

EL AGENTE DE CARGA*

*Por José Vicente Guzmán Escobar**

SUMARIO: Contratos de intermediación en el transporte. El papel del intermediario de transporte. Problemas jurídicos. Servicios del agente de carga. El agente de carga como transportador. Criterios para diferenciar el agente de carga del transportador.

Introducción

Por lo general, la literatura jurídica y la jurisprudencia se han ocupado del contrato de transporte. Sin desconocer su importancia, los trabajos existentes sobre la materia, y la misma jurisprudencia, han dedicado poco espacio a un tema conexo al transporte que, en la práctica, tiene mucha relevancia, como es el de los intermediarios del transporte y, más precisamente, los contratos de intermediación para el transporte.

La intermediación en el transporte es de vieja data, existe a nivel nacional e internacional, y se presenta tanto en el transporte de mercancías, como en el de pasajeros. En el transporte de personas, encontramos la intermediación, primordialmente, en el transporte aéreo, a través de la figura del agente de viajes. En el transporte de mercancías, existen diferentes tipos de intermediarios, entre los que podemos mencionar al agente de carga, al comisionista de transporte, al transportador marítimo no operador de naves, al agente marítimo y al agente IATA.

La intervención de los intermediarios en la contratación y ejecución del transporte es de probada utilidad para la logística del transporte, pero también ha generado serios inconvenientes desde el punto de vista jurídico.

Estas dificultades han incrementado con el desarrollo de esquemas integrados de transporte, generalmente de mercancías, como el transporte combinado y el transporte multimodal, en los que muchas veces los intermediarios cesaron de desempeñar un papel secundario, para convertirse en los protagonistas de la operación.

A esto se suma el hecho que la intermediación en la contratación del transporte en general, y el agenciamiento de carga en particular, al menos en Colombia, son figuras no reguladas, en ninguna ley, en ningún código, en ningún decreto, salvo el reciente intento del estatuto aduanero colombiano que, a nuestro juicio, ha generado más

* *Este artículo fue presentado a la Revista el 15 de abril de 2005 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 14 de junio de 2005, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.*

* *Texto del artículo preparado por el autor como Director de la Línea de Investigación sobre Derecho Marítimo y del Transporte, Grupo II de Investigación, Departamento de Derecho Comercial, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.*

* *Abogado (Universidad Externado de Colombia), LLM en Derecho Marítimo y del Transporte (University of Cardiff, Gran Bretaña), Director de la Especialización en Derecho Marítimo de la Universidad Externado de Colombia, Instructor Trainmar (Panamá), Abogado Consultor y Litigante, Arbitro Marítimo, Socio de Guzmán Escobar & Asociados (www.guzmaritime.com).*

problemas que soluciones, no sólo desde el punto de vista del derecho de transporte, sino además, desde la óptica misma de la legislación aduanera.

La principal inquietud generada alrededor del intermediario del transporte es acerca de su responsabilidad. ¿Asume el intermediario las mismas obligaciones y, por lo tanto, la misma responsabilidad del transportador respecto de la ejecución del transporte? O por el contrario, ¿está sujeto a un régimen jurídico diferente, del cual no es posible deducir una responsabilidad igual a la del transportador? ¿A quién representa, o por cuenta de quién actúa el intermediario? ¿Por cuenta del transportador, del remitente o del consignatario, en el caso del transporte de mercancías? ¿Existen normas positivas de carácter imperativo o supletivo que regulen la responsabilidad del intermediario? O por el contrario, ¿existe libertad de estipular un régimen contractual que determine su responsabilidad?

No pretendemos en este escrito absolver todos estos interrogantes, sino exponer algunos criterios que sirvan de introducción al tema y, a su vez, puedan promover un debate del que finalmente resulten las soluciones adecuadas.

Es preciso advertir, además, que las definiciones y las opiniones aquí expuestas sólo comprometen al autor de estas líneas, y no necesariamente gozan de respaldo unánime, debido a que esta materia es escasamente tratada en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina colombianas. Por lo tanto, hemos debido acudir, por una parte, a nuestra propia experiencia, y por la otra, al derecho comparado.

Nos limitaremos, por ahora, a la intermediación en el transporte de mercancías, dejando de un lado lo relativo al transporte de pasajeros. En otras palabras, nos ocuparemos del agente de carga, o “freight forwarder” y de otros intermediarios en el transporte de mercancías. No haremos referencia al agente de viajes, más que a título de ejemplo.¹

El papel del intermediario de transporte

El agente de carga es una figura atípica, es decir una figura que no encuentra una definición en la ley, salvedad del estatuto aduanero². Es una figura que no cuenta con unos artículos o unas disposiciones jurídicas que señalen cuál es la naturaleza jurídica del agente de carga, cuáles son sus obligaciones, sus derechos y su responsabilidad.

En el ejercicio de sus actividades normalmente confluye con otras figuras y actores del transporte de mercancías, tales como el transportador, las sociedades de intermediación aduanera, el agente marítimo, el NVOCC (Transportador Marítimo no Operador de Naves), el Operador de Transporte Multimodal (OTM) y los terminales marítimos y aéreos. El agente de carga también es conocido por otras denominaciones, tales como transitario, expedidor, embarcador, consolidador de carga, etc. Todo ello ha generado múltiples problemas a nivel judicial; hemos visto decisiones sobre la responsabilidad del agente de carga en uno y otro sentido, que tendremos oportunidad de mencionar y tratar de comentar en la continuación de este escrito. Y también ha generado inconvenientes desde el punto de vista comercial, tales como la confusión de la figura del agente de carga, con otras instituciones propias de

¹ Sobre el agente de viajes, ver TAMAYO JARAMILLO, Javier; El Contrato de Transporte; Colombo Editores, 1996, Bogotá, p. 121.

² Decreto 2685 de 1999, arts. 1 (definiciones), 105 y 498, modificados por el Decreto 1198 de 2000.

los contratos de intermediación en el transporte de mercancías, como son el comisionista de transporte y el agente marítimo.

Estas dos circunstancias, unidas a una falta de conocimiento en el tema, no solo en nuestros jueces sino en los mismos usuarios de los servicios de carga, en los mismos transportadores y – aunque parezca sorprendente – , también en muchos agentes de carga, ha generado una gran cantidad de inquietudes, interrogantes, problemas y contradicciones, que si bien podemos abordar y tratar de proponer algunas ideas o soluciones, no pretendemos de ninguna manera ser concluyentes, sino simplemente aportar algunos puntos de reflexión sobre la materia.

Esta situación de incertidumbre jurídica acerca del agente de carga no sólo se presenta en Colombia. La misma confusión existe en casi todo el mundo; la mayoría de las legislaciones sobre transporte cuentan con la figura del agente de carga, lo llaman transitario, “freight forwarder”, embarcador, y tiene algunas otras denominaciones. Pero también en otros países, como Bélgica y Francia, existen figuras como la del comisionista de transporte³, que tiene algunas variantes y que por lo tanto, se prestan a las mismas confusiones que existen en Colombia.

El papel tradicional del agente de carga ha sido el de actuar como intermediario entre el remitente de la carga y el transportador, en la celebración del contrato de transporte, actuando como mandatario del remitente, mas no del transportador.⁴ Sin embargo, también hay agentes de carga que actúan como comercializadores de los servicios de empresas de transporte, celebran el contrato de transporte a nombre y por cuenta del transportador⁵, y expiden y firman los documentos de transporte.⁶ Y también hay agentes de carga que verdaderamente ofrecen servicios de transporte y los ejecutan parcialmente, o bien subcontratan la totalidad de su ejecución, caso en el cual es muy difícil distinguirlos de los transportadores.

