consecuencia jurídica. Finalmente la tercera norma mencionada consagra una propuesta de reglas para imputación de responsabilidad tomando como referencia el grado de utilidad del contrato para las partes, las cuales pueden ser modificadas en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Desde el punto de vista práctico, resulta difícil encontrar cláusulas que consagren expresamente la exoneración total de dolo o culpa grave del deudor para evitar su declaratoria de ineficacia. Resulta más común encontrar cláusulas que disminuyan el grado de diligencia exigido al deudor, o limitaciones al resarcimiento, modificando con ello el régimen subjetivo de responsabilidad, lo cual es jurídicamente válido, a menos que resulte aplicable otro límite de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

Un segundo límite a las cláusulas restrictivas de responsabilidad aparece en la imposibilidad de restringir la responsabilidad del deudor por daños a la vida y a la integridad física de las personas, y en atención a la protección de la parte débil, en unos determinados tipos contractuales, en el marco de los conceptos de orden público y las buenas costumbres (Díaz Lindao, 2012).

El orden público se refiere a los intereses o valores de particular y fundamental importancia para la sociedad, mientras que la expresión buenas costumbres¹⁶ se refiere al conjunto de reglas

¹⁶ Sobre el alcance del concepto de buenas costumbres, véase Hinestrosa

morales importantes para la sociedad y que se considera como el componente moral del orden público. Este es el límite más sólido para la autonomía de la voluntad, toda vez que al ser la expresión del conjunto de valores y creencias de un pueblo, su contenido no puede ser determinado previa e integralmente, debido a la existencia del llamado orden público virtual. Díaz Lindao (2012) define este último como “principios o postulados jurídicos estipulados particularmente importantes para el orden social y que son extraídos por el operador jurídico tanto de las fuentes y metas jurídicas como de las mismas leyes imperativas y de los valores políticos, económicos y morales de una determinada comunidad”.

Hinestrosa (2014), por su parte, ubica su origen en una contraposición al orden público textual, que se da cuando el legislador sanciona con la figura de nulidad, prevista en los artículos 1741 del Código Civil y 899 del Código de Comercio, las disposiciones que resulten incurso en causa u objeto ilícitos, sin hacer una distinción clara entre las dos figuras, reguladas en los artículos 1519, 1521, 1523 y 1524 del Código Civil.

Para la comprensión del alcance de este segundo límite se debe tener en cuenta que este concepto tiene dos componentes. El primero es el orden público político, entendido como el conjunto de normas o principios dirigidos a la conservación y protección de la estructura del Estado y la sociedad, así como la defensa de los bienes jurídicos especialmente tutelados por la sociedad, como la vida y la integridad del individuo y de la familia. Estas normas generalmente se limitan a prohibir comportamientos que contradicen las directrices de conservación, por lo que adquieren un carácter negativo.

El segundo componente es el orden público económico, entendido como el conjunto de normas o principios que restringen la autonomía privada, y con ello la libertad contractual, para salvaguardar los intereses de la parte más débil en ciertos contratos, como por ejemplo el trabajador, el arrendador, el consumidor.

(2014, p. 20), Acedo (1996-1997, pp 336-341) y Espín Canovas (1954). También se pueden consultar las siguientes sentencias: Corte Suprema de Justicia (2004, 9 de diciembre; 2011, 19 de octubre; 2012, 6 de marzo).

El orden público económico tiene un sentido positivo, de direccionamiento (Hinestrosa, 2014), por lo que también se constituye en una herramienta para la organización, productividad, eficiencia y equidad del sistema económico.

El orden público y las buenas costumbres como límites a las cláusulas restrictivas de responsabilidad están aplicados mediante normas imperativas que contienen directrices o prohibiciones para evitar el abuso de la posición dominante de una de las partes en la negociación del contrato y a la vez, salvaguardar los intereses de la parte débil. Por ejemplo, en materia del contrato de transporte el artículo 992 del Código de Comercio establece expresamente que se tendrán por no escritas o no pactadas las cláusulas que exoneren total o parcialmente al transportador de sus responsabilidades.

Los artículos 1031 inciso 3° y 1644 de este mismo compendio normativo permiten que las partes pacten límites a la cuantía de la indemnización en caso de pérdida de la cosa transportada, mientras que los artículos 1596, 1835 y 1886 a 1889 del Código de Comercio prevén *plafonds* o techos indemnizatorios que sirven como límites máximos al monto de la indemnización.

La Ley 1480 de 2011, denominado Estatuto del Consumidor, consagra expresamente el carácter imperativo de sus normas al señalar en su artículo 4° que “las disposiciones contenidas en esta ley son de orden público. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita, salvo en los casos específicos a los que se refiere la presente ley”. Los artículos 5.5, 6.1 y 10 de esta misma ley también consagran claramente el mandato imperativo respecto a la solidaridad del productor y proveedor frente al consumidor en cuanto a la obligación de garantía.

Es de anotar que esta regla general encuentra sus excepciones en caso de que, dado el contenido patrimonial de la obligación de garantía y la responsabilidad solidaria de la misma, el consumidor decida llegar a un arreglo al respecto mediante cualquiera de los medios alternativos de solución de controversias, conforme a lo previsto en el inciso 2° del artículo 4 de esta ley. En este escenario

resultaría plenamente válido que mediante un acuerdo conciliatorio el acreedor ejerciera su derecho de renunciar a la solidaridad pasiva entre productor y proveedor, en aplicación del artículo 1573 del Código Civil (Monroy Cabra, 2014).

Con ocasión de las problemáticas que se suscitaron en torno a las cláusulas restrictivas de responsabilidad, los límites impuestos a estas pasaron de la esfera de ejecución del contrato a la esfera de configuración del mismo, moviendo su eje central al equilibrio de las obligaciones y deberes de las partes contratantes, conforme al principio de la buena fe. Lo anterior dio lugar a que se revaloraran los conceptos de culpa y la causa del contrato, para llegar por vía jurisprudencial a la creación de un tercer límite que recae sobre la obligación esencial del negocio con relación directa a la causa del contrato, y con la finalidad o esencia del negocio que se desprende de la naturaleza o tipo legal del mismo (Díaz Lindao, 2012).

Este límite tiene su génesis en la jurisprudencia francesa con la famosa sentencia *Chronopost* del 22 de octubre de 1996, en el que la Corte de Casación llegó a la conclusión de que una cláusula de responsabilidad estipulada respecto de la obligación esencial del contrato debía reputarse como no escrita siempre que contradijera el alcance del compromiso hecho (Genicon, 2009). En el caso analizado por la Corte se contrató una empresa de correos para un envío que debía llegar al día siguiente para participar en una licitación y no se cumplió con la rapidez del servicio ofrecida. En la cláusula analizada el transportador rápido de correo limitaba su responsabilidad únicamente al precio del envío en caso de inejecución. Los magistrados encontraron intolerable que la indemnización ofrecida por el transportador fuera tan irrisoria y con fundamento en el artículo 1131 del Código Civil Francés que trata sobre la nulidad por ausencia de causa, manifestaron que “una cláusula que limita de manera irrisoria la obligación de reparación a cargo del deudor de la obligación esencial priva de causa los compromisos del acreedor” (Genicon, 2009).

