

INTERMEDIACIÓN ADUANERA EN COLOMBIA: ASPECTOS QUE LA HACEN ÚNICA EN EL MUNDO EN LA ACTUALIDAD DEL SIGLO XXI¹

Maritza OSORIO GUTIÉRREZ

Auxiliar de investigación Grupo de investigación. Línea de investigación legislación Comercial, Incom, categoría B de Colciencias. Abogado especialista en derecho comercial, Universidad Libre de Colombia seccional Barranquilla.

Recibido 25.06.2016 / Aceptado 28.11.2016

RESUMEN: La intermediación ha sido conocida por el derecho comercial de manera tradicional como una forma de auxilio al comercio, si bien, todo tipo de intermediación mercantil entraña este espíritu, no es menos cierto que existen características particulares que las definen, y son esas mismas las que se procede estudiar en este artículo científico, relativa esta vez a la intermediación aduanera, pues la misma desarrolla conceptos que la hacen diferente respecto de los demás tipos de intermediación, resaltando el caso colombiano, que es diferente de los demás en el mundo.

PALABRAS CLAVE: Intermediación aduanera, Sociedades de Intermediación Aduanera (SIA), Agentes Aduaneros, Operadores económicos, mercancías.

ABSTRACT: The brokerage has been known by commercial law traditionally as a form of aid to trade, although all types of commercial mediation involves this spirit , the fact remains that there are particular characteristics that define all kinds of brokerage and those are the same which are going to be the subject of study in this scientific article, specific the one that is called customs brokerage , because it involves concepts that make it different from other kinds of intermediation , highlighting the case of Colombia , which is different from others in the world

¹ "CUSTOMS BROKING IN COLOMBIA: ISSUES THAT MAKE IT UNIQUE IN THE WORLD IN THE 21st CENTURY".

KEY WORDS: Customs Brokerage, Customs Broking Companies (CBC), Customs brokers, economic operators, merchandise.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO. 2. LA AGENCIA ADUANERA COMO ACTIVIDAD COMERCIAL. 3. ESTUDIO DEL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL EN COMPARACIÓN CON LA AGENCIA DE ADUANAS EN COLOMBIA. 3.1 La Agencia de Aduanas concebida como actividad para la Organización Mundial de Agentes Aduaneros (OMA) 4. MOTIVACIÓN DEL ESTABLECIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD ADUANERA COLOMBIANA DEL MODO EN QUE LA LEY LO ESTABLECE. 5. DERECHO COMPARADO. 5.1. El caso Europeo en comparación con el caso colombiano. 5.2. El caso europeo comparado con la preceptiva de la Comunidad Andina de Naciones (C.A.N.) 5.3. El Caso Colombiano sobre la Intermediación Aduanera 6. CONCLUSIÓN. 7. BIBLIOGRAFÍA

1. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO

Cuestiones preliminares.

La mediación es un tópico que ha sido necesariamente estudiado por el derecho con objeto de determinación de las cargas prestacionales de este tipo de relación, en vista de ello, como lo explica Gásquez Serrano:

En efecto la mediación aparece como un fenómeno constante a lo largo de nuestra historia, estando ya regulado en el Derecho Romano, donde en los textos de Ulpiano aparece ya regulada la figura del intermediador con el nombre de proxenetae, concretamente en el Título XIV, Digesto 50, y posteriormente en la novela 90, de testibus, capítulo 8, es la primera vez que aparecen con el nombre de mediadores; hay quien ha afirmado, sin embargo, que este contrato es de una regulación relativamente moderna y no

tiene nada que ver con figuras similares del derecho romano².

Así las cosas, se tiene que el derecho romano ya consagraba y comprendía este tipo de relaciones en que un tercero, agente, obraba en representación de otro para la ejecución de negocios. Podía advertirse desde el derecho romano la existencia de ciertos antecedentes de la institución de la intermediación, que se vieron plasmados, como lo explican Medellín et al. respecto de dos tipos de intermediación realizadas en ejercicio de la representación por parte del tutor del siguiente modo:

La negotiorum gestio (gestión de negocios), y la auctoritas (auctoritatis interpositio) o interposición de poder³, ocurriendo que para el primer caso, el tutor realizaba el acto sin la presencia ni intervención alguna del pupilo. En este género de actividad era, pues, el tutor quien figuraba solo en el respectivo acto o contrato. La auctoritas era la intervención del tutor en el acto jurídico del pupilo para completar la capacidad de éste, cuando por razón de su edad la ley le reconocía cierto grado de capacidad. En esta forma de actividad era, pues, el pupilo mismo quien figuraba en el acto o contrato a que el tutor prestaba su auctoritas³.

Observándose de este modo antecedentes de la institución de la intermediación en el derecho romano, los cuales se encargan de permear las demás ramas del derecho, para el caso de estudio de este artículo, la aduanera.

Luego bien, la intermediación implica que en la ejecución de un acto jurídico se hallen presente tres elementos básicos, como son las partes y el intermediario.

² GÁSQUEZ SERRANO, L. *El contrato de mediación o corretaje*. Editorial La Ley Grupo Walters Kluwer. 2007. En: <http://www.casadellibro.com/ebook-el-contrato-de-mediacion-o-corretaje-ebook/9788481265569/1985638>

³ MEDELLÍN, C. et al. *Lecciones de Derecho Romano*. Legis. Bogotá. Décimo Séptima Edición Revisada y Ampliada. 2013, pp. 89-90.

Dentro del Código de Comercio colombiano actual se encuentra reconocida la actividad de agencias en negocios como aquella del tipo mercantil, entonces, las mismas se desarrollan de un modo específico que en ocasiones llega a ser una adición, modificación del tradicional concepto de intermediación que ha manejado el derecho desde tiempos de su surgimiento.

Entonces, se tiene que es la intermediación gran base de desarrollo de las operaciones mercantiles, por ende existen diversos tipos de intermediaciones tales como: de seguros, de finca raíz, etc, pero este artículo científico tratará de un tipo especial de intermediación, que es la denominada intermediación aduanera.

2. LA AGENCIA ADUANERA COMO ACTIVIDAD COMERCIAL

Como lo explica el colombiano José Ignacio Narváez García:

En toda actividad comercial hay dos elementos implícitos que la distinguen de otras actividades de la vida social: la mediación y el lucro.

La Mediación consiste en interponerse entre la oferta de bienes o de servicios y la demanda de los mismos (...). Es un conducto a través del cual un producto llega al consumidor final o un usuario obtiene el servicio que necesita. La denominación de *intermediario* se aplica a comerciantes, proveedores, acaparadores, comisionistas, representantes, agentes, etc. La mediación es *directa* cuando se realiza a través de la compra-venta, el trueque, etc; y es *indirecta* cuando se utilizan medios como los comisionistas, el transporte, el seguro, el depósito de mercancías, etc.

El lucro es la intención de obtener un provecho económico, una utilidad material susceptible de valorarse. (...) El comerciante compra y vende con miras a lograr una ganancia de mediación. El lucro o ganancia es la diferencia entre el costo del bien y el valor

de enajenación. Y no es necesario que siempre se obtenga sino que basta el ánimo o propósito de lucrarse⁴.

Dicho esto, debido a la influencia económica determinante de la actividad de intermediación, la legislación comercial a nivel mundial se ha visto en la necesidad de regularla, de tal modo que ésta ha sido tipificada por la misma y desarrollada teniendo en cuenta las preceptivas tanto de la Unión Europea como de la Comunidad Andina, entonces, como lo explican Uría, Alonso Soto, Menéndez, Arroyo, Iglesias, Cortés, Sánchez, Páez-Ares, Vérguez, Beltrán, Pérez De la Cruz, García de Enterría, Rojo y Peinado:

La promulgación de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, del Contrato de Agencia, por imperativo de la Directiva (CEE) núm. 86/653, de 18 de diciembre de 1986, relativa a los agentes comerciales independientes, ha supuesto la tipificación legal de esta figura en nuestro país. Pero la Ley del Contrato de Agencia no se ha limitado a incorporar el contenido de la citada Directiva, sino que ha dotado a este contrato de una amplia regulación que se aplica, no sólo a los agentes dedicados a la compra o venta de mercaderías, tal y como lo establece el artículo 1 de dicha Directiva, sino también a todas aquellas personas que realicen cualesquiera actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, aunque con la salvedad de lo establecido por disposiciones especiales, pues la Ley no ha derogado determinados estatutos jurídicos – profesionales de ciertas categorías especiales de agentes (agentes de seguros, agencias de publicidad, agencias de viajes, etc.) que, por tanto, se mantienen vigentes y con respecto a los cuales la citada Ley tendrá carácter supletorio. Por otra parte, esta regulación ha de completarse con el Real Decreto 330/1999, por el que se establece un certificado oficial de profesionalidad para los

⁴ NARVÁEZ GARCÍA. J.I., *Introducción al Derecho Mercantil*. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, No. 3, 1979, pp. 51- 52.

agentes comerciales. Esta norma (...), pretende establecer un régimen de formación profesional reglada para este tipo de actividad comercial, asegurando un nivel de calidad uniforme en la formación y propiciando la mejor coordinación en las enseñanzas y la práctica laboral con independencia de si ésta se instrumenta mediante una relación mercantil o laboral⁵. (subrayas fuera del texto original).