Problemas jurídicos

La figura del agente de carga nos presenta las siguientes inquietudes: ¿Es un intermediario? ¿Es un transportador? ¿Cuales son las obligaciones del agente de carga? ¿Su obligación es transportar la mercancía? ¿O su obligación es gestionar el transporte de las mercancías, en calidad de mandatario? ¿Y en tal caso, actúa como mandatario del remitente o del transportador? Y en consecuencia, ¿cuáles son sus responsabilidades? ¿Debe responder por la mercancía? ¿O debe responder por la gestión de la contratación del transporte, que es diferente?

Ese es quizá el principal interrogante. Existen diferentes figuras que tenemos que considerar. Primero, la del transportador; hay agentes de carga que son transportadores; existen transportadores que también funcionan como agentes de carga. Segundo, la del comisionista de transporte. Tercero, el agente de carga como un mandatario, un intermediario, el típico agente de carga, también denominado transitario o “freight forwarder”. Cuarto, el NVOCC, o sea el transportador marítimo que no opera buques. Quinto, el operador de transporte multimodal – OTM. Sexto, el

³ Cfr., DE WIT, Ralph. Multimodal Transport, Lloyd's of London Press, 1995, Londres, p. 21.

⁴ DE WIT, op. Cit, p. 19.

⁵ TAMAYO, op. cit., p.122.

⁶ Es el caso del transporte aéreo de cosas, donde el agente IATA expide y firma la guía aérea (air waybill) a nombre del transportador.

agente marítimo. Y séptimo, el agente de carga IATA, que es un agente bajo la regulación del transporte aéreo.

En esta primera parte del presente escrito, nos ocuparemos únicamente del agente de carga, de los casos en que el agente de carga deja de serlo y se convierte en un transportador, así como de la formulación de algunos criterios útiles para distinguir un agente de carga de un transportador.

Servicios que presta el agente de carga

El agente de carga, tradicionalmente, es un coordinador, es un gestor, se encarga de coordinar las labores del transporte de las mercancías, tanto en el transporte nacional, como en el transporte internacional, tanto de importación como de exportación. Nos atreveríamos a afirmar que esa es su naturaleza, que esa es su esencia: *Coordinar el transporte de mercancías*. Es un profesional que está en capacidad de indicarle a su cliente natural - es decir, el remitente o el destinatario de las mercancías (y nos referimos a su cliente natural, porque tiene otros clientes) -, cuál es el mejor modo de transporte para sus propósitos particulares, cuál es la mejor manera de llevar las mercancías a su destino.

Es un servicio similar al que presta un agente de seguros o un corredor de seguros. Cuando se va a contratar un seguro, el tomador puede ir a la compañía de seguros directamente, pero también puede dirigirse a un corredor de seguros, o a un agente de seguros, donde va a encontrar consejo y asesoría sobre cuál seguro de los que se ofrecen en el mercado se ajusta mejor para sus necesidades particulares. Del mismo modo, cuando de contratar el transporte de mercancías se trata, el remitente puede acudir directamente al transportador o transportadores necesarios, o bien procurar la asesoría y la gestión de la operación por parte de un agente de carga. Esa es la función típica del agente de carga en relación con el transporte de mercancías: ofrecerle al cliente alternativas, asesorarlo, decirle cómo puede transportar sus mercancías, y gestionar la operación de transporte en su nombre. Así, al menos, nació la figura del agente de carga históricamente, desde el punto de vista comercial.

Con el transcurso del tiempo, dicha intermediación se extendió no sólo frente a los transportadores, sino a otros prestadores de servicios propios de la cadena logística del transporte. En palabras de Glass, *“el agente de carga actúa como un intermediario entre el remitente o el consignatario y los transportadores, almacenadores, autoridades aduaneras y otras personas en la cadena de transporte con quienes el cliente de otra manera tendría que tratar. De este modo, tradicionalmente su rol principal ha sido celebrar los contratos con aquellas personas en nombre de su cliente. Adicionalmente, los agentes de carga con frecuencia asesoran en relación con rutas, proveen información sobre importaciones y exportaciones, y preparan y diligencian la documentación necesaria para que los bienes lleguen a su destino.”*⁷

Sin embargo, es preciso tener en cuenta que en la actualidad los servicios del agente de carga no se limitan a la mencionada intermediación en la celebración de contratos, sino que presta otros servicios, tales como la consolidación y la desconsolidación de mercancías, el almacenamiento de corto plazo, el embalaje, la preparación de documentación, los trámites ante autoridades y servicios de transporte urbano de recogida y repartición de la carga (“pick up and delivery”), entre otros. La prestación de

⁷ GLASS, David y CASHMORE, Chris; Introduction to the Law of Carriage of Goods, Sweet & Maxwell, Londres, 1989; p. 70. Traducción libre.

estos otros servicios conexos al transporte genera algunas diferencias y también algunas dificultades, en cuanto a la definición del agente de carga.

Sin embargo, su principal función consiste en la contratación del transporte internacional de las mercancías, respecto de la cual generalmente el remitente o destinatario no tiene contacto directo con el o los transportadores, sino que dicha contratación y la emisión de los documentos de transporte se realiza a través de, o con la participación, del agente de carga. Eso nos genera el gran interrogante de cuál es el papel que desempeña el agente de carga frente al contrato de transporte; esa es quizá la principal inquietud.

Naturaleza jurídica del agente de carga. Planteamiento del problema.

El principal problema jurídico alrededor del agente carga radica en la determinación de su naturaleza jurídica, respecto de lo cual se ha formulado el interrogante de si es un transportador, un comisionista de transporte, o un mandatario. Haremos inicialmente unas breves consideraciones sobre estas posibilidades, para luego estudiar con más detalle cada una de estas figuras.

1. ¿El agente de carga es un transportador?

Si el agente de carga es considerado como un transportador, entonces en caso de daño o pérdida de las mercancías debería ser juzgado y condenado como tal. En este sentido, se han proferido sentencias en procesos en que al agente de carga lo demandan como transportador y lo condenan como transportador a pagar una indemnización por la pérdida de las mercancías transportadas o por retraso en la entrega de las mismas, cuando en realidad el agente no ha tenido nunca la carga bajo su custodia y ha actuado como simple intermediario en la contratación del transporte⁸. De igual forma, también se han expedido sentencias en las que lo absuelven en iguales circunstancias de hecho⁹; pero no hay unidad de criterios, hay quizá una tendencia más a condenar al agente de carga por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de transporte, porque es el más visible en la relación con el generador de la carga. Es el primer empresario que ve el cliente al contratar el transporte. Muchos remitentes y destinatarios de carga de importación y exportación actúan bajo la convicción de que el agente de carga es, verdaderamente, quien le va a transportar sus mercancías.

Aparte de esto, también es cierto que en algunas ocasiones el agente de carga actúa como transportador, se presenta como un transportador y no hace esfuerzo alguno por hacer notar la diferencia frente a su cliente.

De otra parte, con la evolución de los conceptos de logística y del transporte multimodal, muchos agentes de carga finalmente se convirtieron en verdaderos transportadores. De hecho, algunos Operadores de Transporte Multimodal eran agentes de carga, que decidieron convertirse en transportadores. En este orden de ideas, algunos agentes de carga decidieron, principalmente por razones económicas, dejar de actuar como intermediarios en la contratación del transporte para asumir directamente frente a sus clientes las obligaciones del transportador, aunque

⁸ Ver sentencia de Agosto 30 de 2004, Juzgado 39 Civil del Circuito de Bogotá; en igual sentido, sentencia de 27 de Diciembre de 1999, Tribunal Superior de Bogotá.

⁹ Ver sentencia del 1 de Agosto de 2001, Juzgado 4° Civil del Circuito de Bogotá; en igual sentido, sentencia del 10 de Diciembre de 2002 del Tribunal Superior de Bogotá.

operativamente no ejecutaban el transporte en forma directa, sino subcontratando a otros transportadores. En estos casos, presenciamos una desnaturalización de los servicios típicos del agente de carga. Aunque suene redundante, si el agente de carga es un transportador, no podría tener la condición de un agente de carga.

2. ¿El agente de carga es un comisionista de transporte?