Este planteamiento dejó abierta la posibilidad para que se considerara que el criterio aplicable en el derecho francés apuntaba hacia un principio general de proscripción pura y simple de las

cláusulas de responsabilidad referidas a las obligaciones esenciales del contrato. El 18 de diciembre de 2007 la Sala Comercial de la Corte de Casación emitió un fallo en el caso *EDF*, que dio un matiz de claridad al problema jurídico que se había suscitado. En este segundo pronunciamiento, un cliente de la empresa EDF, proveedora principal del servicio de energía en Francia, la demandó por responsabilidad debido a que un corte de corriente había dañado los equipos de su instalación industrial. EDF le opuso una cláusula limitativa de responsabilidad, mientras que el cliente citó en sus alegatos la jurisprudencia Chronospost para obtener la nulidad de dicha cláusula. Sin embargo, la Corte no acogió este criterio debido a que “habiendo notado que la cláusula limitaba la indemnización únicamente para el corte inopinado de corriente, salvo en caso de culpa lata del proveedor, la Corte de Apelaciones había podido concluir que esta estipulación no tenía como efecto vaciar de toda sustancia la obligación esencial de suministro de electricidad, caracterizando así, la ausencia de contrariedad entre dicha cláusula y el alcance del compromiso suscrito” (Genicon, 2009, p. 126).

Quiere decir lo anterior que las cláusulas limitativas de responsabilidad solo se tendrán por no escritas en la medida que priven a la obligación esencial de su verdadero alcance. En este caso la limitación solo apuntaba a un tipo de incumplimiento. Pese a esta precisión teórica, este límite resulta de difícil operatividad en la práctica. Tal y como afirma Genicon (2009), la obligación esencial es fluctuante e impredecible. Existen tipos contractuales en los que la obligación esencial puede resultar de la suma de todas las obligaciones del contrato puestas al servicio de la plena realización del objeto de la convención, por lo que puede considerarse como una cebolla compuesta de varias capas que deben pelarse para llegar al corazón de la obligación o del contrato.

Ahora bien, atendiendo la trascendencia de la tendencia de humanización del derecho privado, el giro de la responsabilidad civil hacia la prevención del daño y la revitalización del principio de la buena fe (Jaramillo Jaramillo, 2013), este último como límite a las cláusulas restrictivas de responsabilidad requiere un análisis particular. En su acepción más general, la buena fe puede

definirse como la buena voluntad, la lealtad, la transparencia que se espera del comportamiento de toda persona que convive en sociedad. También puede definirse como la convicción de una persona de que su comportamiento es regular y permitido cuando en realidad es antijurídico, la confianza en la apariencia jurídica de las cosas y/o la rectitud y honradez con que se debe proceder en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos (Solarte, 2004).

En su concepción subjetiva la buena fe se relaciona con el componente psicológico y ético del ser humano como sujeto, refiriéndose entonces a la creencia de que la conducta desplegada es honrada y sin tacha, toda vez que no contradice el ordenamiento jurídico. Por su parte, la concepción objetiva responde más a un concepto técnico-jurídico y se refiere a un parámetro de comportamiento leal y correcto que debe observarse en las relaciones jurídico-patrimoniales, es decir, corresponde a un deber general de conducta que permite identificar obligaciones y prohibiciones adicionales a las previstas por la ley y las acordadas por las partes.

La buena fe presupone que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces. Quiere decir lo anterior que la buena fe se identifica con la confianza, la legítima creencia, la honestidad, la lealtad, la corrección y, especialmente, en las esferas pre-negocial y negocial, con el vocablo fe, puesto que fidelidad quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra en el cumplimiento de sus obligaciones, fiándose de que esta no lo engañará (Sentencia 5670, Sentencia 6146, 2001).

Este principio general del derecho, consagrado en el artículo 83 de la Constitución Nacional, el artículo 1603 del Código Civil y el artículo 871 del Código de Comercio, constituye un criterio básico para el proceso de calificación, interpretación e integración del negocio jurídico, para lo cual cumple las siguientes funciones:

- a. Sirve como parámetro para valorar el grado de afectación o razonabilidad de una determinada cláusula, frente al equilibrio normativo de un contrato de adhesión (Díaz Lindao, 2012).

- b. Sirve como criterio auxiliar de interpretación para “desentrañar el contenido del acto, derivada de la manifestación realizada por las partes, para obtener la idea más apropiada de ella” (Bernal, 2013).
- c. Favorece el enriquecimiento del contenido del contrato a través de la integración de deberes secundarios de conducta, que formarán parte del mismo aunque las partes no los hayan mencionado en su negociación, para que el cumplimiento del negocio jurídico pactado sea efectivo, es decir, se satisfaga el interés que motivó a cada una de las partes a la celebración del mismo. En otras palabras, el principio de la buena fe cumple una función integradora que permite buscar el contenido implícito del contrato partiendo del análisis de la voluntad de las partes y el contexto espacial y temporal en que se está ejecutando.

Del alcance de las cláusulas restrictivas de responsabilidad en el contrato de mandato de las agencias de aduanas

Para determinar el alcance de las cláusulas restrictivas de responsabilidad incluidas en los contratos de mandato de las agencias de aduanas es necesario partir de una premisa. Los contratos de mandato de las agencias de aduanas son contratos de adhesión, en la medida que sus cláusulas son elaboradas por estas como parte dominante y fuerte en la relación contractual. En aras de favorecer la agilidad que exigen las operaciones de comercio exterior y el tráfico económico en la actualidad, las agencias de aduanas se encargan de fijar el contenido del contrato de mandato de manera unilateral, antes del período contractual. No hay debate previo de su contenido, por lo que la firma del mismo por el usuario de comercio exterior, como mandante, en señal de aceptación de sus cláusulas, cumple la función de darle eficacia a la voluntad plasmada unilateralmente por las agencias de aduanas.

En acatamiento del principio de buena fe previsto en el artículo 871 del Código de Comercio, las agencias de aduanas deben

abstenerse de introducir cláusulas abusivas¹⁷ en el contrato de mandato aduanero, que lo coloquen en una posición de privilegio frente al mandante que se adhiere al contenido del mismo. De hacerlo así, estaría faltando a la confianza que deposita en ella el mandante al suscribir la convención.

La confianza debe entenderse como un estado psicológico que reduce la incertidumbre a la que se enfrentan los individuos en relación con las intenciones y acciones futuras de otros con los que se relacionan. La confianza genera expectativas favorables y aumenta la probabilidad de que las acciones futuras de los otros sean beneficiosas o al menos no vayan en detrimento de nuestros intereses (Jaramillo, 2014).

Si en todo caso, dentro del contrato de mandato aduanero se llegaren a introducir cláusulas abusivas y se presentare un conflicto respecto de su aplicación, el juez, en su labor interpretativa, deberá analizarlas teniendo como norte que por razones de equidad, estas deben interpretarse en favor de la parte adherente. Lo anterior encuentra su sustento en que el artículo 13 de la Constitución Nacional obliga a que el juez proteja a las personas que se encuentren en situación de debilidad manifiesta, categoría en la que se incluye a la parte débil en una relación contractual por su condición económica, máxime si esta es de adhesión. El alcance de este mandato, en consonancia con lo dispuesto en los artículos 334 y 335 de la Constitución Política, se extiende incluso a que el juez pueda sancionar estas cláusulas declarando su invalidez, para mantener el equilibrio contractual (Sentencia 01489, 2011, 14 de diciembre).

Una segunda premisa que se debe tener en cuenta para realizar este análisis es que la relación contractual tiene un carácter orgá-

¹⁷ El artículo 42 de la Ley 1480 de 2011, Estatuto del Consumidor, define las cláusulas abusivas y el artículo 43 contiene una lista negra, taxativa, de las cláusulas abusivas ineficaces de pleno derecho. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia indica que las cláusulas abusivas responden a tres características arquetípicas: 1. Que su negociación no haya sido individual, 2. Que se quebrante el principio rector de la buena fe y 3. Que se genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y obligaciones que contraen las partes (Sentencia 5670, Sentencia 6146, 2001).

nico (Solarte, 2004), toda vez que su contenido no se limita a las obligaciones estrictamente pactadas por las partes, o determinadas por la parte dominante como sucede en los contratos de adhesión. A su lado coexisten otros deberes jurídicos denominados deberes secundarios de conducta, tales como los de información, consejo, protección, fidelidad, reserva, entre otros, que se integran al contenido del contrato en virtud del principio de buena fe. Lo anterior evidencia que su estudio no se realiza desde el plano ideal de igualdad en el contrato, característico del siglo XIX.