Luego bien, ateniéndose a la preceptiva antes señalada se tiene que la agencia o intermediación aduanera se supedita a la misma, cumpliendo así los requisitos que la intermediación demanda.

Se erige entonces, la agencia comercial como la base sobre la cual se edifican y construyen los demás ramos que de ella emanan, situación esta que ocurre incluso en Europa y es de tal tenor esta aseveración, que incluso, como lo explica Cebrián Salvat:

1. El estatuto jurídico del agente comercial en la Unión Europea (en adelante, "UE") viene regulado por la Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes (en adelante, "Directiva 86/653"). Esta norma, que se aplica a los agentes independientes encargados de la "venta o la compra de mercancías" (art. 1.2. de la Directiva 86/653), establece un régimen similar para *todos* ellos cuando operen en el territorio de la UE.
2. Esta Directiva 86/653 no tiene como finalidad una protección cualificada del agente como "parte débil". Al menos, lo anterior no puede deducirse de sus considerandos ni de su articulado. Su finalidad es proporcionar al agente un "suelo" de protección al agente

⁵ URÍA, R. et. al., *Lecciones de Derecho Mercantil*. (Coord. María Luisa Aparicio). Pamplona. Editorial Aranzadi S.A., 2013, p. 106.

común a toda la UE y por ello se configura como una directiva de mínimos. Esto quiere decir que los Estados pueden proporcionar al agente un estatuto de protección más allá de lo dispuesto por la Directiva 86/653 a sus legislaciones nacionales, pero sólo algunos han aprovechado la transposición de ésta para dotar al agente de un estatuto especialmente protegido frente al empresario principal por considerarse parte débil del contrato⁶. (Cursivas fuera del texto original).

Ahora, es bien cierto que la base de la relación contractual sobre la que se erige la relación mediante la cual se gesta la agencia comercial se halla regulada de manera general, pero también permite una regulación de manera específica, en atención a los sujetos involucrados y la competencia territorial en que se esté desarrollando. Es entonces la regulación general que otorga la Unión Europea, la que sirve de fundamento para el desarrollo de las regulaciones individuales por país miembro de la misma, funciona esto del mismo modo con las directivas que se han establecido para la agencia aduanera, que si bien, parten de una base general, permiten un desarrollo particular para cada estado miembro en que su ejercicio se halle atendido a la regulación provista por el estado miembro y las directrices de la UE.

3. ESTUDIO DEL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL EN COMPARACIÓN CON LA AGENCIA DE ADUANAS EN COLOMBIA

Se hace menester dilucidar las diferencias existentes entre la agencia comercial enunciada en el Código de Comercio y la Agencia de Aduanas tipificada en el decreto 2685 de 1999, pues si bien, ambas se denominan agencia, se tiene que la

⁶. CEBRIÁN SALVAT, M.A, "Agencia Comercial, Leyes de Policía y Derecho Internacional Privado Europeo", *Cuadernos de Derecho Transnacional*. CDT. UC3M, vol. 6, no. 1, Marzo 2014, pp. 357 - 366.

agencia comercial del Código de Comercio es la regla general y la Agencia de Aduanas es una especie de agencia, cuyo desarrollo es un poco diferente de la tradicional del Código de Comercio, del siguiente modo:

Agencia Comercial del Código de Comercio actual Decreto 410/1971	Agencia Aduanera del Decreto 2685/1999
Es muy amplia	Es una subespecie de la Agencia Comercial
Quien la realiza se denomina “ <i>Agente</i> ”, puede ser una persona natural quien la realice o una jurídica.	Es realizada por la “ <i>Sociedad de Intermediación Aduanera</i> ” (SIA), necesariamente una persona jurídica.
Ambas son realizadas entonces por sujetos calificados para ello	
Agencia Comercial del Código de Comercio actual Decreto 410/1971	Agencia Aduanera del Decreto 2685/1999
El papel del “ <i>Agente</i> ” comercial es captar la clientela para el comerciante, bien mediante su simple promoción o bien por medio de la conclusión de contratos por su cuenta, en nombre e interés de aquel ⁷ .	El papel de la Sociedad de Intermediación Aduanera (SIA) es, según el Consejo de Estado: ser “ <i>mecanismo de control del cumplimiento adecuado de la obligación aduanera pues, se les exige a los importadores que acudan de manera obligatoria a estas para el cabal cumplimiento de sus obligaciones a efectos de tener usuarios conocidos con respaldo financiero. Su naturaleza y finalidad se consagran en los artículos 12 y 13 del Decreto 2685 de 1999</i> ” ⁸ .
Implica un mandato con representación, incluso puede configurar una representación aparente ⁹ .	Como lo explica la Corte Suprema de Justicia, a la Agencia Aduanera se llega mediante un contrato de intermediación aduanera ¹⁰

⁷ MEDINA VERGARA, J. *Derecho Comercial Parte General*, Editorial Temis S.A. Bogotá – Colombia, no. 5, 2013, p. 318.

⁸ SCE 27 de Septiembre de 2007 Sección Cuarta. Sala de lo Contencioso Administrativo. Magistrado Ponente: María Inés Ortíz Barbosa. (Sentencia Radicada 15557), p. 2.

⁹ *Ibid.*, p. 316 - 321.

¹⁰ SCSJ 15 de Diciembre de 2005. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Jaime Alberto Arrubla Paucar. (Sentencia del Expediente C-1100131030241996-25941-01), p. 7.

<p>Responsabilidades del Agente Comercial: Como lo explica la Corte Constitucional de Colombia.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Cumplirá el encargo que se le ha confiado al tenor de las instrucciones recibidas. • Rendirá al empresario las informaciones relativas a las condiciones del mercado en la zona asignada. <p>Agencia Comercial del Código de Comercio actual Decreto 410/1971</p>	<p>Responsabilidades del Agente Aduanero/Sociedad de Intermediación Aduanera (SIA):</p> <ul style="list-style-type: none"> • La responsabilidad del Agente Aduanero se desprende del contrato de Agencia de Aduanas, el cual es un contrato <p>Agencia Aduanera del Decreto 2685/1999</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Las demás que sean útiles a dicho empresario para valorar la conveniencia de cada negocio (art. 1321 Co de Co)¹¹. <p>Responsabilidad proveniente de fuente legal.</p>	<p>absolutamente específico, toda vez que se ciñe únicamente a la parte de la mercancía que se haya discriminado en el contrato de agencia aduanera como objeto de la misma¹².</p> <ul style="list-style-type: none"> • Responsabilidad de índole legal, desarrollo jurisprudencial y delimitación contractual. • Al tenor del Concejo de Estado, los agentes aduaneros tienen también una responsabilidad derivada de su obligación expresa de clasificar arancelariamente la mercancía y a las consecuencias que se deriven de una errónea

¹¹ SCC. 29 de Noviembre de 2006. Sala Plena. Magistrado Ponente: Alvaro Tafur Galvis. (Sentencia Número C – 990), pp. 12.

¹² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Op. Cit., p. 7.

	<p>clasificación, concretamente en lo concerniente al pago de tributos aduaneros, de tal manera, que la SIA es responsable cuando la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) determine que se declararon unos bienes por una subpartida arancelaria diferente a la que legalmente le corresponde, la sociedad aduanera es responsable</p>
--	--

Agencia Comercial del Código de Comercio actual Decreto 410/1971	Agencia Aduanera del Decreto 2685/1999
	<p>por la sanción y por los tributos aduaneros¹³.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Por desarrollo de la Corte Suprema de Justicia, la agencia aduanera no implica necesariamente la obligación de nacionalizar las mercancías que se encomiendan al Agente Aduanero¹⁴.
<p>La finalidad del contrato de agencia comercial es la promoción o explotación de negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o</p>	<p>Las finalidades de la Agencia Aduanera son, al tenor del Decreto 2685 de 1999:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Ser actividad auxiliar de la función pública aduanera de naturaleza mercantil y de servicio.

¹³ SCE 27 de Septiembre de 2007. Sección Cuarta. Consejera Ponente: María Inés Ortiz Barbosa. (Sentencia del expediente 15557) p. 1.