La otra posibilidad que tenemos que analizar es que el agente de carga sea considerado un comisionista de transporte. El código de comercio colombiano, siguiendo la tendencia francesa, consagró positivamente la figura del comisionista de transporte. A diferencia del agente de carga, el comisionista de transporte es una figura típica, prevista expresamente en los artículos 1312 y siguientes del estatuto mercantil. Estas disposiciones definen al comisionista de transporte, señalan sus derechos, sus obligaciones lo mismo que sus responsabilidades, los cuales se encuentran descritos expresamente en la ley. Adicionalmente, indica el artículo 1313 del C. de Co. Col. que el comisionista de transporte tiene los mismos derechos y las mismas obligaciones del transportador.

Por lo tanto, si el agente de carga es considerado como un comisionista de transporte, en tal condición deberá responder como transportador. Por eso sostenemos que es una figura riesgosa para quienes pretenden actuar como agentes de carga, sin que tengan intención de ser lo que la ley colombiana denomina como comisionista de transporte.

Obviamente, hay agentes de carga que actúan como comisionistas de transporte, porque así lo desean. Y si esto es así, tienen que responder como tales, pero lo que no debería suceder es que un agente de carga que no sea un comisionista de transporte - que no quiera ser un comisionista de transporte-, sea considerado y juzgado como tal.

3. ¿El agente de carga es un mandatario?

Por último, como tercera posibilidad, el agente de carga puede ser un mandatario, es decir un intermediario en la contratación del transporte, o sea lo que se conoce como “agente de carga propiamente dicho”, el intermediario, el asesor, el gestor que presta sus servicios profesionales a remitentes y a destinatarios, en el marco jurídico del contrato de mandato con representación.

Transportar mercancías, o mejor, contratar el transporte y coordinar el transporte internacional de mercancías no es tan fácil. Hay que saber cuál es el modo de transporte más apropiado, cuál es el transportador más idóneo, qué ruta escoger, cuál es el embalaje apropiado, cuáles son los fletes que más le convienen, si se debe acudir a la combinación de modos de transporte, etc. Estos son los servicios que típicamente, en el ámbito internacional, presta el agente de carga, a quien se conoce en el derecho anglosajón como un “freight forwarder”.

El agente de carga típico, o freight forwarder, es definido por De Wit, en los siguientes términos: *“Un freight forwarder [agente de carga] no es un transportador, sino una persona auxiliar, un intermediario profesional entre los intereses de la carga y el transportador, quien coordina y organiza el transporte de cosas desde el origen hasta*

el destino, pero que no se obliga a transportar él mismo y no acepta responsabilidad como transportador".¹⁰

El agente de carga como transportador

¿El agente de carga debe ser considerado como un transportador? O quizá replanteando la pregunta, ¿cuando podemos considerar que el agente de carga es un transportador? Aunque suene a verdad de Perogrullo, a nuestro juicio el agente de carga debe ser considerado como un transportador *cuando actúe como transportador*. Y eso sí está definido en la ley. El artículo 981 del Código de Comercio dice que el transportador es la persona que se obliga a nombre propio y por su propia cuenta a conducir mercancías de un lugar a otro y entregarlas al destinatario, en el mismo estado en que las recibió¹¹.

En realidad, la definición del contrato del transporte y del transportador es mucho más compleja, tiene otros elementos que no hemos mencionado, por cuanto simplemente pretendemos limitarnos a lo que es la esencia del transportador: *la actividad de conducción o desplazamiento de mercancías de un lugar a otro, con la obligación de custodia sobre las mismas*. El remitente entrega al transportador la custodia de sus mercancías, porque el transportador se obliga a conducir las y a entregarlas a su destinatario en el mismo estado en que las recibió. Esto último, es decir, entregarlas en el mismo estado en que las recibió, implica que el transportador debe cuidarlas durante el transporte. Es decir, que el transportador tiene una obligación de custodia sobre las mercancías.

Según la Ley 336 de 1996¹², para ser transportador en Colombia se requiere de una habilitación y de un permiso de operación del Estado, otorgado por la autoridad competente, que puede ser el Ministerio de Transporte, la Aeronáutica Civil o la Dirección General Marítima, según el caso; pero necesita de todas maneras de una licencia o autorización estatal, que la citada ley denomina habilitación y permiso de operación del transportador.

Afirmar que el agente de carga es un transportador, y que deberá ser considerado como un transportador, cuando asume frente a su cliente la obligación de transportar las mercancías, puede resultar muy obvio, pero puede suceder que tal hecho – en la práctica -, se preste a confusión. Por ejemplo, si un agente de carga se anuncia al público como un transportador, a través de su papelería, de sus tarjetas, de su publicidad, lo más probable es que la persona que acuda a sus servicios lo haga bajo la convicción de que realmente está tratando con un transportador y no con un agente, es decir, con un mandatario o intermediario. Al anunciarse como transportador, el mensaje que el agente de carga transmite a sus clientes es que se responsabiliza por sus mercancías, que las va a transportar y que asume la obligación de custodia sobre ellas. En otros casos, el agente de carga en forma deliberada decide actuar como un verdadero transportador y asumir la obligación de conducción y custodia de las mercancías, aunque cumpla tal compromiso subcontratando a otro u otros

¹⁰ DE WIT, op. cit., p. 19. Traducción Libre.

¹¹ Ver definición del art. 981, junto con lo dispuesto por el art. 982, ambos del C. de Co. Col.

¹² Ley 336 de 1996, por la cual se expide el Estatuto Nacional del Transporte. Esta ley contiene los requisitos que debe cumplir toda persona o empresa que pretenda prestar servicios de transporte de mercancías, de pasajeros o mixto, en sus diferentes modalidades. Ha sido reglamentada por distintos decretos, relacionados con cada modo de transporte.

transportadores, pero bajo su propia responsabilidad.¹³ A continuación estudiaremos ambas posibilidades.

El Agente de Carga considerado como transportador. La Teoría de la Apariencia

Mencionábamos anteriormente el caso de aquellos agentes de carga que, a pesar de no tener la intención de actuar como transportadores, aparecen ante sus clientes como tales y reflejan ante ellos – casi siempre de buena fe -, la falsa impresión de que están tratando con la persona que se encargará de conducir y cuidar sus mercancías, y no con un intermediario entre dicho cliente – remitente o destinatario -, y el verdadero transportador. En estos casos, la jurisprudencia y la doctrina internacional han establecido que esta actitud del citado agente que aparenta ser un transportador, y no aclara su verdadero rol frente a sus clientes, puede acarrear la consecuencia de que, a pesar de no ser realmente el transportador, deba asumir la responsabilidad de éste¹⁴.

La Teoría de la Apariencia. Formulación General

La aplicación de la teoría de la apariencia en el derecho, consiste en otorgar un respaldo o tutela jurídica a la cara visible u ostensible de una determinada situación con fundamento en la posibilidad que tiene ésta de ser conocida por los terceros, así en el trasfondo se esconda una situación de características diferentes u opuestas.

De esta forma, en un principio se dio aplicación a esta figura con base en que quien daba lugar a que se generara una creencia equivocada sobre determinada situación jurídica, incurría con esta conducta poco diligente en una culpa generadora de la consecuente responsabilidad civil, esquema jurídico bajo el cual el ordenamiento se amparaba para tutelar la situación de hecho, desde la perspectiva de la indemnización, por cuanto que se indujo a error a los terceros que desconocían la verdad sobre dicha situación jurídica y que se confiaron en la fase visible o pública de la misma.

A manera de ejemplo, cabe resaltar que fue precisamente bajo el influjo de esta teoría que se consagró la disposición contenida en el inciso tercero del artículo 640 del Código de Comercio Colombiano. Esta preceptiva señala que quien habiendo dado lugar, con hechos positivos u omisiones graves a que se crea, conforme a los usos del comercio, que un tercero está facultado para suscribir títulos en su nombre, no podrá oponer la excepción de falta de representación en el suscriptor, situación esta, en donde una vez más el ordenamiento mismo protege al tercero que con fundadas creencias y habiendo obrado con diligencia confía en una situación ostensible y que cree que es legítima con base en aquello que le es permitido conocer.