Algunos autores ubican el origen de estos deberes secundarios de conducta con la aparición de la doctrina del solidarismo contractual¹⁸, la cual incorpora el principio de solidaridad a las relaciones obligacionales para facilitar el equilibrio de los negocios y la protección de los más débiles en el contexto actual, donde los principios clásicos de la autonomía de la voluntad y la fuerza vinculante de los contratos resultan insuficientes para regular la singularidad de situaciones que se presentan durante la negociación, celebración y ejecución de los contratos.

Según Pico Zúñiga y Rojas Quiñones (2013), la solidaridad, además de ser considerada como un valor y un principio constitucional, constituye un mandato de optimización para todo el ordenamiento jurídico por cuanto implica la unión de los individuos en pro de un objetivo común y la colectivización de

¹⁸ El solidarismo contractual cuestiona la concepción del negocio jurídico basado en un amplio reconocimiento de la autonomía de la voluntad —o autonomía privada—, en la medida que, por una parte, pone en duda que las partes al negociar o buscar consensos logren siempre resultados equilibrados y, por otra, que no sea posible la intervención correctora del juez porque se la considere contraria a la seguridad jurídica. La visión solidarista del contrato sugiere, entonces, una forma distinta de entender la relación de los sujetos, en la cual se descarta considerar que el fundamento de dicha relación está en la oposición y contradicción de sus intereses, para dar paso a una concepción en la que debe prevalecer la colaboración mutua encaminada a la realización de los intereses de cada uno y todos los allí involucrados (Bernal, 2013, p. 44). Sobre el solidarismo contractual, véase también Pico Zúñiga y Rojas Quiñones (2013).

los objetivos sociales, que motiva a su vez el soporte y sustento intergeneracional.

Esta doctrina tiene como pilares la función social y la búsqueda del equilibrio razonable del contrato. El primero de ellos aborda el estudio del contrato como una herramienta de cooperación, en la que los contratantes ejercen la autonomía de su voluntad atendiendo unos criterios de armonía, equidad, cambio justo, interdependencia y reciprocidad. El segundo pilar, a su turno, propende por una conciliación de los intereses de los contratantes que permita la realización de la finalidad del contrato.

En este contexto, Bernal (2013) clasifica los deberes secundarios de conducta en dos grupos en atención a su finalidad. El primero está conformado por los deberes de finalidad negativa, es decir, los deberes de protección y seguridad, cuyo propósito estriba en impedir que se produzcan lesiones o menoscabos a la esfera íntima del sujeto. Por su parte, el segundo grupo está integrado por los deberes de finalidad positiva, esto es, aquellos que buscan posibilitar el cumplimiento de la prestación y sirven como complemento a la misma, siendo ejemplo de ello los deberes de información, colaboración, consejo, fidelidad, entre otros.

El juez es quien se encarga de la labor de integración de estos deberes secundarios de conducta al contrato, lo que tiene como efecto principal el enriquecimiento de su contenido y es distinta a la interpretación, función que también desarrolla el juez y permite encontrar la voluntad de las partes o el significado efectivo de las estipulaciones incluidas en un contrato. Otro efecto de la integración de estos deberes al contrato, es que en caso de registrarse el incumplimiento de los mismos le resultan aplicables las normas sobre responsabilidad contractual, en la medida que estén vinculados directamente con la ejecución de la obligación principal, lo que podría reflejarse en la pretensión de cumplimiento, la pretensión resolutoria, la excepción de contrato no cumplido y la pretensión indemnizatoria.

Antes de abordar el análisis del alcance de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, se profundizará en el estudio de tres

deberes secundarios de conducta por sus implicaciones para este trabajo: el deber de cooperación, el deber de coherencia y los deberes de evitación y mitigación del daño.

1. *El deber de cooperación*: Pico Zúñiga y Rojas Quiñones (2013) afirman que el deber de cooperación es una materialización de los principios de buena fe y solidaridad. Este débito secundario de conducta supone una prestación consistente en cooperar o colaborar con la otra parte contractual, dentro de los límites de la buena fe y de la razonabilidad, para lograr que el contrato o, en general, la relación obligacional satisfaga los intereses encontrados de los individuos que son parte en la misma.

Este deber se impone a ambos extremos de la relación, lo que implica que su cumplimiento es exigible tanto del deudor como del acreedor. Así, por ejemplo, en un contrato de compraventa de bien inmueble, la aplicación de este deber secundario de conducta se vería reflejado en el acuerdo que hagan las partes sobre las condiciones de modo, tiempo y lugar para la firma de la escritura pública, de tal suerte que ambas partes puedan concurrir fácilmente a la diligencia. Otro ejemplo de este deber se observa cuando se le impone al acreedor la obligación de entregar oportunamente la información que sea necesaria para que el deudor realice la prestación, de la manera más útil y económica posible.

Uno de los mayores interrogantes que surge frente a este deber es el alcance de la cooperación exigible a cada una de las partes, hasta dónde se debe ceder en aras de colaborar y facilitar la realización del interés del contrato. La respuesta a esta incógnita está dada por la labor de integración del contrato que debe realizar el juez aplicando las diversas reglas hermenéuticas.

Respecto de los efectos del incumplimiento del deber de cooperación, Pico Zúñiga y Rojas Quiñones (2013) han dicho lo siguiente:

La falta de cooperación, colaboración o solidaridad contractual, esto es, el egoísmo a ultranza en la defensa de los intereses individuales inherentes a un negocio jurídico, puede llegar a ser fuente de responsabilidad, si se constata que dicho

egoísmo supuso: (I) la transgresión subjetivamente imputable del deber de cooperación, examinado a la luz de los parámetros expuestos en el acápite anterior; (II) la irrogación de un daño en cabeza de un particular; (III) la existencia de una vinculación causa-efecto entre uno y otro elemento.

2. *El deber de coherencia*: Es aquel deber jurídico que acompaña a las obligaciones adquiridas por los contratantes y da origen a la prestación de exigir una actitud lógica y consecuente con una posición o comportamiento anterior, es decir, una continuidad en la conducta desplegada. Bernal (2013) identifica dos elementos constitutivos de este deber de conducta: la ausencia de contradicción en el comportamiento y la confianza creada, fundada y razonablemente.