¹⁴ SCSJ de 15 de Diciembre de 2005. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Jaime Alberto Arrubla Paucar. (Sentencia del expediente C-1100131030241996-25941-01) p. 24.

<p>distribuidor de uno o varios productos del mismo¹⁵.</p> <p>Agencia Comercial del Código de Comercio actual Decreto 410/1971</p>	<ul style="list-style-type: none"> • 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. • Finalidad esencial de colaborar con las autoridades aduaneras en la estricta aplicación de las <p>Agencia Aduanera del Decreto 2685/1999</p>
	<p>normas legales relacionadas con el comercio exterior para el adecuado desarrollo de los regímenes aduaneros y demás actividades y procedimientos derivados de los mismos.</p> <p>Se advierte que lo que menos cuenta para la regulación legal es que mediante la agencia aduanera se promueva, o exploten negocios en un determinado ramo o zona del territorio nacional, sino que más bien mediante ésta se ejerza control de legalidad sobre el ejercicio de la actividad aduanera, colaborando con las autoridades aduaneras.</p>

La Agencia Aduanera se permite desarrollar una mixtura pues si bien, desarrollan la intermediación aduanera, ayudando en todo el proceso de importación

¹⁵ Decreto 410/1971, de 27 de marzo, de Adopción Nacional, Diario Oficial 33.339 de 16 junio 1971.

y exportación, no es menos ciertos que para la legislación colombiana no es ésta su principal importancia, sino el papel que las mismas tienen a manera del ejercicio del control de legalidad que mediante ellas se ejerce sobre el desempeño de la actividad aduanera, colaborando así con las autoridades aduaneras, convirtiéndose en auxiliares de la función pública de aduanas mediante este actuar. Luego bien, difieren de la agencia comercial típica del Código de Comercio colombiano porque mientras que esa agencia se encarga de promover o explotar negocios en determinado ramo o zona prefijada, ocurre que mediante la intermediación aduanera no se trata de explotar negocios, sino de colaborar con los procesos de importación y exportación de mercancías que previamente están sujetas a un negocio jurídico, teniendo como finalidad principal el control de legalidad sobre todo el proceso que se desarrolla bajo la regulación de regímenes aduaneros y operaciones de comercio exterior que involucren al país de Colombia.

3.1 La Agencia de Aduanas concebida como actividad para la Organización Mundial de Agentes Aduaneros (OMA)

La Agencia de Aduanas es una subespecie de la agencia comercial, del modo en que ésta se encuentra dada en el derecho comercial, a nivel mundial, tal afirmación encuentra su asidero jurídico en las regulaciones que la contemplan y que serán tratadas con posterioridad en este artículo, así como en las asunciones conductuales que han esbozado quienes se hallan ejerciéndolas. Del mismo modo en que hacia la Edad Media los comerciantes se asociaron en gremios, tal como lo explica José Ignacio Narváez García:

El despertar de la vida comunal o municipal favoreció la formación de los gremios. Fue así como en los siglos XII y XIII aparecieron las *corporaciones de oficios* en Italia, Francia y

España, con organización autónoma y actividades comunes que cohesionaban a los miembros en la protección de sus intereses derivados del oficio o actividad que ejercían, con facultades delegadas en el poder público. Los asociados se comprometían a esa defensa, bajo juramento. Cada oficio organizado tenía su reglamentación particular. La corporación estaba dotada de personalidad jurídica, y por ende, de capacidad para poseer un patrimonio y adquirir o enajenar bienes. Ante la justicia comparecía por medio de un síndico o procurador¹⁶

Ocurre entonces que los Agentes comerciales, para el caso los Agentes Aduaneros, se han agremiado también, y es de tal tenor esta afirmación que existe la Organización Mundial de Agentes Aduaneros (OMA), la cual, en su reporte sobre Agentes Aduaneros de Junio de 2016 se encarga de definir la función del Agente Aduanero del siguiente modo:

Los agentes de aduanas suelen actuar como intermediarios entre los comerciantes y la Aduana en los procesos de despacho de aduana. El conocimiento de los Agentes Aduaneros acerca de las leyes y procesos de aduana, además de su experiencia de trabajo en la cadena de suministro del comercio pueden ser útiles tanto para los comerciantes y la Aduana. Mientras que los corredores apoyan a los comerciantes, proporcionándoles toda la documentación necesaria y asumiendo el compromiso necesario en los trámites relacionados con el despacho de mercancías. También se espera que los agentes de aduana cuiden los intereses del gobierno, garantizando el cumplimiento de las Aduanas y otros requisitos reglamentarios y la recolección idónea de los derechos e impuestos correspondientes¹⁷.

¹⁶ NARVÁEZ GARCÍA. J.I. Op. Cit., p. 11.

¹⁷ WORLD CUSTOMS ORGANIZATION, "WCO Study Report on Customs Brokers", *Executive Summary*, junio 2016, p. 6.

Entonces, se resalta que para la OMA los agentes Aduaneros cumplen una función de apoyo estatal en cuanto a la legalidad. Colombia, país que hace parte de la OMA se ha permitido desarrollar esta preceptiva de un modo profundo, como se verá en el artículo. Ahora, se advierte que el ingreso de Colombia a este organismo fue en el año de 1993, sin embargo, no fue ese el motivo principal por el cual el país asumió la regulación aduanera actual respecto de los agentes aduaneros, del modo en que se expresará más adelante.

4. MOTIVACIÓN DEL ESTABLECIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD ADUANERA COLOMBIANA DEL MODO EN QUE LA LEY LO ESTABLECE

Inicialmente, como se ha dejado establecido a lo largo de este artículo, la responsabilidad de los agentes aduaneros pareciera ser un modo de responsabilidad desnaturalizado en cuanto a sus elementos, habidas cuentas de la manera en que la ley determina la responsabilidad respecto de los demás tipos de agentes en la legislación colombiana, luego, cual es la razón de que únicamente respecto de la agencia aduanera, el agente llegue a responder como si estuviera vinculado directamente en el negocio y no como un simple intermediario o como las demás clases de intermediación. A este interrogante la Honorable Corte Constitucional en su Sala Plena, ha respondido del siguiente modo:

En la exposición de motivos correspondiente a este tema y al Capítulo III relativo al contrabando, el Gobierno consideró que el objetivo primordial de tales normas era adelantar una lucha frontal contra el contrabando, en virtud de su influencia negativa en el sector productivo colombiano, no sólo por la competencia desleal que suscita, sino por la evasión de impuestos que representa. (...)En lo concerniente específicamente a las Sociedades de

Intermediación Aduanera y los Almacenes Generales de Depósito, el Gobierno señaló en su exposición de motivos que “como mecanismo de control se busca reforzar el papel de las Sociedades de Intermediación Aduanera (SIA). La Aduana debe apoyarse en ellas para prevenir el contrabando. En el proyecto se plantea que ellas son responsables de las sanciones pecuniarias en caso de contrabando”¹⁸.

Incluso en esa misma jurisprudencia se explica el alcance de la responsabilidad de las Agencias de Aduana del siguiente modo:

En efecto, esas *sociedades responderán penalmente por las conductas de contrabando*, siempre y cuando (i) intervengan como declarantes en las importaciones o exportaciones que realicen terceros, y (ii) exclusivamente cuando los comportamientos sancionados por el tipo penal de contrabando se relacionen con la naturaleza, la cantidad, la posición arancelaria y los gravámenes correspondientes a la respectiva mercancía¹⁹. (Subrayas y negritas fuera del texto original).

La anterior delimitante de responsabilidad penal en el ordenamiento jurídico colombiano, en que se señalaba desde entonces que una persona jurídica, para el caso, las SIA, respondería penalmente por conductas de contrabando, fue en aquel momento futurista, única y excepcional solo para el caso de la agencia aduanera y las SIA, pues el concepto de responsabilidad penal por parte de las personas jurídicas en Colombia solo vino a hacer su aparición de manera jurisprudencial en el 2014, es decir, ocurre aún que en la legislación penal colombiana tal situación no se halla actualmente contemplada, sino que es a través del pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en ese sentido en su sala de casación penal respecto del caso seguido por Karina Sandoval Cedas y Arelys Uribe Hoyos contra la Clínica San

¹⁸ SCC. 4 de Agosto de 1999. Sala Plena. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. (Sentencia Número C – 559), p. 13.

¹⁹ Ibid., p. 15.

José de la ciudad de Cúcuta, por hechos ejecutados por el doctor Juan Carlos Zabala Sierra, que la misma se ha insertado en forma reciente dentro del ordenamiento jurídico colombiano, en del siguiente modo, cuando el apoderado de la clínica demandada asevera:

En ese sentido, expresa que como las personas jurídicas no son capaces de cometer delitos, entonces solo lo pueden ser sus agentes o representantes, y de allí que aquellas sean responsables de los perjuicios que éstos causen a las personas por los ilícitos que ejecuten²⁰.