Como consecuencia de la evolución de la teoría, se empezó a sostener que en algunos casos no era necesario que la conducta del titular del derecho se encontrara viciada de culpa¹⁵, dándole de esta manera un énfasis casi exclusivo a la creencia

¹³ Art. 984, C. de Co. Col.

¹⁴ En cuanto a jurisprudencia nacional, ver nota de pie de página No. 8. En cuanto a jurisprudencia internacional, cfr. GLASS, D., op. cit., p. 70 y ss; y DE WIT, R.; op. cit., p. 19 y ss; ambos autores citan jurisprudencia internacional en la que se ha decidido que un agente de carga ("freight forwarder") actuó como principal, es decir, se obligó como transportador, y no como agente o intermediario en la contratación del transporte.

¹⁵ La Corte de Casación Francesa en sentencias del 13 de Diciembre de 1962 y 30 de noviembre de 1975 consideró que no era necesario que en el caso del mandato aparente el mandante hubiese cometido culpa alguna para que se considerara la existencia de la figura. Sobre este punto ver los comentarios de

justificada que tenían los terceros que confiaron en la aparente veracidad de una situación fáctica en la que del examen en conjunto de los hechos públicos constitutivos de la misma, se desprendía cierta confianza de legitimidad.

Cabe resaltar que para Demogue¹⁶ esta teoría - que se debería ver como independiente de las relaciones derivadas de la aplicación de las reglas de la responsabilidad civil -, tiene como fundamento de su aplicación la necesidad imperante que existe en el tráfico comercial de dotar de seguridad las relaciones jurídicas. En este orden de ideas, explica el profesor en comentario que tutelar al verdadero titular del derecho que no era diligente en la ejecución y protección del mismo, implicaba darle primacía a lo que él denomino como “seguridad estática”, al paso que las necesidades del tráfico jurídico demandan que se pueda dar cierto valor jurídico a la situación ostensible que es dada a conocer al público en general en beneficio de la economía y celeridad que el mismo tráfico demanda, situación esta que para Demogue recibe el nombre de “seguridad dinámica”, la cual exige tutela jurídica, ya no como una forma de indemnización de carácter particular, sino bajo la óptica de la protección de un interés general de la sociedad.

En Colombia, a partir del artículo 231 de la Constitución Política de 1991, los principios generales del derecho se encuentran consagrados como mecanismos auxiliares de interpretación para el ejercicio de la actividad judicial, mediante los cuales de manera supletiva pueden resultar aplicables en algunos casos ciertas pautas generales del derecho para resolver el caso concreto, situación prevista también en el artículo 8° de la Ley 153 de 1987 para ser aplicados cuando no haya ley exactamente aplicable al caso y adicionalmente no haya leyes que regulen casos y materias semejantes; e igualmente contemplados en el artículo 7° del Código de Comercio en calidad de fuente supletiva del derecho comercial.

Dentro de estos principios generales del derecho se encuentra incluido el que ha sido denominado como “buena fe exenta de culpa (*error communis facit ius*)”. Esta máxima, que en buena medida ha venido siendo aplicada en Colombia por la jurisprudencia para darle legitimidad a situaciones manifiestas, ha buscado proteger a quien confiado en lo ostensible y lejos de toda negligencia o culpa, creyó estar amparado por una determinada tutela judicial y que, siendo que tal error fue inevitable, termina en la práctica generando condiciones de paridad frente a la realidad misma y por tanto frente a su protección jurídica, incluso en detrimento del principio de autoridad de la ley, fundándose en la prevalencia del interés general.

De esta forma, queda visto como con esta teoría se busca proteger prioritariamente, no a quien amparado en la ley pretende sacar provecho del error del otro, sino a quien no obstante encontrarse en error y no tener el respaldo de la verdad teórica, ostenta una condición de buena fe especial libre de toda culpa que lo hace merecedor de la tutela jurídica.

Independientemente de si actualmente puede tener cabida la protección de las situaciones ostensibles, lo cierto es que se han creado por la doctrina y la jurisprudencia algunos criterios que buscan servir de guías para que el intérprete pueda saber en que casos puede tener lugar la aplicación de la figura.

SUESCÚN MELO, Jorge. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo, Cámara de Comercio de Bogotá, 1996, Bogotá, p. 110.

¹⁶ Demogue; Les Notions Fondamentales du Droit Privé-, essai critique, Paris. 1911, p. 71, citado por SUESCÚN MELO, Jorge. Op. Cit., p. 111 y ss.

Así, para el profesor Demogue es necesario distinguir dos escenarios que en la práctica se pueden presentar cuando se va a aplicar la máxima, a saber: el primero, en donde con su aplicación no se causa lesión a nadie, caso en el cual debería dársele ejecución sin discusión; y el segundo, cuando por el contrario, su aplicación conlleva la lesión de un interés jurídico amparado en la realidad oculta, caso en el cual su aplicación no puede resultar procedente en todos los casos.

Sobre este punto, cabe añadir que la doctrina y la jurisprudencia han señalado cuáles son los requisitos mínimos necesarios para que se pueda dar aplicación a la teoría¹⁷, de la siguiente forma:

1. Que se trate de un error generalizado, esto es, no universal pero si colectivo.¹⁸
2. Que el error haya sido invencible, esto es que hasta los hombres más cuidadosos y diligentes lo habrían cometido.
3. Que quien invoca la máxima sea de aquellos que se equivocaron, pues si conociera la verdad no sería de buena fe.

Con ocasión de la aplicación de la teoría objeto de estudio, surge de la nada una realidad jurídica con la consecuente generación de derechos subjetivos protegidos, por lo que para que tal fenómeno tenga lugar, se hace necesario no sólo que se cuente con la existencia de la buena fe común, por cuanto no bastaría con el empleo de aquella conducta leal y honesta que las personas deben tener en su interacción con los demás miembros de la sociedad al interior de la sociedad, sino que adicionalmente sería necesario tener la conciencia y aún más, la certeza, de estar obrando de esa manera.¹⁹

Para el doctor Jorge Suescún Melo²⁰ dos elementos constitutivos debe reunir la teoría de la apariencia: de un lado, debe existir un elemento material, esto es, la situación de hecho aparente, compuesta por un conjunto de circunstancias, por lo general con vigencia durante un cierto tiempo, de tal manera que para los terceros sea reveladora de una situación de derecho sin necesidad de mayores indagaciones y, de otra parte, debe confluir la existencia de un elemento psicológico consistente en la creencia equivocada respecto de la realidad de derecho que era desconocida de buena fe, pero además es necesario que el error sea cuando menos legítimo, dependiendo de los casos.

Recientemente, con el ánimo de flexibilizar un poco la utilización de la teoría de la apariencia, ha venido surgiendo una nueva variante del error creador de derecho, conocida como la *teoría del error legítimo*, en donde a diferencia de la teoría general del error creador de derecho, de una parte, ya no se enfoca en el error común sino en el individual, es decir, no se mira si fue la masa la que se equivocó, sino si una persona tenía buenas y justificadas razones para equivocarse, lo cual convierte su

¹⁷ Al respecto ver CAÑÓN RAMÍREZ, Pedro Alejandro. Derecho Civil Tomo I Volumen I. Parte General y Personas. Segunda Edición. Editorial A.B.C. Año 2002, p. 201.

¹⁸ En igual sentido ver sentencia del 3 de agosto de 1983 Corte Suprema de Justicia Sala Civil G.J. t.CLXVII pág. 151).

¹⁹ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil Sentencia de 23 de junio de 1958 G.J. t. LXXXVIII página 233).