El primer elemento encuentra su fundamento en que el contrato como sistema debe evitar la contradicción en el comportamiento de los contratantes¹⁹, que puede darse en forma instantánea o de forma sucesiva en el tiempo. Una contradicción es una afirmación totalmente diferente y opuesta a lo que se ha expresado sobre la misma cuestión con anterioridad. La contradicción instantánea se presenta en aquellos casos en que se solicitan términos incompatibles, mientras que la contradicción en el tiempo, típica de las

¹⁹ La prohibición de actuar en contradicción con un comportamiento anterior está regida por la doctrina de los actos propios, según la cual “a nadie le está permitido válidamente volver sobre sus propios actos, en perjuicio ajeno, de suerte que si lo hace, su actuar no puede quedar impune, incoloro o inmaculado, como quiera que de su incoherencia no podrá obtener réditos o beneficio alguno” (Jaramillo, 2014). Para la configuración de la misma se requiere la existencia de una conducta relevante, inequívoca y objetiva, una conducta posterior de carácter contradictorio, identidad de sujetos y que exista un perjuicio real o potencial derivado de la contradicción con la conducta anterior, que lesione la confianza legítima y razonable. Por consiguiente, en desarrollo de los derechos de acción y de defensa, las partes de un proceso no pueden, sin mediar una justificación legalmente atendible y, mucho menos, de manera intempestiva e inconsulta, actuar en contravía de la posición que con anterioridad asumieron, así la nueva postura sea lícita, si con ello vulneran las expectativas legítimamente generadas en su contraparte o en los terceros, o los derechos de una y otros (Sentencia 00041, 2013, 8 de noviembre).

relaciones contractuales de ejecución continuada o a largo plazo, se refiere a la modificación de una conducta cuando ya ha transcurrido un período determinado. Respecto de esta última hay que aclarar que no es absoluta, toda vez que pueden presentarse variaciones en la conducta durante la ejecución del contrato, siempre y cuando no lesione la confianza generada por la conducta anterior.

La confianza, como segundo elemento del deber de coherencia, puede entenderse como un mecanismo que facilita la toma de decisiones de los seres humanos con base en cierta previsibilidad de los acontecimientos y los comportamientos de los demás, y genera ciertas expectativas, las cuales deben ser legítimas, fundadas y razonables²⁰ (Bernal, 2013). Es por ello que el deudor debe ser coherente en su comportamiento para no defraudar la confianza legítima del acreedor y, a su vez, este no debe obstaculizar la realización del interés del deudor.

Por lo general, la inobservancia del deber de coherencia se refleja mediante el ejercicio de un derecho o prerrogativa que contradice una conducta anterior y defrauda la confianza, o mediante el ejercicio de una acción judicial para hacer efectiva la pretensión contradictoria. Para enervar el ejercicio de la acción judicial que busque el cumplimiento de una pretensión contradictoria pueden alegarse como excepciones la ineficacia de la pretensión o la inadmisibilidad de la misma. Si con el incumplimiento de este deber se causa daño al otro contratante, este será indemnizable dependiendo de la etapa de formación del contrato en que se haya generado.

3. *Los deberes de evitación y mitigación del daño*: Estos deberes secundarios de conducta tienen como eje central el daño. El primero de ellos impone la obligación de impedir su gestación, mientras que el segundo implica la prestación de minimizar sus efectos, cuando no ha sido posible evitar su materialización. Ambos deberes tienen como punto de partida la transformación del rol de la víctima del evento dañoso, de quien se exige

²⁰ Sobre el criterio de lo que puede considerarse como razonable, ver el artículo 1:302 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos y el artículo 1.8 de los Principios Unidroit.

un comportamiento diligente y proactivo²¹, tanto así que el cumplimiento de deber de mitigación del daño constituye un criterio esencial para la determinación cuantitativa de la extensión del resarcimiento o indemnización. En este sentido Jaramillo Jaramillo (2013) ha dicho lo siguiente:

(...) en materia de perjuicios, per se, no todos son resarcibles por parte del deudor, como quiera que hay supuestos en los que el acreedor no puede pretender que se le resarzan aquellos que pudieron ser obviados —o evitados— por él, adoptando, para el efecto, medidas especiales *v.gr.*, la celebración de contratos, tales como la compraventa, el arriendo, el subarriendo, etc., es decir actuando y no observando una conducta inercial, o simplemente absteniéndose de actuar pudiendo haberlo hecho.

El cumplimiento de estos deberes secundarios de conducta tiene como efecto inmediato el nacimiento a la vida jurídica del derecho a recibir el reembolso de los gastos²² en que haya incurrido el acreedor afectado para adoptar medidas conservativas, de reparación o sustitutivas, siempre y cuando sean razonables²³.

²¹ Esta transformación obedece a razones sociales, éticas, jurídicas y económicas. No es admisible la conducta pasiva del acreedor afectado, quien se sienta a ver crecer sus propios daños con el convencimiento de que todas las secuelas adversas que se desprendan del incumplimiento del deudor le serán íntegramente reparadas (Jaramillo, 2013).

²² Principios Unidroit. Artículo 7.4.8 (Atenuación del daño).

(1) La parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en tanto que el daño pudo haber sido reducido si esa parte hubiera adoptado medidas razonables.

(2) La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto razonablemente efectuado en un intento por reducir el daño.

²³ Uno de los criterios para examinar la razonabilidad de los gastos es la conocida fórmula del juez Learned Hand. De acuerdo con esta fórmula, una actuación es razonable y, de contera, diligente cuando se observa, desde la perspectiva de los costos, que el costo de evitación de un suceso infortunado (daño), es menor que el valor del daño esperado, esto es, menor que el producto de la multiplicación entre el monto del daño por la probabilidad de la ocurrencia. Así las cosas, una actuación es negligente cuando el agente no toma las medidas de evitación necesarias a pesar de que el valor de dicha evitación excedía el monto del daño por su probabilidad, o en términos más sintéticos, cuando no adopta las medidas preventivas en hipótesis en que su coste es inferior al daño esperado (Jaramillo, 2013).

Son ejemplos de estas medidas el desarrollo de operaciones para el reemplazo de la prestación, adquirir con otro proveedor las piezas dañadas, obtener los cuidados médicos pertinentes, aceptar la prestación parcial y defectuosa, avisar del daño a las autoridades competentes, entre otras. Es de anotar que la eficacia de la medida adoptada no es condición exigible para el pago de los gastos que la misma haya generado. En contraposición, surge para el agente responsable del daño la obligación de pagar los gastos razonables en que haya incurrido la víctima para la evitación y/o mitigación del daño.

Por su parte, la inobservancia de los deberes de evitación y mitigación del daño tiene como efecto la disminución del daño indemnizable, toda vez que se podrá excluir del *quantum* el daño que era evitable. Quien demanda la indemnización tiene la carga de la prueba de demostrar las actuaciones diligentes que llevó a cabo, dirigidas a evitar o reducir los daños, así como su oportunidad y resultados o, en su defecto, debe probar por qué no pudo adoptar medidas efectivas de mitigación o si lo hizo, por qué las tomadas resultaron fallidas. Por su parte, el agente responsable del daño podrá enervar la pretensión resarcitoria probando las medidas que podría adoptar el perjudicado para la evitación y/o mitigación del daño y no fueron adoptadas por el mismo. Así, por ejemplo, si se está en frente de un seguro de daños, el asegurado, que es la víctima inmediata del siniestro, que viene a afectar directa o indirectamente su patrimonio (C. de Co. Art. 1083), tiene el deber jurídico de hacer todo lo que esté a su alcance para evitar un deterioro mayor o la destrucción de los bienes jurídicos amparados y que constituyen el objeto del contrato.

Al revisar el contenido de los contratos de mandato aduanero utilizados por la Federación Colombiana de Agentes Logísticos en Comercio Internacional (Fitac) y la Agencia de Aduanas Operaduanas S.A. Nivel 2, se encuentran cinco cláusulas restrictivas de responsabilidad, respecto de las cuales se procederá a analizar el alcance de las obligaciones contenidas en las mismas. El estudio se realizará clasificando las cláusulas en dos grupos, así: un primer grupo, conformado por las cláusulas que guardan relación

con la clasificación arancelaria y un segundo grupo compuesto por las cláusulas que guardan relación con la responsabilidad frente a terceros que pueden intervenir en la gestión para el cumplimiento de la obligación aduanera.