Del apartado anterior de esbozo de defensa esgrimido, se tiene que, de manera regular, en Colombia, las personas jurídicas no podían cometer delitos, pero para el caso de las SIA ocurría que sí eran susceptibles de responder directamente por los actos de sus agentes, entonces, las SIA aún desde el año en que se profirió el Estatuto Aduanero ya podían responder directamente en su calidad de agentes aduaneros, esto desde los años de 1999 y 2000, pues bien, ocurre que en Colombia, tal situación era excepcional de las SIA pues solo hasta el 2009, de nueve a diez años después, se estableció mediante la H. Corte Suprema de Justicia que:

Los entes morales responden directamente por los actos culposos y dolosos de sus agentes que causan un daño resarcible a terceros en razón y con ocasión de sus funciones o prevalidos de la posición que ocupan en la organización. De ahí que resulte absolutamente innecesario tratar de demostrar que la persona jurídica demandada tenía o no el deber de vigilancia y control sobre el sacerdote, pues tratándose, como se trata, de un tipo de responsabilidad directa, no se requiere en absoluto de prueba de tal situación fáctica²¹.

²⁰ Ibid., p. 8.

²¹ SCSJ. 7 de Octubre de 2015. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez. (Sentencia Número 73411-31-03-001-2009-00042-01), pp. 18.

Entonces, para el caso colombiano las SIA se erigían desde entonces no como un simple intermediario, sino como un auxiliar de la función pública, creando entonces el derecho colombiano una figura mixta pues si bien, las SIA ejercen labores de intermediación, el alcance de su responsabilidad no es el que se le atribuye a los intermediarios en sentido estricto, sino que se extiende al que correspondería a un funcionario público.

1. Finalidad de las Agencias de Aduanas en Colombia.

Según el artículo 12 del Decreto 2685 de 1999, se encuentra que las Agencias de Aduanas no son comunes pues si bien, realizan la labor de intermediación aduanera, ocurre que más bien su finalidad primordial es:

- A) Ejercer la actividad auxiliar de la función pública de naturaleza mercantil y de servicio de agenciamiento aduanero.
- B) 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.
- C) Fin esencial de colaborar con las autoridades aduaneras en la estricta aplicación de las normas legales relacionadas con el comercio exterior para el adecuado desarrollo de los regímenes aduaneros y demás actividades y procedimientos derivados de los mismos²².

Así las cosas, en Colombia las SIA son un mecanismo de control, del modo en que lo explica el Consejo de Estado:

El artículo 22 del Decreto 2685 de 1999 prescribe que las sociedades de intermediación aduanera que actúen ante las autoridades aduaneras serán responsables administrativamente por la exactitud y veracidad de la información contenida en los documentos que suscriban sus representantes acreditados ante la DIAN, así como por la

²² DIAN . Op. Cit., p. 14.

declaración de tratamientos preferenciales, exenciones o franquicias y de la correcta clasificación arancelaria de las mercancías.

Con lo anterior no se pretende que estas sociedades sustituyan al importador en su obligación general de pago de tributos aduaneros, sino que haya una persona con idoneidad técnica y profesional que suministren una asesoría legalmente sustentable ante la DIAN.

Además el artículo 26 literal *c* *ibídem* señala como una de las obligaciones de estas intermediarias “Liquidar y cancelar los tributos aduaneros y sanciones a que hubiere lugar de acuerdo con lo previsto en este decreto”.

Esta regulación tampoco se opone a las reglas del mandato regulado en la legislación comercial, por lo demás es la legislación aduanera la que regula el tipo de servicio que prestan las sociedades de intermediación aduanera “dado el carácter de público que ostentan dichas actividades y la competencia especial otorgada constitucionalmente al ejecutivo para reglamentarla”.

Finalmente, el concepto precisó que la responsabilidad que surge entre la sociedad de intermediación aduanera frente al Estado se sujeta a la legislación aduanera y la responsabilidad que se deriva de la intermediación entre el mandante y el mandatario, se rige por las reglas generales de la legislación civil y comercial que además, estipulan que el mandatario responde hasta de culpa leve en el cumplimiento de su cargo, teniendo en cuenta que en desarrollo del contrato de mandato, el mandatario debe aprovecharse de las circunstancias para realizar su encargo con mayor beneficio o menor gravamen que los designados para el mandante. Por lo tanto son coherentes la legislación aduanera y la civil sobre la responsabilidad²³.

²³ SCE de 27 de septiembre de 2007. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera Ponente: María Inés Ortiz Barbosa. (Sentencia del expediente 15557) pp. 1.

Entonces, en Colombia la intermediación que ejerce la SIA no es una común, propia de una agencia comercial típica como es concebida para la legislación comercial, de hecho, ni siquiera puede indicarse que la agencia de aduanas sea una subespecie de la agencia comercial, aún cuando ambas son estudiadas por el derecho comercial.

Sino que es más que una agencia comercial, pues si bien, en la misma, al igual que en una agencia comercial típica se cumple con un encargo, ocurre que además de eso, las SIA desempeñan una función auxiliar pública de control de legalidad, que entraña la manifestación de la vigilancia de la actividad aduanera.

5. DERECHO COMPARADO

La intermediación aduanera, como figura jurídica con consecuencias de tipo internacional cuenta con regulación, no solo en Colombia, sino en las demás partes del mundo, a continuación se relacionan algunas:

5.1. El caso Europeo en comparación con el caso colombiano

Debido a la unificación normativa de la Comunidad Europea, se observa que el Parlamento y el Consejo prohirieron el Reglamento (CE) N^o 450 de 23 de Abril de 2008, en el cual en primera instancia definen el concepto de representante aduanero del siguiente modo: “6. «representante aduanero»: toda persona nombrada por otra persona para ejecutar los actos y formalidades necesarios en virtud de la legislación aduanera en sus relaciones con las autoridades aduaneras”²⁴.

Del mismo modo, contempla también esta legislación la existencia de operador económico autorizado, que es:

²⁴ Reglamento (CE) No. 450/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008 "Por el que se establece el código aduanero comunitario (código aduanero modernizado)". (DOUE, de 23 de abril de 2008. L 145/1).

Sección 3 Operador económico autorizado

Artículo 13 Solicitud y autorización 1. Todo operador económico establecido en el territorio aduanero de la Comunidad que cumpla las condiciones dispuestas en los artículos 14 y 15 podrá solicitar el estatuto de «operador económico autorizado». Dicho estatuto será concedido por las autoridades aduaneras, en su caso tras evacuar consultas con otras autoridades competentes, y se someterá a supervisión. 2. El estatuto de operador económico autorizado consistirá en dos tipos de autorización: la de operador económico autorizado en el ámbito de la «simplificación aduanera» y la de operador económico autorizado en el ámbito de la «seguridad y protección». El primer tipo de autorización permitirá a los operadores económicos beneficiarse de determinados procedimientos simplificados en virtud de la legislación aduanera. El segundo tipo de autorización concederá a su titular facilidades en materia de seguridad y protección. Ambos tipos de autorización son acumulables. 3. Con sujeción a lo dispuesto en los artículos 14 y 15 y sin perjuicio de los controles aduaneros pertinentes, el estatuto de operador económico autorizado será reconocido por las autoridades aduaneras de todos los Estados miembros. 4. Una vez reconocido el estatuto de operador económico autorizado y siempre que se cumplan las condiciones fijadas por la legislación aduanera para un tipo específico de procedimiento simplificado, las autoridades aduaneras autorizarán al operador a beneficiarse de dicho procedimiento. 5. El estatuto de operador económico autorizado podrá ser suspendido o revocado de acuerdo con las condiciones que se establezcan en virtud del artículo 15, apartado 1, letra g). 6. Los operadores económicos autorizados deberán informar a las autoridades aduaneras de todas las circunstancias posteriores a la concesión de dicho estatuto que puedan afectar a su continuación o a su contenido.

Artículo 14 Concesión del estatuto Los criterios para la concesión del estatuto de operador económico autorizado serán los siguientes: a) una trayectoria adecuada de

cumplimiento de los requisitos aduaneros y fiscales; b) un sistema satisfactorio de gestión de los registros comerciales y, en su caso, de los registros de transporte, que permita la correcta realización de los controles aduaneros; c) una solvencia acreditada; d) de conformidad con el artículo 13, apartado 2, cuando un operador económico autorizado quiera beneficiarse de los procedimientos simplificados previstos en la legislación aduanera, un nivel adecuado de competencia o de cualificaciones profesionales directamente relacionadas con la actividad que ejerza; e) de conformidad con el artículo 13, apartado 2, cuando un operador económico autorizado quiera beneficiarse de las facilidades en materia de controles aduaneros relacionadas con la seguridad, unos niveles de seguridad y protección apropiados²⁵.