²⁰ SUESCÚN MELO, Jorge. Op. Cit., p. 131.

error en legítimo²¹; y de otra parte, no se requiere que haya habido imposibilidad de descubrir el error, por el contrario, lo que se debe mirar es si las investigaciones que hubiera tenido que adelantar para percatarse de la realidad se habrían salido de la diligencia que le era exigible al sujeto.

La Teoría de la Apariencia. Aplicación al Agente de Carga

La primera posibilidad de que un agente de carga sea calificado como un transportador, sin serlo realmente, deviene de la aplicación de la teoría de la apariencia en la formación de la relación con su cliente y en el desarrollo de su intervención en el transporte de las mercancías.

Antes de analizar los distintos casos de aplicación de esta teoría al agente de carga, estimamos muy ilustrativo el comentario de Glass sobre la evolución de los servicios que prestan los agentes de carga, hasta confundirse con servicios de transporte. En tal sentido, el mencionado autor dice: *“Por muchos años los agentes se han involucrado en la consolidación de despachos de varios remitentes en un solo cargamento [consolidado] para tomar ventaja de las tarifas por volumen o los descuentos ofrecidos por los transportadores. Ellos [los agentes de carga] frecuentemente contratan con el transportador en su propio nombre, recibiendo de su parte el respectivo documento de transporte y, a su vez, emitiendo su propio documento, tal como un “conocimiento de embarque hijo”²² al cliente como un recibo. Tal servicio de “agrupamiento” [consolidación], prestado por el agente, bien puede ser usado por un importador como un método conveniente para obtener entregas de una variedad de exportadores. Los arreglos de “agrupamiento” [consolidación] han recibido mucho ímpetu en años recientes con el advenimiento de la contenedorización. Los agentes también proveen frecuentemente servicios como el empaque de bienes listos para ser exportados, almacenamiento, y la recogida y entrega de los bienes desde y hacia el puerto o aeropuerto, etc. Algunos agentes incluso proveen servicios de transporte bajo itinerario y, cuando así lo hacen, es imposible distinguirlos de los transportadores (...). Sin embargo, cuando el transporte es por mar o por aire es muy raro que los agentes realmente sean los propietarios del buque o la aeronave donde son transportados los bienes”*.²³

En principio, la diferencia entre un transportador y un agente de carga es sencilla: el transportador se obliga a transportar mercancías, mientras que el agente de carga se obliga a coordinar el transporte de esas mercancías, para lo cual normalmente actúa como mandatario del remitente o del consignatario de las mismas. Sin embargo, como afirma De Wit, *“algunos agentes tienden a crear la impresión de que están actuando como transportadores, mientras que realmente solo están actuando en su papel tradicional de intermediarios. Por ejemplo, el agente de carga puede cobrar una suma fija por el transporte, sugiriendo así, quizá involuntariamente, que él ejecutará el transporte por sí mismo, en lugar de cobrar un porcentaje sobre la totalidad del flete, cuyo monto debería ser informado al remitente o destinatario”*.²⁴

En Derecho Colombiano, el artículo 984 del C. de Co. dispone lo siguiente:

²¹ ARRIGHI, E. Apparence et réalité en Droit Prive. 1974, No. 218, citado por SUESCÚN MELO, Jorge. Op. Cit., p. 118.

²² *“No es un verdadero conocimiento de embarque por cuanto el “forwarder” [agente de carga] sólo acepta responsabilidad como un intermediario (...)”*. Pie de página del pasaje citado en el libro de Glass, Op. Cit., p. 71, pié de página 6. Traducción libre.

²³ GLASS, Op. Cit., pp. 70, 71. Traducción libre.

²⁴ DE WIT, op. cit., p. 20. Traducción libre.

“Salvo lo dispuesto en normas especiales, el transporte deberá ser contratado con transportadores autorizados, quienes podrán encargarse de la conducción, en todo o en parte a terceros, pero bajo su responsabilidad, y sin que por ello se entiendan modificadas las condiciones del contrato.

La infracción a lo dispuesto en este artículo dará lugar a la imposición de las sanciones administrativas pertinentes”.

Esta norma nos plantea dos interrogantes sobre el tema objeto de este trabajo, a saber: (i) ¿El hecho de que un agente de carga no cuente con la debida autorización estatal para prestar servicios de transporte, le impide ser calificado y juzgado como transportador? Y (ii) ¿cuáles son las consecuencias de contratar el transporte con un transportador “no autorizado”?

En cuanto al primer interrogante, consideramos que si un agente de carga ofrece realmente – o brinda la apariencia de estar ofreciendo – un servicio de transporte a su cliente, y no un servicio de agenciamento de carga propiamente dicho, posteriormente no podría excusar su responsabilidad por el incumplimiento del contrato de transporte bajo el argumento de no ser un “transportador autorizado”, como lo exige el artículo 984 del C. de Co. Col.²⁵. Esto por aplicación, en primer lugar, del principio general del derecho según el cual nadie puede alegar su propia culpa como defensa²⁶. Y en segundo lugar, por la aplicación de la misma teoría de la apariencia, antes formulada, que precisamente busca proteger, en este caso concreto, al cliente del agente de carga que es inducido por éste, voluntaria o involuntariamente, a creer que está tratando con un verdadero transportador y no con un intermediario del transporte.

Y sobre la segunda inquietud planteada alrededor del contenido del artículo 984 del C. de Co. Col., consideramos que las consecuencias de la contratación del transporte por parte de un transportador “no autorizado”, están previstas en el inciso segundo de la misma norma, que dispone que su incumplimiento dará lugar a la aplicación de *“las sanciones administrativas pertinentes”*. Y esas sanciones administrativas, bajo la legislación colombiana, no son otras que las previstas en la misma Ley 336 de 1996, en concordancia con lo establecido en la Ley 105 de 1993²⁷.

Podemos concluir, en forma preliminar, que la ausencia de la habilitación y el permiso de operación, requeridos por la ley para prestar el servicio transporte público, no es óbice para que un agente de carga pueda ser considerado como un transportador.

²⁵ Es decir, no contar con la habilitación y el permiso de operación para prestar servicio público de transporte exigido por la Ley 336 de 1996 y los decretos reglamentarios, según el modo de transporte que corresponda. Y en el caso del transporte multimodal, no contar con el registro ante el Ministerio de Transporte exigido por las Decisiones 331 y 393 del Acuerdo de Cartagena y por el Decreto 149 de 1999.

²⁶ *“Non auditur propriam allegans turpitudinem”* (“No es oído el que alega una torpeza propia”); MANS PUIGARNAU, Jaime M. Los Principios Generales del Derecho, Repertorio de Reglas, Máximas y Aforismos Jurídicos, Ed. Bosch, Barcelona, 1957, p. 120. Sobre la aplicación de este principio ver, entre otras, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de Junio 23 de 1958.

²⁷ En efecto, el art. 9º de la Ley 105 de 1993 establece que las infracciones a las normas que regulan la prestación del servicio de transporte son: Amonestación; Multas; suspensión de matrículas, licencias, registros o permisos de operación; cancelación de matrículas, licencias, registros o permisos de operación; suspensión o cancelación de la licencia de funcionamiento de la empresa transportadora; e inmovilización o retención de vehículos. Las multas a que se refiere esta norma fueron fijadas en el artículo 46 de la Ley 336 de 1996 en un rango de 1 a 2000 salarios mínimos mensuales. Los artículos 44 y siguientes de la misma Ley 336 de 1996 señala los criterios de graduación que deben aplicarse al imponer las sanciones.

Por lo tanto, ante un cuestionamiento sobre la eventual responsabilidad de un agente de carga por el incumplimiento de un contrato de transporte celebrado mediante su participación, es preciso plantearse si en realidad dicho agente actuó como un intermediario (léase mandatario), o si actuó como un transportador que, a la luz del artículo 984 del C. de Co. Col, subcontrató la ejecución del transporte, pero bajo su propia responsabilidad. Y es aquí donde entra en juego la teoría de la apariencia, para determinar si, bajo las circunstancias de cada caso en particular, es posible afirmar que el agente de carga en cuestión debe ser considerado como un intermediario en la contratación del transporte, o por el contrario, como un transportador, sin realmente serlo.