Primer grupo: Cláusulas que guardan relación con la clasificación arancelaria

La primera cláusula que guarda relación con la clasificación arancelaria señala literalmente lo siguiente:

EL MANDANTE concede a la AGENCIA DE ADUANAS las siguientes facultades: (...) 3. Clasificar arancelariamente la mercancía, según su leal saber y entender, con base en los documentos e informaciones aportados por EL MANDANTE. No obstante, si EL MANDANTE informa a la AGENCIA DE ADUANAS una posición arancelaria, o la mercancía ya está clasificada en los documentos que EL MANDANTE entregue a la AGENCIA DE ADUANAS (registro o licencia de importación, certificado de origen, etc.), la AGENCIA DE ADUANAS deberá obligatoriamente clasificar y declarar la mercancía en esa posición arancelaria, sin responsabilidad alguna por parte de la AGENCIA DE ADUANAS y bajo la completa responsabilidad de EL MANDANTE. (FITAC, 2009).

Esta estipulación puede calificarse como una cláusula exonerativa de responsabilidad, en la medida que impide el nacimiento de la misma a cargo de la agencia de aduanas, en el evento de que el mandante le informe a la agencia la posición arancelaria de la mercancía sobre la que recae el trámite, o cuando la mercancía ya aparezca clasificada en los documentos que el mandante le entregue, como por ejemplo, en un registro de importación o en un certificado de origen.

Por su parte, la segunda cláusula que integra este grupo corresponde al siguiente tenor:

Como requisito indispensable para que la AGENCIA DE ADUANAS acepte el encargo aquí conferido,

EL MANDANTE se obliga expresa e irrevocablemente a: (...) b) Pagar todos los tributos aduaneros, derechos aduaneros, intereses, sobretasas, gravámenes y demás impuestos en aquellos eventos en que la subpartida arancelaria informada por EL MANDANTE o el valor declarado sean objeto de revisión en inspección y/o control posterior por parte de la DIAN, manteniendo indemne a la AGENCIA DE ADUANAS por cualquier reclamación, investigación o requerimiento. Si la clasificación arancelaria fue realizada exclusivamente por la SIA, esta será quien responda por las sanciones correspondientes, pero EL MANDANTE continuará obligado a pagar la diferencia de tributos aduaneros, derechos aduaneros, sobretasas, gravámenes y demás impuestos que reclame la DIAN, así como los intereses (Operaduanas, 2014).

Esta estipulación puede calificarse como una cláusula limitativa de responsabilidad habida cuenta de que parte del reconocimiento de la responsabilidad de la agencia de aduanas en aquellos eventos en que la clasificación arancelaria sea objeto de revisión por parte de la DIAN y ello devenga en el pago de tributos aduaneros, derechos aduaneros, sobretasas, entre otros conceptos. El límite de la responsabilidad de la agencia radica en que la misma solo surge cuando esta haya realizado la clasificación arancelaria, y restringe los efectos de la misma únicamente al pago de las sanciones que se deriven del error en la clasificación. En consecuencia, el mandante queda obligado al pago de la diferencia de los tributos aduaneros, derechos aduaneros, sobretasas, gravámenes, y demás conceptos que reclame la autoridad aduanera, quedando pactado entonces un traslado de los efectos económicos de este error al patrimonio del mandante, quien a pesar de ostentar la calidad de acreedor se constituye en la parte débil de la relación contractual estudiada.

La tercera cláusula de este grupo señala lo siguiente:

El mandante deja expresa constancia de su responsabilidad directa en la información entregada a su mandatario y las consecuencias por las autoliquidaciones de valor,

la clasificación arancelaria y en general el cumplimiento de términos y ejecución de procedimientos, los cuales serán de responsabilidad directa del Mandante en los límites que generen los datos entregados en la documentación, correos electrónicos o cualquier otro medio de comunicación acostumbrado.

Esta cláusula puede clasificarse como limitativa de responsabilidad porque radica en cabeza del mandante la responsabilidad directa de la información entregada por este a la agencia de aduanas y las consecuencias que se puedan derivar de la misma, dentro de los límites de los datos registrados en de la información, dejando abierta la posibilidad de que la agencia de aduanas responda eventualmente por las consecuencias patrimoniales y procedimentales que se produzcan más allá de esos límites.

En principio, podría concluirse que estas tres cláusulas restrictivas de responsabilidad son válidas, en la medida que no transgreden el orden público, las buenas costumbres y la buena fe, como límites de validez a las mismas. Sin embargo, estas le conceden a la agencia de aduanas una posición de privilegio frente al mandante, por lo que en caso de conflicto respecto de su aplicación, el juez debe interpretarlas a favor del usuario de comercio exterior, que es quien figura como parte adherente y débil en esta relación contractual. Además, debe realizar la labor de integración del contrato, incorporando al contenido del mismo los deberes secundarios de conducta. Para estas cláusulas en particular resulta plenamente exigible el cumplimiento de los deberes secundarios de conducta de información y de consejo o asesoramiento.

En virtud del principio de la buena fe, el deber de información radica en cabeza del sujeto informado la obligación de suministrar a su contraparte información objetiva, clara, oportuna y veraz, con el fin de que esta disponga de elementos de juicio suficientes para poder adoptar decisiones (Solarte, 2004). En este caso, la agencia de aduanas tiene el rol de sujeto informado, toda vez que por su grado de profesionalidad se reputa conocedora de los pormenores del escenario del comercio exterior y, por tanto, debe informar al mandante, entre otros aspectos, los procedimientos

que se siguen durante la operación aduanera, los términos y costos de cada uno de ellos, la información que debe suministrarse para cada trámite y la oportunidad para ello, además de los riesgos que implica un error en la clasificación arancelaria de la mercancía y las precauciones que debe adoptar para evitar equivocaciones al respecto. Es claro que esta carga no es contradictoria con el deber de informarse adecuadamente sobre el objeto del contrato, que resulta exigible de ambos contratantes.

Por su parte, el deber de consejo, que tiene como marco el deber de información, se caracteriza porque impone una obligación de medios que consiste en realizar una valoración de la información objetiva disponible analizando las ventajas y desventajas de la misma, para advertir a quien debe recibirlo sobre las posibles consecuencias de adoptar una decisión en uno u otro sentido. Quien recibe el consejo queda en plena libertad e independencia para evaluar los aspectos favorables y desfavorables del concepto que ha recibido, y con base en ello tomar la decisión que estime más conveniente, quedando libre de toda responsabilidad la persona que ha dado el consejo (Solarte, 2004).

Así las cosas, en observancia de estos deberes secundarios de conducta, a la agencia de aduanas le corresponde informar detalladamente los procedimientos que implica la operación aduanera, la información, costos y tiempos requeridos para cada uno de ellos, así como sugerir la realización de estudios técnicos para la correcta clasificación arancelaria de las mercancías o en su defecto, la práctica de una inspección previa a la nacionalización para confirmar las características de las mercancías, de tal suerte que las mismas coincidan con las asignadas en la posición arancelaria previamente determinada, en caso de detectar alguna contradicción o error en la posición arancelaria de las mercancías, indicada por el mandante o en los documentos aportados por el mismo para la operación aduanera.

En Francia existen dos precedentes jurisprudenciales respecto del incumplimiento de los deberes de asesoramiento e información por parte del agente de aduanas, y que guardan relación con las cláusulas analizadas. El primero de ellos está en la sentencia del

19 de abril de 2013 proferida por el Tribunal Superior de Lyon, en la que concluyó que el agente de aduanas incurre en violación de estas obligaciones cuando le da a su cliente la posición arancelaria equivocada y le indica que el arancel a pagar es cero, y se da cuenta del error al momento de la importación, quedando obligado el mandante a pagar derechos de antidumping por un 42%. Señala el Tribunal que el agente no puede invocar como defensa que el importador es responsable del pago de todos los derechos que se causen, como consecuencia de un error en la clasificación arancelaria, toda vez que de haber tenido la información oportunamente el mandante podría haber cambiado la destinación final de la mercancía.