Luego, se tiene que la legislación colombiana en comparación con la europea arroja el siguiente cuadro explicativo que permite comprender el aspecto que hace única la intermediación aduanera colombiana respecto de la europea:

Intermediación Aduanera - Colombia	Intermediación Aduanera - Europa
Se hace mediante los Agentes Aduaneros ²⁶ .	Realizada mediante un representante aduanero ²⁷ .
La fuente legal en que se encuentra regulada es el decreto 2685 de 1999 y la Resolución 4240 de 2000, que reglamenta el decreto.	La fuente legal en que se encuentra regulada es el Código Aduanero Comunitario, reglamento (CE) No. 450 de 23 de abril de 2008.
La autoridad que reguló lo atinente a la intermediación aduanera en Colombia fue el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.	La autoridad que reguló lo atinente a la Intermediación Aduanera en Europa son el Parlamento Europeo y el Consejo.

²⁵ Ibid., p. 13.

²⁶ MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Op. Cit., p. 19

²⁷ EL PARLAMENTO Y EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Op. Cit., p. 9.

El Código Aduanero recibió influencias de los convenios internacionales celebrados por el país, de la exposición de su considerando se advierte que influyen también la legislación comparada, las propuestas del sector privado ²⁸ .	El Código Aduanero recibió influencias del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, la Comisión Europea, como órgano ejecutivo de la Unión Europea, El Consejo de la Unión Europea y del parlamento europeo.
No existe una clasificación del tipo de representación aduanera, es una sola.	Existen dos clases de representación aduanera acorde al artículo 11, así: “a. <i>Directa: En la que el representante aduanero actuará en nombre y por cuenta de la persona que lo haya designado.</i> b. <i>Indirecta: En la que el representante aduanero actuará en su propio nombre, pero por cuenta de esa persona</i> ” ²⁹ .
En el caso colombiano, el agenciamiento aduanero tiene función auxiliar de la función pública aduanera, cuya finalidad	La Agencia Aduanera no es una autoridad, de hecho, está sujeta a la
Intermediación Aduanera - Colombia	Intermediación Aduanera - Europa
esencial es colaborar con las autoridades aduaneras en la estricta aplicación de las normas legales relacionadas con el comercio exterior para el adecuado desarrollo de los destinos, regímenes aduaneros y demás actividades y procedimientos derivados de los mismos, son un mecanismo de control ³⁰ . Busca también prevenir y evitar el contrabando de mercancías.	autoridad aduanera, al tenor del artículo 12 del Reglamento (CE) No. 450/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo del 23 de abril de 2008, por el que se establece el Código Aduanero Comunitario (Código Aduanero modernizado) ³¹ .
Establece la existencia de un “Agente de Aduana” y un “Representante Aduanero”, el Agente Aduanero es, según el artículo 12 del Estatuto	Establece la existencia del “ <i>Representante Aduanero</i> ”, y lo define en el artículo 4 del Reglamento (CE) No. 450 de 23 de Abril de 2008 del

²⁸ MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Op. Cit., p. 1.

²⁹ EL PARLAMENTO Y EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Op. Cit., p. 12.

³⁰ Ibid., P. 3

³¹ Ibid., p. 12.

Aduanero, un operador de Comercio Exterior ³² .	Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece el Código Aduanero Comunitario (Código Aduanero Modernizado) como: <i>“toda persona nombrada por otra persona para ejecutar los actos y formalidades necesarios en virtud de la legislación aduanera en sus relaciones con las autoridades aduaneras”</i> ³³ .
Los Operadores de Comercio Exterior, en Colombia, acorde al artículo 18 del Estatuto Aduanero, solo pueden actuar a través de representantes legales, representantes aduaneros, agentes de aduana o sus auxiliares ³⁴ . Intermediación Aduanera – Colombia	En el caso europeo, la representación aduanera no es obligatoria, de hecho, el artículo 11 del Reglamento (CE) No. 450 de 23 de Abril de 2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece el Código Aduanero Comunitario (Código Aduanero Modernizado) señala: <i>“Toda</i> Intermediación Aduanera - Europa
	<i>persona podrá nombrar a un representante aduanero”</i> ³⁵ , indicando que el nombramiento de representante aduanero es potestativo.
Se llega a la representación mediante un contrato de mandato aduanero con representación, donde el mandatario es la SIA y el mandante es la persona en cuyo nombre, representación, y por cuya cuenta y riesgo se presentan declaraciones de Importación, Exportación o de Tránsito Aduanero, en	Para poder ejercerla, el representante aduanero requiere poder de representación, y en la regulación establecida por la comunidad europea no se delimita el ejercicio de la agencia aduanera a una persona jurídica, y se centra más en la importancia de la adquisición de la calidad de <i>operador</i>

³² DIAN, Op. Cit., p. 14.

³³ EL PARLAMENTO Y EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Op. Cit., p. 9.

³⁴ DIAN, Op. Cit., p. 17.

³⁵ EL PARLAMENTO Y EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Op. Cit., p. 12.

<p>todas sus modalidades, incluyendo todos los trámites aduaneros inherentes y conexos que se adelanten ante la DIAN. Siendo la SIA quien adelanta en nombre del mandante todas las gestiones de índole aduanero que sean necesarias en relación con las mercancías de éste último.</p>	<p><i>económico autorizado</i>, para lo cual es menester cumplir sendos requisitos. (art. 11 y 12 reglamento (ce) n o 450/2008 del parlamento europeo y del consejo De 23 de abril de 2008 por el que se establece el Código Aduanero Comunitario (Código aduanero Modernizado)³⁶.</p>
<p>El Agente Aduanero es necesariamente una persona jurídica, del modo en que lo establece el artículo 22 del Estatuto de Aduanero³⁷.</p> <p>Intermediación Aduanera – Colombia</p>	<p>Se precisa señalar que la normatividad no define de manera taxativa el concepto de operador económico autorizado, sin embargo, a pesar de ello, se tiene que dicha definición se colige en este artículo del desarrollo normativo que se le da a esta figura, permitiendo advertir que un <i>operador económico autorizado es una persona, sea jurídica o natural, la cual debe adquirir primero ese status con el fin de que le sea permitido ejecutar</i> Intermediación Aduanera – Europa</p>
	<p><i>procedimientos aduaneros circunscrito al territorio de los estados miembros de la Comunidad Europea, de tal manera que su actividad se halla limitada territorialmente a dicha competencia. (definición de la autora del artículo). A continuación, se desarrolla el siguiente silogismo respecto de operadores económicos autorizados y agentes aduaneros:</i></p> <p>a. Para ser representante aduanero no es necesario ser operador económico autorizado.</p>

³⁶ EL PARLAMENTO Y EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Op. Cit., p. 12.

³⁷ DIAN, Op. Cit., p. 18.

	<p>b. Para ser operador económico autorizado no es necesario ser representante aduanero.</p> <p>c. Pero, para ser representante aduanero autorizado a prestar sus Servicios de tal en <i>otro Estado miembro distinto de aquel en el cual está establecido</i>, debe cumplir con los criterios para ser operador económico autorizado (artículo 14 letras a) a d) del reglamento en estudio, cursivas fuera del texto original)³⁸.</p>
Intermediación Aduanera - Colombia	Intermediación Aduanera – Europa
<p>Requisitos para tener la calidad de Agente Aduanero:</p> <p>A) Estar autorizado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para ejercer el agenciamiento aduanero³⁹ (art. 12).</p> <p>B) Estar debidamente constituida como <i>sociedad de naturaleza mercantil o sucursal de sociedad extranjera domiciliada en el país</i>. Es decir, ser persona jurídica.</p> <p>C) Tener como objeto principal el agenciamiento aduanero, excepto en el caso de los almacenes</p>	<p>Requisitos para tener la calidad de representante aduanero.</p> <p>A) En principio, <i>toda persona puede hacerlo</i>, acorde al numeral 1 del artículo 11, sea natural o jurídica⁴⁰.</p> <p>B) Sin embargo, para poder ejercerlo, debe ostentar la condición de “operador económico autorizado”, para lo cual debe cumplir los requisitos del artículo 14, a saber:</p> <p>a) Tener una trayectoria adecuada de cumplimiento de los requisitos aduaneros y fiscales.</p>

³⁸ Ibis íbidem.

³⁹ DIAN. Op. Cit., p. 20.