Para este propósito, nos proponemos formular algunos criterios para distinguir los casos en que el agente de carga debe ser considerado como un intermediario en la contratación del transporte, de aquellos en que debe ser calificado como un transportador. Para ello nos basaremos en los criterios aplicados por la jurisprudencia internacional y recopilados por doctrinantes extranjeros, debido a que contamos con muy escasa jurisprudencia colombiana sobre el tema.

Criterios para distinguir a un agente de carga de un transportador

1. Ejecución del transporte

A nuestro juicio, si el agente de carga ejecuta por sí mismo el transporte de las mercancías, bien sea en vehículos propios, arrendados, fletados, o de alguna manera bajo su directo control, no debe existir duda acerca de que dicho agente de carga, en realidad, está actuando como un verdadero transportador y debe ser juzgado como tal.²⁸ Como ejemplo, podemos citar el frecuente caso del servicio de recogida y entrega urbana de las mercancías (“pick-up and delivery”), que describiremos más adelante.

Pero aparte del ejemplo citado, sostenemos que en cualquier evento en que el agente de carga, de hecho, ejecute directamente el transporte de las mercancías, y por ende, tenga la custodia de las mismas, deberá ser considerado como un verdadero transportador.

2. Subcontratación del transporte

Si el agente de carga no actúa como un intermediario entre el remitente o consignatario y el transportador, sino que subcontrata el transporte encomendado en su propio nombre, consideramos que debe ser catalogado bien sea como un transportador²⁹ o como un comisionista de transporte³⁰. En ambos eventos su responsabilidad civil será la de un transportador.³¹

En nuestra opinión, y como lo explicaremos adelante, resulta esencial para la calificación de un agente de carga propiamente dicho, que actúe como un

²⁸ En el mismo sentido, GLASS, Op. Cit., p. 72, pié de página No. 17.

²⁹ Art. 984 C. de Co. Col.

³⁰ Art. 1312 C. de Co. Col.

³¹ Como veremos más adelante, bajo la legislación colombiana el comisionista de transporte tiene los mismos derechos y adquiere las mismas responsabilidades del transportador, por mandato expreso del art. 1313 del C. de Co. Col.

mandatario con representación de su cliente (remitente o destinatario) en la celebración del contrato de transporte. De lo contrario, corre el riesgo de ser considerado, bien como un transportador o como un comisionista de transporte³².

Será calificado como un transportador, cuando celebre el contrato de transporte respectivo, en su propio nombre y por su cuenta, a pesar de que la mercancía no sea de su propiedad.³³ En tal caso, se le aplicará lo dispuesto por el artículo 984 del C. de Co. Col., en el sentido de que el transportador puede encargar total o parcialmente la ejecución del transporte a terceros³⁴, pero bajo su responsabilidad. En este caso, el agente de carga que actúa de esa manera será considerado como el “transportador contractual”, mientras que el tercero subcontratado será el “transportador efectivo”.³⁵

Por el contrario, el agente de carga que celebre el contrato de transporte en su propio nombre, pero por cuenta ajena (de su cliente), será considerado, al menos bajo la legislación colombiana, como un comisionista de transporte. En efecto, el artículo 1312 del C. de Co. Col. define el contrato de comisión de transporte como *“aquel por el cual una persona se obliga, en su nombre, y por cuenta ajena, a contratar y hacer ejecutar el transporte o conducción de una persona o de una cosa y las operaciones conexas a que haya lugar”*. En palabras de Tamayo Jaramillo, *“el comisionista de transporte celebra en su propio nombre el contrato de transporte que le ha sido encomendado por el comitente”*.³⁶

Y esa es la diferencia esencial entre el comisionista de transporte y el agente de carga: éste actúa como un mandatario con representación de su cliente (remitente) en la celebración del contrato de transporte, mientras que el comisionista de transporte no actúa en representación de su cliente, sino que celebra el contrato de transporte en su propio nombre, es decir, él es el remitente.

Por tal motivo, en los documentos de transporte (remesas terrestres de carga, guías aéreas, conocimientos de embarque y documentos de transporte multimodal), que se expiden en ejecución de un contrato celebrado por intermedio de un agente de carga, su nombre aparece en la casilla correspondiente al remitente (“shipper”), pero siempre seguido de las palabras “como agente” (“as agent”). Esta indicación señala que su intervención en el contrato de transporte es la de un intermediario, y que está celebrando el contrato como mandatario con representación de su cliente (o de sus clientes, cuando se trata de un cargamento consolidado).

3. Condiciones contractuales

³² Lo mismo que si se presenta ante el remitente como un transportador.

³³ Para ser remitente, y por ende, parte de un contrato de transporte, no es necesario ser el propietario de la mercancía transportada. Ver TAMAYO JARAMILLO, Javier; Op. Cit., p. 220.

³⁴ Es decir, a otros transportadores que no son parte del contrato.

³⁵ La distinción entre “transportador contractual” y “transportador efectivo” proviene de algunos convenios internacionales que regulan el transporte aéreo y marítimo de mercancías, como es el caso del Convenio de Varsovia de 1929 (transporte aéreo), cuya modificación contenida en el Convenio de Guadalajara de 1961 regula, precisamente, la responsabilidad del transportador contractual y del transportador efectivo. Y en cuanto al transporte marítimo, las Reglas de Hamburgo (Convenio de las Naciones Unidas sobre el transporte marítimo de mercancías firmado en 1978), también contiene disposiciones específicas sobre la responsabilidad del transportador contractual y el transportador efectivo. Sobre el transportador contractual y el transportador efectivo, ver TAMAYO JARAMILLO, Javier; Op. Cit., pp. 89 y ss.

³⁶ TAMAYO JARAMILLO, Javier; Op. Cit., p. 223.

La existencia de un contrato en el que el agente de carga estipule frente a su cliente, de manera clara y precisa, su condición de intermediario en la celebración del contrato o contratos de transporte, y del hecho que no acepta responsabilidad como transportador, sino como mandatario con representación, no deja duda acerca de la calificación del agente de carga como tal, siempre que en la ejecución de sus obligaciones sea consistente con lo establecido en sus condiciones contractuales.

En palabras de Glass, *“si en el contrato es expresamente establecido que el agente acuerda actuar únicamente como un intermediario, habrá muy pocas dudas al respecto”*.³⁷ Sin embargo, como advierte el mismo autor, los contratos no siempre son tan claros e, incluso, en algunas ocasiones hay cláusulas que autorizan al agente de carga para actuar como intermediario (mandatario con representación) de su cliente, y otras que prevén su actuación como prestador directo de otros servicios, bien sea de transporte o conexos al transporte. Por ejemplo, en muchos casos el agente de carga ejecuta directamente el servicio de acarreo urbano (“pick-up and delivery”) – respecto del cual será un transportador -, pero actúa como intermediario en la contratación del transporte internacional. Todo ello dentro de una misma operación de transporte de origen a destino. No obstante, a nuestro juicio, las dos situaciones no son incompatibles, y unas claras condiciones contractuales bien pueden definir en qué casos el agente presta directamente un servicio de transporte y cuándo actúa como intermediario.

En todo caso, lo estipulado en el contrato debe ser coherente con la actuación del agente en el desempeño de sus funciones en la operación logística del transporte en cuya coordinación y gestión interviene.

4. Lenguaje usado durante las negociaciones

Ahora bien, es muy frecuente que los agentes de carga no cuenten con unas condiciones contractuales escritas que regulen las relaciones con sus clientes. Esto no implica que no exista un contrato entre el agente y sus clientes, sino que éste no es escrito, o por lo menos no se encuentra contenido en un documento que establezca en forma clara las obligaciones y la responsabilidad del agente. En tal evento, es necesario deducir las condiciones contractuales a partir de los documentos que hayan intercambiado el agente y sus clientes en el curso de las negociaciones y en la ejecución misma de la operación, con el fin de averiguar la verdadera intención de las partes al celebrar un acuerdo de voluntades respecto del transporte de unas específicas mercancías.