El segundo precedente está en la sentencia del 4 de julio de 2013 proferida por el Tribunal Superior de Rouen, en el que se estableció que el agente de aduanas no cumple con los deberes de información y asesoramiento cuando no sugiere la realización de los estudios necesarios para la determinación de la clasificación arancelaria de las mercancías. A pesar de que el agente de aduanas disponga de información suficiente, él tiene la obligación de solicitar las respectivas aclaraciones o los documentos adicionales necesarios para la correcta ejecución del contrato (López Rivera, 2013).

Así las cosas, en un eventual litigio por la aplicación de las cláusulas analizadas, el juez podrá acceder a las pretensiones de cumplimiento, resolución del contrato y/o reconocimiento y pago de indemnización, en la medida que se demuestre el incumplimiento de los deberes de información y asesoramiento por parte de la agencia de aduanas, en lo atinente a la clasificación arancelaria de las mercancías, dependiendo de los elementos de cada caso particular.

Segundo grupo: Cláusulas que guardan relación con las obligaciones frente a terceros

Las cláusulas que integran este grupo tienen que ver con las facultades que se conceden a la agencia de aduanas para cumplir

el objeto del contrato de mandato y los efectos de la representación frente a terceros, señalando lo siguiente:

La representación ejercida por el Mandatario dentro de los lineamientos generales de este contrato, no lo compromete ante terceros con los gastos ocasionados por esta gestión, ni los incumplimientos que se deban exclusivamente a la actividad de terceros ajenos al mandatario, y por lo tanto se deja clara constancia para efectos de la responsabilidad del mandatario ante la DIAN y terceros intervinientes, que este mandato no implica tenencia física de la mercancía ni subrogación por solidaridad de las responsabilidades económicas en el ejercicio de su gestión.

6) Queda facultada de modo especial para suscribir en nuestra representación contrato de comodato de contenedores ante los Agentes Marítimos, y/o arrendadores de contenedores, liberándola de cualquier responsabilidad solidaria por el arrendamiento, moras, o daños del contenedor y cualquier cláusula de solidaridad se tendrá por no-escrita y la aceptación de este mandato así lo determina (Operaduanas, 2014).

Ambas estipulaciones pueden calificarse como exonerativas de responsabilidad debido a que impiden el surgimiento de la responsabilidad de la agencia de aduanas frente a terceros. La primera de ellas al establecer que la representación que ejerce la agencia de aduanas no genera compromiso alguno frente a terceros por los gastos que implica la gestión para el cumplimiento de la obligación aduanera, tales como gastos de transporte, bodegaje, cargue y/o descargue de contenedores, entre otros conceptos, dependiendo del régimen aduanero: Importación, exportación o tránsito aduanero. La segunda, al excluir la responsabilidad solidaria de la agencia de aduanas por el arrendamiento de contenedores, moras o daños al contenedor, a pesar de estar facultada para firmar los contratos de comodatos de los contenedores en representación del mandante.

Estas disposiciones al igual que las anteriores inicialmente no transgreden ninguno de los límites generales de validez para las

cláusulas restrictivas de responsabilidad. Sin embargo, su interpretación en caso de conflicto debe hacerse a la luz de los deberes secundarios de información, cooperación y mitigación del daño. El primero de ellos resulta exigible porque las cláusulas se refieren a gastos que se generan frente a terceros que intervienen en las operaciones de comercio exterior, que tienen reglas y términos específicos para la prestación de su servicio, que no necesariamente son conocidos por el mandante. En consecuencia, es obligación de la agencia de aduanas brindar información completa, veraz y oportuna sobre los gastos que se generan durante la operación aduanera, que deben ser cancelados a terceros y el procedimiento para realizar el pago de los mismos, de tal suerte que no se generen sobrecostos ni contratiempos por su desconocimiento por parte del usuario de comercio exterior.

El deber de cooperación se puede integrar a este contrato porque en aplicación del principio de solidaridad, se le puede exigir a la agencia de aduanas colaborar razonablemente para la realización del interés del mandato aduanero, que radica en el desarrollo y finalización de la operación de comercio exterior. Por su parte, el deber de mitigación del daño que le asiste a la agencia de aduanas, por su grado de profesionalización y conocimiento, radica en adoptar las medidas razonables que sean necesarias para que los sobrecostos de la operación aduanera a cuyo pago está obligado el mandante, se reduzcan a su mínima expresión.

Por ejemplo, si una vez que ha arribado el buque al puerto de destino, llega a existir una demora en el descargue, en la desconsolidación de la carga, en el trámite de nacionalización de la mercancía o cualquier otro evento que retrase la devolución del contenedor al agente marítimo y/o arrendador de contenedores, esto generará la obligación de pagar una suma de dinero por concepto de la demora en la entrega del contenedor. Si el contenedor resulta dañado en la operación de descargue, se genera además la obligación de pagar por la reparación del contenedor. Además al mismo tiempo puede generarse la obligación de pagar costos adicionales por concepto de bodegaje y uso de instalaciones, prestaciones que según lo previsto en las cláusulas analizadas están

a cargo del mandante. Es decir, si la gestión fue cotizada por la suma de veinte millones de pesos, incluyendo todos los gastos de terceros para transporte, uso de instalaciones, uso de elevadores, movilización de la mercancía para preinspección, entre otros conceptos, con la inclusión de las demoras, gastos adicionales de bodega y uso de instalaciones, el valor de la operación puede elevarse a treinta millones de pesos, quedando obligado el mandante a cancelar los diez millones de pesos adicionales.

En observancia del deber de mitigación del daño, a la agencia de aduanas le corresponderá contratar personal adicional para la diligencia de aforo o para el transporte de la mercancía, y en general adoptar las medidas razonables para minimizar el incremento de los costos de la operación aduanera, cuyos gastos deberán ser reembolsados por el usuario de comercio exterior. Así las cosas, en caso de un eventual litigio, dependiendo de los elementos del caso particular, el juez podría sancionar con invalidez cualquiera de estas dos cláusulas, siempre y cuando se demuestre el incumplimiento de los deberes de información, cooperación y mitigación del daño, exigibles a la agencia de aduanas por su posición de privilegio en la relación contractual.

Conclusiones

El contrato de mandato aduanero es la herramienta que crea el vínculo jurídico entre las agencias de aduanas y el usuario de comercio exterior. A través de esta figura contractual el importador y/o exportador que actúa como mandante confía a un tercero especializado llamado agencia de aduanas, la ejecución de todas las gestiones necesarias para garantizar el cumplimiento de la obligación aduanera por parte del primero. Este contrato de naturaleza consensual, representativa y mercantil, “de forma específica”, que contiene las reglas que rigen la relación entre estos dos sujetos, ostenta el carácter de documento soporte de la declaración aduanera.

Su contenido es determinado unilateralmente por las agencias de aduanas, debido a la agilidad que exigen las operaciones de comercio exterior y a las nuevas reglas del tráfico económico que

promueve el uso masivo de los contratos de adhesión. De hecho, las agencias de aduanas como parte dominante en la relación contractual analizada, incorporan al contrato de mandato aduanero cláusulas restrictivas de responsabilidad para establecer excepciones al principio general de la reparación integral del daño, en el marco del principio de la autonomía de la voluntad.

Aunque estas cláusulas limitativas y exonerativas de responsabilidad son válidas en la medida que no transgreden el orden público, las buenas costumbres y la buena fe, como límites generales a la eficacia de las mismas; en caso de presentarse un conflicto respecto de su aplicación, el juez deberá cumplir su función interpretativa en favor de la parte adherente, por cuanto esta se encuentra en una situación de debilidad manifiesta, a la luz de lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución Nacional.