⁴⁰ Ibis íbidem.

<p>generales de depósito.</p> <p>D) Estar debidamente inscrita en el Registro único Tributario, RUT.</p> <p>E) Poseer y soportar contablemente el patrimonio líquido mínimo exigido para el respectivo nivel de agencia de aduanas, así:</p> <p>a) Agencia de aduanas nivel 1: Tres mil quinientos millones de pesos (\$3.500.000.000).</p> <p>b) Agencia de aduanas nivel 2: Cuatrocientos treinta y ocho millones doscientos mil pesos</p> <p>Intermediación Aduanera – Colombia</p>	<p>Tener un sistema satisfactorio de gestión de los registros comerciales y, en su caso, de los registros de transporte, que permita la correcta realización de los Controles aduaneros.</p> <p>b) Tener una solvencia acreditada⁴¹.</p> <p>Intermediación Aduanera – Europa</p>
<p>(\$438.200.000).</p> <p>c) Agencia de aduanas nivel 3: Ciento cuarenta y dos millones quinientos mil pesos (\$142.500.000).</p> <p>d) Agencia de aduanas nivel 4: Cuarenta y cuatro millones de pesos (\$44.000.000).</p> <p>Dicho patrimonio deberá mantenerse actualizado en la forma indicada en el artículo 18 del presente decreto.</p> <p>F) No tener deudas exigibles por concepto de impuestos, anticipos, retenciones, derechos de aduana, intereses, sanciones o cualquier</p>	<p>Pero también esta norma señala dos últimos requisitos que son potestativos dependiendo de ciertos fines del operador económico autorizado en materia de obtención de ciertos beneficios, en cuestión, a saber:</p> <p>A) De conformidad con el artículo 13, apartado 2, cuando un operador económico autorizado quiera beneficiarse de los <i>procedimientos simplificados</i> previstos en la legislación aduanera, un nivel adecuado de competencia o de cualificaciones profesionales directamente relacionadas con la actividad que ejerza.</p>

⁴¹ Ibid., p. 14

<p>otro concepto administrado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, salvo que exista acuerdo de pago vigente.</p> <p>Contratar personas idóneas profesionalmente, con conocimientos específicos o experiencia relacionada con la actividad de comercio exterior.</p> <p>G) No encontrarse incurso la sociedad, sus socios, accionistas, administradores o representantes legales o sus agentes de aduanas en las causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en el artículo 27-6 del presente decreto.</p> <p>Intermediación Aduanera – Colombia.</p>	<p>B) Acorde a esta misma preceptiva, cuando un operador económico autorizado quiera beneficiarse de las <i>facilidades en materia de controles aduaneros relacionadas con la seguridad</i>, unos niveles de seguridad y protección apropiados.</p> <p>Intermediación Aduanera – Europa</p>
<p>H) Contar con una infraestructura financiera, física, técnica, administrativa y, con el recurso humano que permita ejercer de manera adecuada la actividad de agenciamiento aduanero.</p> <p>I) Aprobar las evaluaciones de conocimiento técnico que realice la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales o un tercero autorizado por esta entidad.</p> <p>J) Disponer y cumplir con el código de ética a que se refiere el artículo</p>	

<p>26 del presente decreto.</p> <p>K) Obtener la autorización como agencia de aduanas⁴².</p>	
<p>Debe ser autorizado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para ejercer agenciamiento aduanero (artículo 22 del Estatuto Aduanero). Intervención obligatoria del Estado⁴³.</p> <p>Intermediación Aduanera – Colombia.</p>	<p>La intervención de los Estados Miembros respecto de la regulación del ejercicio de la agencia aduanera es potestativa al tenor del artículo 11 del Reglamento (CE) No. 450/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo del 23 de abril de 2008, por el que se establece el Código Aduanero Comunitario (código aduanero modernizado), que señala: “(...) 2. <i>Los Estados miembros podrán determinar, de conformidad con el Derecho Comunitario, las</i></p> <p>Intermediación Aduanera – Europa</p>
	<p><i>condiciones en que un representante aduanero podrá prestar servicios en el Estado Miembro en que está establecido”</i>⁴⁴.(Cursivas fuera del texto original).</p>
<p>Según lo indica sentencia C-599 de 1999 la responsabilidad que tienen las SIA en ejercicio de sus actividades es de carácter penal por la conducta de contrabando sí y solo sí se da bajo las siguientes circunstancias modales:</p> <p><i>“(i) intervengan como declarantes en las importaciones</i></p>	<p>La responsabilidad del representante aduanero se fortalece en tratándose de representación indirecta, caso en el cual, como lo explica el artículo 44 del reglamento, para el caso de los regímenes de Despacho a libre práctica e importación temporal ocurre que:</p>

⁴² DIAN. Op. Cit., p. 14,15.

⁴³ Ibid., p. 18.

⁴⁴ EL PARLAMENTO Y EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Op. Cit., p. 11.

<p><i>o exportaciones que realicen terceros, y</i></p> <p><i>(ii) exclusivamente cuando los comportamientos sancionados por el tipo penal de contrabando se relacionen con la naturaleza, la cantidad, la posición arancelaria y los gravámenes correspondientes a la respectiva mercancía.</i></p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Una deuda aduanera de importación nacerá al ser incluidas las mercancías no comunitarias sujetas a derechos de importación en uno de los regímenes aduaneros siguientes: <ol style="list-style-type: none"> A) el despacho a libre práctica, incluso con arreglo a las disposiciones del destino final. B) La importación temporal con exención parcial de derechos de importación. 2. La deuda aduanera se originará en el momento de la admisión de la declaración en aduana.
<p>Intermediación Aduanera – Colombia.</p>	<p>Intermediación Aduanera – Europa</p>
<p><i>Los almacenes generales de depósito responderán directamente por los gravámenes, tasas, sobretasas, multas o sanciones pecuniarias que se deriven de las actuaciones que realicen como declarantes autorizados.</i></p> <p><i>Parágrafo. Las Sociedades de Intermediación Aduanera y los Almacenes Generales de Depósito tendrán, sin perjuicio del control de la autoridad aduanera, la facultad de inspección de las mercancías con</i></p>	<ol style="list-style-type: none"> 3. El declarante será el deudor. <i>En caso de representación indirecta, será también deudora la persona por cuya cuenta se haga la declaración en aduana.</i> (Cursivas fuera del texto original). <p>Los representantes aduaneros tienen responsabilidades de dos tipos:</p> <ol style="list-style-type: none"> A) Una genérica: acorde al artículo 9, en que son responsables de: Facilitar a las autoridades la información y

<p><i>anterioridad a su declaración ante la Dirección de Aduanas</i>⁴⁵. (Cursivas fuera del texto original).</p> <p>Se observan dos responsabilidades dirigidas en diferentes direcciones:</p> <p>A) Responsabilidad de la SIA respecto de declarar la mercancía con valor acorde al de la factura suministrada por el exportador. (Esta es una responsabilidad genérica)</p> <p>B) En el evento de ser declarantes autorizados, las SIA responderán directamente por los gravámenes, tasas, sobretasas, multas o sanciones pecuniarias que se deriven de las actuaciones que realicen como declarantes autorizados.</p> <p>Intermediación Aduanera – Colombia.</p>	<p>documentación que éstas les exijan, en una forma adecuada, y toda la asistencia que sea precisa para la realización de esas formalidades o controles.</p> <p>B) Una específica: Acorde al artículo 9, que surge en caso de presentar una declaración sumaria o una declaración en aduana o una solicitud de autorización o de cualquier otra decisión, caso en el cual, será responsable de lo siguiente:</p> <p>a. La exactitud e integridad de la información que contenga la declaración, notificación o solicitud.</p> <p>Intermediación Aduanera – Europa</p>
<p>Quiere esto indicar que para la legislación colombiana, el agente aduanero autorizado como declarante responderá del mismo modo que el propio declarante toda vez que él debe verificar la exactitud de la información suministrada respecto de valores de mercancías</p>	<p>b. La autenticidad de los documentos presentados a las autoridades o puestos a disposición.</p> <p>c. En su caso, el cumplimiento de todas las obligaciones derivadas del régimen en el que se</p>

⁴⁵ SCC. 4 de Agosto de 1999. Sala Plena. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. (Sentencia Número C – 559), p. 13.

	incluyan las mercancías o de la realización de las operaciones aduaneras que se hayan autorizado.
--	---

Del anterior cuadro comparativo, se extrae que el caso colombiano es aún más restrictivo que el europeo, partiendo de la base que para el ordenamiento jurídico colombiano, el agente aduanero tiene función de autoridad pública, y para ello necesita una infraestructura adecuada y requiere de las regulaciones tan fuertes que ha establecido Colombia para el ejercicio de esta función, se apela entonces al hecho de que es menester que sea una persona jurídica, no así en el caso europeo donde toda persona puede ejercer estas labores, y el agente aduanero no cumple jamás con funciones de autoridad pública como sí ocurre en el caso colombiano. Ahora bien, como se ha explicado antes, se precisa comprender la génesis de la cual parten los ordenamientos jurídicos en que ambas figuras se encuentran insertadas, para el caso colombiano, agente aduanero, y para el europeo, representante aduanero, y es el hecho de la marca que pesa sobre el ordenamiento jurídico colombiano, que no pesa sobre el europeo, referida al contrabando de mercancías, del modo en que se explicó con anterioridad en el presente artículo.