En este propósito resulta de especial importancia analizar el lenguaje utilizado durante las negociaciones, para lo cual habrá que revisar los términos de las cotizaciones u ofertas de servicios, formularios de solicitud de servicios, notas de reserva y demás comunicaciones entre las partes. Del mismo modo, será necesario revisar el contenido de los recibos expedidos por el agente, de los documentos de transporte expedidos durante la ejecución de la operación, de los documentos diligenciados ante los terminales marítimos, depósitos de mercancías, autoridades aduaneras, etc.

³⁷ GLASS, op. cit., p. 73. Traducción Libre.

En el curso de este análisis habrá que preguntarse si, conforme al lenguaje utilizado, el agente se obligó “a transportar”, o si por el contrario, se obligó “a coordinar el transporte”, que es diferente. Del mismo modo, habrá que estudiar si el agente, en desarrollo de sus funciones, fue consistente en su papel de intermediario (mandatario con representación), y en especial, si al celebrar el contrato o los contratos de transporte, puso de manifiesto frente al transportador o los transportadores, que actuaba en tal condición de intermediario.

Teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada operación de transporte, y la creciente variedad y complejidad de los servicios conexos al mismo, cada caso concreto deberá ser estudiado con detenimiento, para así concluir si se está frente a un contrato de agenciamiento de carga, o bien frente a un contrato de transporte.

5. Relaciones anteriores con el cliente

Frente a la existencia de un contrato entre el agente de carga y su cliente – bien sea verbal o escrito -, que contenga cualquier cláusula o condición expresa o implícita en las distintas comunicaciones intercambiadas entre las partes, estimamos que resulta aplicable el principio de interpretación de los contratos según el cual para determinar el verdadero sentido de un acuerdo de voluntades es posible acudir a otros contratos celebrados anteriormente entre las mismas partes y sobre la misma materia.³⁸

En consecuencia, siempre resultará útil analizar las relaciones que previamente hayan sostenido el agente de carga y su cliente, para investigar la verdadera naturaleza jurídica de su relación comercial.

6. Facturación de servicios

Un factor que genera polémica al establecer si un agente de carga ha actuado respecto de una operación como transportador o como intermediario, es la forma en que cobra y factura sus servicios.

Tradicionalmente, el agente de carga o “freight forwarder” actuaba únicamente como intermediario entre el remitente y el transportador en la celebración del contrato de transporte, y su remuneración consistía en un porcentaje sobre el valor del flete, a título de comisión. Sin embargo, cada vez con más frecuencia los agentes de carga se involucraron en operaciones de consolidación de despachos de varios remitentes en un solo cargamento, de manera que podían tomar ventaja de las menores tarifas de fletes que los transportadores cobran por cargamentos de mayor volumen, o de un volumen estándar. La consolidación de mercancías se incrementó rápidamente con el uso de contenedores.³⁹ Este hecho implica que, muy comúnmente, el agente de carga cobra a cada remitente de un pequeño despacho una tarifa distinta – y más alta -, a la que correspondería proporcionalmente a dicho despacho en el flete total que aplica el transportador por un cargamento de mayor volumen. El ejemplo típico es el de las tarifas aplicables a los contenedores. El agente, de este modo, obtiene una ganancia por la diferencia entre los citados fletes, en lugar de obtener su remuneración en forma de una comisión sobre el flete que cobra el transportador.

³⁸ Art. 1622, inciso 2°, C. Civ. Col.

³⁹ Cfr. GLASS, op. cit., pp. 71 – 71.

Para poder lograr este propósito, desde el punto de vista comercial es lógico que el agente de carga no comunique a sus clientes el verdadero valor de las tarifas que obtiene de parte de los transportadores, ya que no está trasladando ese beneficio a sus clientes.

Esto representa un importante cambio en la forma de remuneración del agente, que en algunos países ha implicado diferencias de interpretación en cuanto al verdadero papel del agente. En palabras de De Wit, *“Los agentes de carga [freight forwarders], como intermediarios, tradicionalmente cobran a sus clientes una comisión basada en el costo total de los contratos celebrados por él en representación de sus clientes. Sin embargo, si un cobro total por la operación es acordado, creando la impresión de que se está cobrando un flete, la conclusión puede ser que el agente actuó como un principal”*⁴⁰.⁴¹

Sin embargo, este criterio no es generalmente aplicado en todos los países que cuentan con jurisprudencia sobre la materia. En efecto, en Bélgica un agente que cobre y facture a sus clientes una tarifa global y única por el transporte de los bienes de su cliente, será considerado como un transportador. Mientras que en países como Alemania y Holanda, este factor es totalmente irrelevante.⁴²

La situación puede ser aún más confusa si se tiene en cuenta que, en muchas ocasiones, el agente de carga obtiene remuneración tanto de parte de su cliente (el remitente de la carga), como del transportador contratado por su intermedio.⁴³

En realidad, el agente de carga en tiempos actuales recibe remuneración en diferentes maneras, las cuales podemos resumir de la siguiente manera:

- Por la diferencia entre las tarifas de fletes de unidades estándar de carga (contenedores, pallets, etc.) y las tarifas de despachos simples o pequeños, como quedó explicado antes.
- Como una comisión, calculada mediante un porcentaje sobre el valor de los fletes cobrados por el transportador.
- Como un honorario fijo, calculado sobre el valor o el volumen de la carga, cobrado al remitente.
- Como un honorario por el trámite y diligenciamiento de documentos (“documentation fee”).
- Como remuneración por servicios prestados directamente por él, y no como intermediario, tales como almacenaje, empaque, embalaje, e incluso, transporte.⁴⁴

⁴⁰ Léase “en su propio nombre”, o mejor ya para nuestros efectos, “como un transportador”.

⁴¹ DE WIT, op. cit., p. 25. En igual sentido, Glass, op. cit. 73.

⁴² DE WIT, op. cit., p. 25.

⁴³ Cfr. SCHOENBAUM, Thomas; Admiralty and Maritime Law; Hornbook Series, West Group, 2nd edition, St. Paul, USA, 1994, p. 494.

⁴⁴ Como el citado caso del “pick-up and delivery”.

De todas las anteriores formas de remuneración, la que más dificultades ofrece para calificar jurídicamente el verdadero rol del agente de carga es la remuneración proveniente de la diferencia entre las tarifas de fletes por cargamentos consolidados, frente a la tarifa que resultaría aplicable a cada despacho individual. En la medida en que, por razones comerciales, el agente no informa a sus clientes del valor de las tarifas que obtiene del transportador por el despacho consolidado, este hecho aislado podría conducir a la calificación del agente como un transportador que subcontrata la ejecución del transporte.

Sin embargo, sostenemos que este hecho, por sí mismo, no debe ser definitivo para arribar a tal conclusión. En palabras de un agente de carga, en materia de contratación del transporte, su negocio consiste en “la compra de fletes al por mayor y su venta al por menor”. Esta expresión, de contenido comercial y no jurídico es, a nuestro juicio, ilustrativa sobre la verdadera función del agente de carga en la gestión del transporte de mercancías. En efecto, sin su intervención, el remitente de la carga no tendría posibilidad de acceder a las tarifas reducidas que por despachos consolidados o de volúmenes estándar ofrecen los transportadores. Lo que hace el agente de carga es, precisamente, acudir a servicios de consolidación de mercancías – en la mayoría de los casos mediante la utilización de contenedores -, para poder ofrecer a los remitentes de pequeños despachos, la posibilidad de beneficiarse de tarifas más reducidas que las que le resultarían aplicables si acudiera al transporte de su despacho en forma individual.