Así mismo, el juez deberá cumplir una función integradora teniendo como base el carácter orgánico del contrato, lo que permite incorporar a su contenido deberes secundarios de conducta, que aunque no hayan sido pactados o negociados por las partes, permitirán la realización del interés del contrato de mandato aduanero, es decir, el cumplimiento de las gestiones requeridas para el cumplimiento de la obligación aduanera por parte del mandante. Estos deberes colaterales de comportamiento se integran al contrato en virtud de los principios de solidaridad y buena fe, por lo que en caso de incumplimiento de los mismos resultan aplicables las normas sobre responsabilidad contractual, en la medida que estén vinculados directamente con la ejecución de la obligación principal, lo que podría reflejarse en la pretensión de cumplimiento, la pretensión resolutoria, la excepción de contrato no cumplido y la pretensión indemnizatoria.

Del análisis del contenido de los contratos de mandato aduanero utilizados por la Federación Colombiana de Agentes Logísticos en Comercio Internacional (Fitac) y la Agencia de Aduanas Operaduanas S.A. Nivel 2, se encontraron cinco cláusulas restrictivas de responsabilidad: tres de ellas guardan relación con la clasificación arancelaria y dos se relacionan con las obligaciones

frente a terceros. De las cinco cláusulas restrictivas detectadas tres fueron calificadas como exonerativas de responsabilidad, mientras que las otras dos se tipificaron como limitativas.

Al examinar el alcance de las cinco cláusulas restrictivas seleccionadas se concluyó que todas son válidas por cuanto no trasgreden el orden público, la buena fe y las buenas costumbres como límites generales del principio de la autonomía de la voluntad de las partes. Sin embargo, en caso de conflicto respecto de su aplicación, el juez deberá desarrollar la labor de interpretación a favor del usuario de comercio exterior, quien tiene el rol de parte adherente y débil en el contrato de mandato aduanero.

Si el conflicto encuentra su génesis en la aplicación de las cláusulas restrictivas de responsabilidad que guardan relación con la clasificación arancelaria, el juez tendrá la posibilidad de integrar al contrato los deberes secundarios de información y de consejo o asesoramiento. Por el contrario, si el origen de las diferencias estriba en la aplicación de las cláusulas restrictivas relacionadas con las obligaciones frente a terceros, se podrá integrar al contenido del contrato de mandato aduanero los deberes secundarios de información, cooperación y mitigación del daño.

En observancia de los deberes secundarios de conducta mencionados a las agencias de aduanas les corresponde informar a su mandante de todos los procedimientos que implica la operación aduanera, así como de los costos, términos y requisitos que cada uno de ellos implica. Así mismo, les corresponde sugerir la ejecución de estudios técnicos para garantizar una correcta clasificación arancelaria de las mercancías y ejecutar las gestiones para adoptar las medidas razonables que sean necesarias para reducir los sobrecostos que se puedan generar eventualmente en una operación.

Referencias

- Acedo Penco, A. (1996-1997). El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia. *Anuario de la Facultad de Derecho* (14-15), 323-392. Disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=119367>
- Arrubla Paucar, J. A. (2012). *Contratos mercantiles: Contratos típicos* (13a ed.). Bogotá: Legis.
- Becerra León, H. A. (2006). *Derecho comercial de los títulos valores*. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley.
- Bernal Fandiño, M. (2013). *El deber de coherencia en el derecho colombiano de los contratos*. Bogotá D.C.: Editorial Universidad Javeriana.
- Betti, E. (2001). *Teoría general del negocio jurídico*. (2a ed). Granada: Comares.
- Bonivento Fernández, J. A. (2012). *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales* (18ª ed.). Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Código Civil Colombiano (2014). Congreso de la República.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (1980). Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Viena. Disponible en <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>
- Decisión 670 (2007). Adopción del documento único aduanero. Comunidad Andina de Naciones. Disponible en <http://www.sice.oas.org/trade/junac/junaind.asp>.
- Decisión 671 (2007). Armonización de regímenes aduaneros. Comisión de la Comunidad Andina de Naciones. Disponible en <http://www.sice.oas.org/trade/junac/junaind.asp>.

Decreto 2685 (1999). Por el cual se modifica la Legislación Aduanera. Diario Oficial No. 43.834. Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Decreto 2883 (2008). Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 2685 de 1999 y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 47.073 de 6 de agosto de 2008, Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Decreto 410 (1971). Por el cual se expide el Código de Comercio. Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971, Presidente de la República de Colombia.

Díaz Lindao, I. (2012). Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad en el derecho moderno de los contratos. *Revista de Derecho Privado* (23), 139-190.

Díez-Picazo Ponce De León, L. (2010). La formación del contrato de compraventa internacional de mercaderías. En Oviedo Albán, J. *Obligaciones y contratos en el Derecho Contemporáneo* (pp. 1-27). Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.

Dirección de Aduanas e Impuestos Nacionales (2015). Proyecto de Estatuto Aduanero. Disponible en http://www.ambitojuridico.com/BancoMedios/Documentos%20PDF/proyecto_regulacion_aduanera_version_febrero_13_2015.pdf

Dirección de Aduanas e Impuestos Nacionales. (2012). Concepto jurídico No. 37545. Disponible en <http://legal.legis.com.co/frmMainContainer.aspx#>

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales [DIAN] (2002). Concepto jurídico No. 120. Disponible en <http://legal.legis.com.co/frmMainContainer.aspx#>

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales [DIAN] (2004). Concepto aduanero 045395. Disponible en www.nuevaleislacion.com/files/susc/cdj/doct/dian_45395_04.doc

- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. (2005). Concepto aduanero 122. Disponible en www.nuevaleislacion.com/files/susc/cdj/doct/dian_45395_04.doc
- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. (2007). Concepto jurídico No. 440. Disponible en <http://legal.legis.com.co/frmMainContainer.aspx#>
- Ennecerus, L. (2015). *Derecho civil. Parte general. Tomo II*. Barcelona: Bosh.
- Espín Cánovas, D. (2014). Los límites de la autonomía de la voluntad en el derecho privado: Discurso leído en la solemne apertura del curso académico 1954-55. Disponible en <http://digitum.um.es/jspui/handle/10201/37480>
- Fernández de Buján, F. (1994). Notas acerca del origen del contrato de mandato y su relación con la procuraduría en Derecho Romano. *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED* (7), 417-440.
- Galindo Garfias, I. (1977). Validez de las cláusulas de no responsabilidad. En *Comunicaciones mexicanas al IX Congreso Internacional de Derecho Comparado* (pp. 45-57). México, D.F.: Universidad Autónoma de México.
- Genicon, T. (2009). El régimen de las clausulas limitativas de reparación:Inventarioy perspectivas. *Revista Chilena de Derecho Privado* (13), 123-159. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722009000200003&script=sci_arttext
- Gil Delgado, M. C.-R. (2014). Avances en la aplicación de los principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales. Cláusulas modelo para los contratantes. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 6 (1), 253-268. Disponible en <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1917>

- Gómez Estrada, C. (1987). *De los principales contratos civiles*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- González Castillo, J. (2011). Las cláusulas limitativas, exonerativas o agravantes de responsabilidad en materia contractual. *Revista Chilena de Derecho*, 38(1), 89-100. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372011000100005
- Gual Acosta, J. M. (2012). *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil* (1ª ed.). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Hinestrosa, F. (2014). Función, límites y cargas de la autonomía privada. *Revista de Derecho Privado* (27), 5-39. Disponible en <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=derpri&page=article&op=view&path%5B%5D=3794>
- Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (2010). *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales*. Roma. Disponible en <http://unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-s.pdf>
- Jaramillo Jaramillo, C.I. (2013). *Los deberes de evitar y mitigar el daño. Funciones de la responsabilidad civil en el siglo XXI y la trascendencia de la prevención* (1a ed.). Bogotá: Editorial Temis.
- Jaramillo Jaramillo, C.I. (2014). *La doctrina de los actos propios. Significado y proyección de la regla venire contra factum proprium en el ámbito contractual* (1a ed.). Madrid: La Ley.
- Lawson, R. (2011). *Exclusion Clauses and Unfair Contract Terms* (10th ed.). London: Sweet & Maxwell.
- Leal Pérez, H. (2013). *Títulos valores: Partes general, especial, procedimental y práctica* (14a ed.). Bogotá: Leyer.
- Ley 1480 de 2011. *Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial No.