5.2. El caso europeo comparado con la preceptiva de la Comunidad Andina de Naciones (C.A.N.)

Comunidad Andina de Naciones (C.A.N.) Resolución 846 del 6 de agosto de 2004.	Reglamento (CE) No. 450 de 2008 del Parlamento Europeo y del Consejo del 23 de abril de 2008, por el que se establece el Código Aduanero Comunitario (Código Aduanero modernizado).
--	--

Ambos ordenamientos son Códigos Comunitarios.	
La preceptiva comunitaria tiene ámbito de aplicación sobre lo que ella misma denomina el “ <i>Territorio aduanero comunitario</i> ” ⁴⁶ .	Su ámbito de aplicación es el territorio de la Comunidad Europea.
Se entenderá como comisionista, o agente a la persona que actúa por cuenta de un comitente o mandante, y facilita la concertación del contrato de compraventa, representando al vendedor o al comprador. (Artículo 19).	Para este ordenamiento, no existe el comisionista o agente, sino que existe el “ <i>representante aduanero</i> ”, el cual es toda persona nombrada por otra persona para ejecutar los actos y formalidades necesarios en virtud de la legislación aduanera en sus relaciones con la autoridad aduanera (Artículo 4).
Según el artículo 20, a los intermediarios, denominados Agentes o comisionistas, se les pagan comisiones, que son las remuneraciones pagadas por el comprador o por el vendedor de las mercancías importadas, por los servicios que éstos les prestan por su facilitación en la concertación del contrato de compraventa	En el caso europeo, la regulación no establece el monto de lo que debe ser pagado a los representantes aduaneros ni lo denomina.
Comunidad Andina de Naciones (C.A.N.) Resolución 846 del 6 de agosto de 2004.	Reglamento (CE) No. 450 de 2008 del Parlamento Europeo y del Consejo del 23 de abril de 2008, por el que se establece el Código Aduanero Comunitario (Código Aduanero modernizado).
de tales mercancías.	

⁴⁶ Resolución no. 846/2004 de la Comunidad Andina de Naciones, que adopta el Reglamento comunitario de la decisión 571, del 6 de Agosto de 2004, sobre el valor en aduana de las mercancías importadas de la Comunidad Andina de Naciones, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, Artículo único, del 9 de agosto de 2004.

Las remuneraciones percibidas generalmente toman la forma de un porcentaje sobre el precio de las mercancías, y son entendidas como parte del precio.	
---	--

Colombia adoptó, efectivamente, la preceptiva de la Comunidad Andina de Naciones, sin embargo, aún existe un componente normativo que diferencia a Colombia de lo señalado por la Comunidad Andina de Naciones y de las demás organizaciones del mundo, y es el que se expondrá a continuación acorde al Estatuto Aduanero.

5.3. El Caso Colombiano sobre la Intermediación Aduanera

En Colombia, de manera particular, debido a los antecedentes respecto del contrabando de mercancías ocurrido en las décadas de los años 80 y 90, existe toda una regulación particular para la intermediación aduanera, la cual tiene las siguientes características:

1. El agenciamiento aduanero tiene un objeto social exclusivo al que se le consideran inherentes todos los trámites, diligencias, actividades y demás actos relacionados con la importación, exportación y tránsito aduanero de mercancías, que se adelanten ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales u otra entidad.
2. Solo puede ser ejercido por una persona jurídica.
3. Para ejercerla necesita autorización la cual debe solicitarse por el representante legal de la persona jurídica que pretenda ser autorizada como agencia de aduanas o su apoderado debidamente acreditado, al formular solicitud escrita dirigida a la Subdirección de Comercio Exterior de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.
4. Condiciones para que le sea otorgada la autorización:

- A) Que en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio correspondiente a su domicilio principal, la razón social de la persona jurídica cumpla con las condiciones de nominación de que trata el parágrafo 1o del artículo 12 del Decreto 2685 de 1999. Este certificado deberá presentarse con una vigencia no superior a tres (3) meses a la fecha de presentación de la solicitud.
- B) El patrimonio fiscal líquido mínimo exigido, para el respectivo nivel de agencia de aduanas, a que hace referencia el numeral 4 del artículo 14 del Decreto 2685 de 1999, deberá ser soportado con los estados financieros básicos, Balance General, Estado de Resultados, Estado de Cambios en el Patrimonio. Estado de cambios en la situación financiera, Estado de Flujos de Efectivo, y sus soportes contables, con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Decreto 2649 de 1993 y demás normas vigentes. Para el efecto, prevalecerán las disposiciones de carácter tributario cuando exista incompatibilidad entre la información contable y la fiscal
- C) Al suministrar los nombres e identificación de los empleados que actuarán como sus agentes de aduanas y auxiliares, o como los representantes aduaneros para efecto de otras inscripciones o autorizaciones, deberá indicar la administración o administraciones aduaneras ante las cuales actuarán de acuerdo a su autorización, acreditando la idoneidad profesional.
- D) Tratándose de las agencias niveles 1 y 2, los agentes de aduanas y auxiliares podrán actuar en todo el territorio nacional
- E) Manifiestar que ni sus socios, ni el representante legal, ni los empleados que pretende acreditar como sus agentes de aduanas, se encuentran incurso en alguna de las inhabilidades o incompatibilidades de que trata el artículo 27-6.
- F) Tratándose de las agencias de los niveles 3 y 4, informar la jurisdicción de la administración de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales donde pretende ejercer su actividad.
- G) Las hojas de vida de que trata el numeral 4 del artículo 17 del Decreto 2685 de 1999, deberán incluir únicamente la información general de identificación y la experiencia y estudios realizados relacionados con la actividad de comercio exterior. La persona responsable del cumplimiento del Código de Ética deberá acreditar experiencia en el área de recursos humanos. Para el cumplimiento de lo previsto en el parágrafo 2o del artículo 17 del Decreto 2685 de 1999, será necesario incluir únicamente la información general de identificación del personal directivo de las personas jurídicas que sean socias de la persona jurídica que presenta la solicitud de autorización como agencia de aduanas.

H) De conformidad con lo previsto en los numerales 8 del artículo 14 y 18 del artículo 27-2 del Decreto 2685 de 1999, la infraestructura física, técnica, administrativa y el recurso humano, se acreditarán con documento suscrito por el representante legal de la persona jurídica que pretenda obtener la autorización para ejercer la actividad de agenciamiento aduanero, en el cual se describan ubicación, instalaciones físicas, número de empleados, organigramas, procedimientos, sistemas informáticos y de comunicación y demás información que demuestre la prestación del servicio y el adecuado desempeño de las labores de acuerdo al volumen de operaciones. Lo anterior sin perjuicio de las visitas de control que efectúe la División de Registro y Control de la Subdirección de Comercio Exterior de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, o la dependencia que haga sus veces, para establecer el debido cumplimiento de estos requisitos⁴⁷.

Luego bien, en Colombia el Agenciamiento Aduanero es concebido como función pública, y a la vez como una forma de ejercer un control de legalidad sobre la actividad aduanera, lo cual hace que la misma se vea afectada por las especificaciones antes mencionadas, más que referirse a una operación de intermediación comercial, como en las demás legislaciones que fueron expuestas, cumple el agenciamiento aduanero con una función auxiliar de control público de legalidad.

6.CONCLUSIÓN

La intermediación aduanera en Colombia, es un tipo muy especial de intermediación, diferente de aquellas ejercidas en el mundo, en este ramo, esto se debe a que para el caso colombiano, la misma adquiere los tintes de función pública, siendo más específicamente del tipo relativo al control de legalidad de las operaciones de comercio exterior que se celebran sobre las mercancías involucradas en las mismas.

⁴⁷ DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES. Resolución 4240 de 2 de Junio de 2000. Diario Oficial No. 44.037 del 9 de Junio del 2000. Por la cual se reglamenta el Decreto 2685 de diciembre 28 de 1999.