48.220 del 12 de octubre de 2011. Congreso de la República de Colombia.

López Albán, G. P. (2003). Régimen jurídico de las sociedades de intermediación aduanera y la responsabilidad derivada de su ejercicio. *Revista de Derecho Fiscal* (1), 36-61.

López Rivera, C. (2013). Agentes en Aduanas. Estudio recopilativo del agente de aduanas en el sistema francés, su responsabilidad, la noción de “devoir de conseil - obligación de asesoramiento e información” frente a su cliente y aproximaciones con el derecho colombiano. *Revista de Derecho Aduanero* (5), 13-22.

MacDonald, E. (2006). *Exemption Clauses and Unfair Terms* (2ª ed.). London: Bloomsbury Professional. Disponible en <http://uk.practicallaw.com/books/9781845920678/chapter3#null>

Messineo, F. (1970). *Manual de derecho civil y comercial. Tomo II*. Chile: Ediciones jurídica Europa – América. Disponible en <http://dspace.ucbscz.edu.bo/dspace/bitstream/123456789/2352/3/4247.pdf>

Monroy C., D. A. (2014). Las garantías imperativas en el ámbito de aplicación del derecho del consumo: Una visión crítica a partir del Nuevo Estatuto del Consumidor en Colombia. *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, 44(120). Disponible en <http://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/2680>

Organización Mundial de Aduanas (2014). *Marco Normativo SAFE de la OMA*. Disponible en http://www.wcoomd.org/en/topics/facilitation/instrument-and-tools/tools/~/_/media/C6CDF626AFB348FCA2AC59B796B79833.ashx

Oviedo Albán, J. (2003). Aproximación al sistema de fuentes del contrato de compraventa internacional de mercaderías. *Revista Colombiana de Derecho Internacional* (1), 103-156.

- Oviedo Albán, J. (2007). Aplicación material de la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. *Vniversitas* (113), 207-233. Recuperado el 6 de enero de 2015 de [http:// www.redalyc.org/articulo.oa?id=82511308](http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82511308)
- Oviedo Albán, J. (2009). Los principios Unidroit para los contratos internacionales. *Dikaion* (11), 95-125. Disponible en [http:// dikaion.unisabana.edu.co/ index.php/ dikaion/ article/view/319](http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/319)
- Oviedo Albán, J. (2010). Obligaciones y cargas de las partes en la compraventa internacional de mercaderías. *Revista de Derecho Privado* (44), 2-28. Disponible en [https:// derechoprivado.uniandes.edu.co/ index.php?option=com_ revista&view=inicio&idr=10%3ARevista_44&lang=es](https://derechoprivado.uniandes.edu.co/index.php?option=com_revista&view=inicio&idr=10%3ARevista_44&lang=es)
- Oviedo Albán, J. (2011). *La Convención sobre compraventa internacional de mercaderías: Antecedentes y desarrollos alternativos*. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Derecho de los Negocios. Disponible en [http:// www.academia.edu/6616721/La_Convenci%C3%B3n_sobre_compraventa_internacional_de_mercader%C3%ADas_Antecedentes_y_desarrollos_alternativos](http://www.academia.edu/6616721/La_Convenci%C3%B3n_sobre_compraventa_internacional_de_mercader%C3%ADas_Antecedentes_y_desarrollos_alternativos)
- Oviedo Albán, J. (2012). El carácter internacional y la interpretación uniforme de la Convención de Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (133), 253-282.
- Perales Viscasillas, P. (2009) Principios de Unidroit y PDCE en el arbitraje Internacional. En Vanrell, M. P. F., & Cañellas, A. M. *Principios de Derecho contractual Europeo y Principios de Unidroit sobre Contratos comerciales internacionales: actas del Congreso Internacional celebrado en Palma de Mallorca* (pp. 157-175). Dikynson.
- Pérez Martín, A. (1994). Mandato y representación en el derecho histórico. *Anales de Derecho* (12), 205-264.

- Pico Zúñiga, F. y Rojas Quiñones, S. (2013). *Solidarismo contractual. El deber de cooperación y su repercusión en la responsabilidad civil* (1ª ed.). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Sentencia 00025 (2013). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Arturo Solarte Rodríguez. Colombia.
- Sentencia 00026 (2012). Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, M.P. William Namen Vargas. Colombia.
- Sentencia 00041 (2013, 5 de noviembre). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Arturo Solarte Rodríguez. Colombia.
- Sentencia 00181 (2010). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. William Namen Vargas. Colombia.
- Sentencia 00353 (2010). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Jaime Arrubla Paucar. Colombia.
- Sentencia 00645 (2007). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena. Colombia.
- Sentencia 00847 (2011). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. William Namen Vargas. Colombia.
- Sentencia 01489 (2011, 14 de diciembre). Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, M.P. Jaime Arrubla Paucar. Colombia.
- Sentencia 04-16069 (2007, 18 de diciembre). Corte de Casación, Sala de lo Mercantil. Francia. Disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&cidTexte=JURITEXT000017739848&fastReqId=977609319&fastPos=1>
- Sentencia 15557 (2007, 27 de septiembre). Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. C.P. María Inés Ortiz Barbosa. Colombia.

- Sentencia 16772 (2010, 16 de septiembre). Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Colombia.
- Sentencia 2008-00171 (2012, 20 de junio). Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. C.P. María Elizabeth García González. Colombia.
- Sentencia 2206-1 (2004). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno. Colombia.
- Sentencia 25941 (2005). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Jaime Arrubla Paucar. Colombia.
- Sentencia 5670 (2001). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Colombia.
- Sentencia 6146 (2001). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Colombia.
- Sentencia 93-18632 (1996, 22 de octubre). Corte de Casación, Sala de lo Mercantil. Francia. Disponible en: https://www.courdecassation.fr/IMG///CO_arret9318632_961022_ES.pdf
- Sentencia C-1008 (2010, 15 de junio). Corte Constitucional. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Colombia.
- Sentencia T-646 (2014). Corte Constitucional. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Colombia.
- Solarte Rodríguez, A. (2004). La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. *Vniversitas* (18), 281-315. Disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82510807>

- Tamayo Jaramillo, J. (2007). *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I* (2ª ed.). Bogotá D.C.: Legis.
- Unfair Contracts Terms Act (1977). Disponible en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/50/enacted>
- Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations (1994). Disponible en http://www.secola.org/db/2_10/gb_ums1.pdf
- Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations (1999). Disponible en <http://www.legislation.gov.uk/uksi/1999/2083/contents/made>
- Vidal Olivares, A. R. (2006). El incumplimiento contractual y los remedios de que dispone el acreedor en la compraventa internacional. *Revista Chilena de Derecho*, 33(3), 439-477. Disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2650403>
- Wikter, J. (1999). *Derecho Tributario Aduanero* (2da Ed.). México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=218>