Este control de legalidad es una manifestación de los intentos de la legislación colombiana por contrarrestar los efectos del contrabando que se vieron en décadas pasadas en el país, luego bien, para el caso de la intermediación aduanera, ésta se sale de la órbita de una típica agencia comercial, del modo en que ésta ha sido concebida desde sus orígenes en el derecho romano, y desarrollada hasta llegar a los albores de la actualidad jurídica tanto colombiana como a nivel mundial.

Se complejiza el asunto respecto de estas intermediaciones en cuanto a que las mismas no se limita exclusivamente a la ejecución del acto de comercio sino a la manifestación de un control de legalidad sobre las operaciones comerciales que se desarrollan en presencia de la misma. Y es en este aspecto, en el cual se convierte en única en el mundo, toda vez que no solo es un medio de ejecución de una operación comercial y un acto de comercio al tenor del artículo 20 del Código de Comercio, sino que es una manifestación del control de legalidad que ejerce el Estado sobre el acto de comercio exterior de aduanas con miras a evitar el contrabando y actitudes evasoras de los impuestos que conlleva el giro normal de las operaciones de comercio exterior. Partiendo de esta premisa, se tiene que no es posible considerar que la agencia de aduanas, en Colombia, es una subespecie de la agencia comercial que típicamente se ha visto expresada mediante su ordenamiento jurídico, que más bien Colombia ha sido un país pionero en establecer estas funciones de control que mediante la agencia aduanera se ejercen sobre la legalidad de las mercancías y las operaciones comerciales en que las mismas se hallan involucradas, pues si bien, para la OMA los agentes Aduaneros cumplen una función de apoyo estatal en cuanto a la legalidad. Colombia, país que hace parte de la OMA, desarrolló esta preceptiva de un modo profundo, pues si bien este país ingresó a este organismo en el año de 1993 y su estatuto aduanero data de los años 1999-2000, no fue ese el motivo principal por el cual el país asumió la regulación aduanera actual respecto de los agentes aduaneros, sino que fue el acaecimiento de los sucesos de la actividad delictiva del contrabando,

del cual es víctima el Estado, los que motivaron la regulación tan restrictiva que de la Agencia de Aduanas, existe en Colombia.

Luego bien, precisa Colombia del auxilio de estos particulares, SIA, para el cumplimiento de la función pública de control de aduanas, es por eso que dichas sociedades son, a su vez, regladas de forma tan estricta a través de la DIAN, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, la cual se encarga de regularlas y de supervisarlas.

El anterior esquema, entonces se convierte en una manifestación de lo que en Colombia se conoce como descentralización por colaboración, es decir, un modo de ejercicio de la autoridad administrativa, en la cual, se permite que los particulares ejerzan parte de la función de dicha autoridad administrativa, pero siempre bajo la responsabilidad que ésta entraña ante el Estado. Lo anterior, se explica bajo el postulado del principio de eficacia y eficiencia de la función pública, pues bien, halló el Estado colombiano que las SIA permiten desempeñar de manera más eficaz esta función pública, y es mediante el uso de esta descentralización, que el Estado apela a las mismas con el propósito de que esta función pública sea llevada a cabo de una manera más eficiente.

Así las cosas, para el caso en específico, la intermediación aduanera en Colombia, rompe los esquemas tradicionales que han sido achacados a la intermediación, y se centra en cumplir más una función pública, y se erige como autoridad pública, que da un apoyo estatal de legalidad, sin dejar de encajar en el papel de intermediación, donde este intermediario aduanero, profundiza su actuar más en la ejecución de un control de legalidad sobre la operación aduanera que en la ejecución del acto de comercio de intermediación, siendo esto lo que la hace única en el mundo. Luego, pareciera desnaturalizar la esencia misma de la agencia comercial, del modo en que ésta se encuentra establecida en el ordenamiento jurídico colombiano y también en las preceptivas mundiales, sin embargo, no es así, toda vez

que en la agencia aduanera, el comerciante se encarga de ejecutar los actos de comercio que ella misma conlleva, solo que con un matiz de responsabilidad más elevado en cuanto a la función pública que conlleva la ejecución de su gestión.

Se eleva el fenómeno colombiano como una manifestación del control de legalidad del gobierno sobre la operación de aduanas, y es esto lo que lo hace único en el mundo, el uso de una figura cuyos tintes básicos son de operación de comercio, partiendo de la noción del acto de comercio, en cuanto a que es el mismo artículo 20 del Código de Comercio colombiano, que clasifica en su numeral 8, los actos de corretaje, agencias de negocios y representación de firmas nacionales o extranjeras como acto de comercio, luego bien, siendo la intermediación aduanera un acto que queda contemplado dentro de esta clasificación, ocurre que el ordenamiento jurídico colombiano le atribuye la doble calidad, de acto de comercio y además la utiliza para ejercer control de legalidad sobre las operaciones comerciales de aduana, situación *sui géneris*, el usar un acto mercantil como un medio de control de legalidad sobre otro acto mercantil que son las operaciones mercantiles de aduana, exportaciones e importaciones de mercancías y lo relacionado con la actividad aduanera en que intervenga la agencia de aduanas, de tal manera que sea ésta la que se adapte a las necesidades estatales de provisión de legalidad a los actos de comercio de aduanas y sirva ella misma como autoridad supervisora y garantista de estos actos más que una figura de ejecución de actos y operaciones de comercio, pues no es éste su finalidad primordial, sino el control de legalidad sobre los actos y operaciones de aduana ejecutados y sobre la verificación de la exactitud de la información relativa a las mercancías envueltas en dichas operaciones aduaneras de comercio exterior.

Entonces, se observa que efectivamente, este fenómeno convierte la agencia aduanera en una mixtura con elementos de acto de comercio, control de legalidad, ambas esencias conviviendo en una misma figura jurídica.

7. BIBLIOGRAFÍA

CEBRIÁN SALVAT, M.A "Agencia Comercial, Leyes de Policía y Derecho Internacional Privado Europeo", *Cuadernos de Derecho Transnacional*. CDT. UC3M, vol. 6, no. 1, Marzo 2014.

GÁSQUEZ SERRANO, L. *El contrato de mediación o corretaje*. Editorial La Ley Grupo Walters Kluwer. 2007. En: <http://www.casadellibro.com/ebook-el-contrato-de-mediacion-o-corretaje-ebook/9788481265569/1985638>

MEDELLÍN, C. et al. *Lecciones de Derecho Romano*. Legis. Bogotá. Décimo Séptima Edición Revisada y Ampliada. 2013.

MEDINA VERGARA, J. *Derecho Comercial Parte General*, Editorial Temis S.A. Bogotá – Colombia, no. 5, 2013, p. 318.

NARVÁEZ GARCÍA, J.I. *Introducción al Derecho Mercantil*. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, No. 3, 1979.

URÍA, R et. al. *Lecciones de Derecho Mercantil*. (Coord. Por María Luisa Aparicio). Pamplona. Editorial Aranzadi S.A., 2013.

Sentencia del Concejo de Estado 27 de Septiembre de 2007 Sección Cuarta. Sala de lo Contencioso Administrativo. Magistrado Ponente: María Inés Ortiz Barbosa. (Sentencia Radicada 15557).

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 15 de Diciembre de 2005. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Jaime Alberto Arrubla Paucar. (Sentencia del Expediente C-1100131030241996-25941-01).

Decreto 410/1971, de 27 de marzo, de Adopción Nacional, Diario Oficial 33.339 de 16 junio 1971.

WORLD CUSTOMS ORGANIZATION, "WCO Study Report on Customs Brokers", Executive Summary, junio 2016, p. 6.

Sentencia de la Corte Constitucional. 4 de Agosto de 1999. Sala Plena. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. (Sentencia Número C – 559), p. 13.

Sentencia del Concejo de Estado de 27 de septiembre de 2007. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera Ponente: María Inés Ortiz Barbosa. (Sentencia del expediente 15557)

Reglamento (CE) No. 450/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008 “Por el que se establece el código aduanero comunitario (código aduanero modernizado)”. (DOUE, de 23 de abril de 2008. L 145/1).

Sentencia de la Corte Constitucional. 4 de Agosto de 1999. Sala Plena. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. (Sentencia Número C – 559), p. 13.

Resolución no. 846/2004 de la Comunidad Andina de Naciones, que adopta el Reglamento comunitario de la decisión 571, del 6 de Agosto de 2004, sobre el valor en aduana de las mercancías importadas de la Comunidad Andina de Naciones, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena Artículo único, del 9 de agosto de 2004.

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Resolución 4240 de 2 de Junio de 2000. Diario Oficial No. 44.037 del 9 de Junio del 2000. Por la cual se reglamenta el Decreto 2685 de diciembre 28 de 1999.