En efecto, cuando un remitente quiere realizar un envío de un paquete de pequeño volumen o de peso reducido, es decir, un paquete que oscile entre 2 Kgrs. y 50 Kgrs., en forma individual, los servicios que encuentra disponibles en el mercado son los de “paqueteo” o los de “transporte expreso” de carga liviana. Estos servicios son más costosos que los servicios de transporte de carga normal u ordinaria, por cuanto normalmente el “paqueteo” y el “transporte expreso” de carga liviana se movilizan por vía aérea – al menos en el trayecto internacional -, y son sometidos a procesos logísticos especiales que garantizan la entrega de cada despacho en forma rápida y algunas veces personalizada.

Por el contrario, cuando un despacho de peso y/o volumen reducidos no requiere de un servicio de transporte con las características de urgencia antes descritas, puede acudir a los servicios de consolidación que ofrecen los agentes de carga, tanto por vía aérea, como por vía marítima. Se trata de un servicio más económico e igualmente seguro, que constituye una valiosa herramienta logística para los procesos de distribución física internacional de mercancías.

En nuestra opinión, en este caso el servicio que verdaderamente ofrece el agente de carga es el de consolidación, más no el de transporte. Es decir, acudiendo al agente de carga, los remitentes de cada despacho individual pueden acceder a las tarifas reducidas de los servicios de transporte de cargamentos consolidados. El agente lo que hace es, en realidad, organizar la consolidación de los diferentes despachos individuales y contratar el transporte de todo el cargamento consolidado, pero en nombre y por cuenta de los remitentes de cada uno de los despachos individuales. Para este efecto, en el documento de transporte que expide el transportador del despacho consolidado, v. gr., del contenedor, en la casilla correspondiente al remitente (“shipper”) normalmente aparece el nombre del agente de carga, y no los nombres de los remitentes de cada despacho individual que objeto de consolidación. Por efectos prácticos, es apenas lógico que esta sea la costumbre, ya que el reducido espacio de la citada casilla simplemente no

cabrían los nombres de cada uno de los remitentes. Por tal motivo, solamente se inserta el nombre del agente de carga que organizó la consolidación y contrató el servicio de transporte del despacho consolidado. También existe la práctica generalizada de agregar, a continuación del nombre del agente de carga como remitente (“shipper”), la expresión “as agent”, con la cual se indica, precisamente, que el agente de carga aparece como remitente, pero actuando a nombre y por cuenta de otras personas, es decir, de los remitentes de cada uno de los despachos individuales consolidados.

7. Control sobre la operación de transporte

Hemos reiterado en este escrito que el papel tradicional del agente de carga o “freight forwarder” es el de servir de intermediario entre el remitente y el transportador en la contratación del transporte de mercancías. Ello implica que el agente de carga no tenga control alguno sobre la ejecución misma del transporte, operación que desarrolla y controla íntegramente el transportador contratado por su intermedio. Por lo tanto, sostenemos que en la medida en que en una operación particular el agente de carga incida directamente en la ejecución y el control de la operación del transporte, podrá estar desdibujando su papel tradicional e involucrándose más en el rol del transportador.

De este modo, entonces, un criterio adicional para estudiar en cada caso concreto si el agente de carga actuó como tal, o si generó la apariencia de estar actuando como un transportador, será su incidencia real en la ejecución y control de la operación de transporte en cuya contratación intervino.

Este mismo criterio es previsto en la legislación colombiana como factor determinante de la solidaridad pasiva entre las personas que han intervenido en la ejecución del transporte, en relación con la responsabilidad civil por el incumplimiento del contrato. En efecto, el artículo 991 del Código de Comercio Colombiano consagra la responsabilidad solidaria del propietario del vehículo, y de la empresa que contrate y la que conduzca, cuando el transportador contractual no sea ni propietario ni arrendatario del vehículo en que se efectúa el transporte, “o no tenga a otro título el control efectivo de dicho vehículo”. Agrega la norma que “la empresa tiene el control efectivo del vehículo cuando lo administra con facultad de utilizarlo y designar el personal que lo opera, directamente y sin intervención del propietario”.

Esta norma, con muy defectuosa redacción, pretende regular en Colombia la responsabilidad del transportador efectivo, o transportador “de hecho”, aunque en la práctica dejó de prever casos de ocurrencia cotidiana en los que personas diferentes al transportador contractual son quienes realmente ejecutan el transporte.⁴⁵ El análisis del alcance de esta norma escapa al objetivo de este escrito, y sólo la mencionamos para destacar cómo el control efectivo de la operación de transporte – que el texto legal reduce al control efectivo sobre el vehículo en que se ejecuta el transporte –, puede constituir un criterio útil al momento de determinar si el agente de carga actuó como intermediario, o pudo haber rebasado su papel tradicional y haber creado la apariencia de estar actuando como transportador en un caso específico.

⁴⁵ Sobre los problemas de interpretación y aplicación del art. 991 del C. de Co. Col., ver TAMAYO, Op. Cit., p. 93 y ss.

8. Emisión de un documento de transporte

En todos los contratos de transporte de cosas se expide un documento que presta por lo menos las funciones de constituir un recibo de las mercancías transportadas y la prueba de la existencia misma del contrato de transporte.⁴⁶ El agente de carga generalmente participa en la emisión de estos documentos de transporte, en varias formas. En algunas oportunidades firma y expide el documento de transporte a nombre y por cuenta del transportador, como ocurre en el caso de la guía aérea (“*air waybill*”) propia del contrato de transporte aéreo de cosas. Y en otras, aparece mencionado en el documento de transporte como remitente o cargador (“*shipper*”), con o sin la aclaración de que actúa en calidad de agente o intermediario (“*as agent*”).

Sin embargo, la proliferación de servicios de consolidación de mercancías ha generado la práctica de que el agente de carga expida sus propios documentos de transporte, generalmente denominados “conocimientos hijos” (“*house bill of lading*”) en el caso del transporte marítimo, o “guías hijas” (“*house air waybill*”) en el caso del transporte aéreo. Estos documentos pueden ser, en sí mismos, prueba de la existencia de un contrato de transporte diferente al contrato de transporte aéreo evidenciado en la guía aérea “madre” (“*master air waybill*”), o del contrato de transporte marítimo evidenciado en el conocimiento de embarque “madre” (“*master bill of lading*”). En tal caso, el agente de carga que expida esas “guías hijas” o esos “conocimiento hijos”, en realidad está actuando como un transportador, por cuanto está expidiendo, en su propio nombre, un documento que constituye prueba de la existencia de un contrato de transporte. Es el caso, por ejemplo, de los agentes de carga o “freight forwarders” que expiden sus propios documentos de transporte acudiendo al modelo del “FIATA Bill of Lading”⁴⁷, cuyas cláusulas al respaldo consagran un verdadero contrato de transporte.

No obstante, en la práctica internacional existen otros documentos expedidos por los agentes de carga, que no son prueba de la existencia de un contrato de transporte, sino que simplemente son un recibo de mercancías por parte del agente, o bien la prueba de la existencia de un contrato de agenciamiento de carga. Es el caso del “FIATA Certificate of Receipt” o del “FIATA Certificate of Transport”.

Entonces, dependiendo del documento que sea expedido por el agente de carga en su propio nombre, no como intermediario, se podrá analizar si está actuando como un verdadero agente, o bien como un transportador.

⁴⁶ Arts. 1018, 1021, 1022 del C. de Co. Col. en materia del contrato de transporte en general; arts. 1601, 602, 1603, 1635, 1637 del C. de Co. Col. en materia del contrato de transporte marítimo; arts. 1875 y 1877 del C. de Co. Col., en materia del contrato de transporte aéreo nacional. En cuanto al contrato de transporte aéreo internacional, ver art. 11 del Convenio de Varsovia de 1929. En materia del contrato de transporte marítimo internacional, ver art. 3.3 de las Reglas de la Haya – Visby (Convenio de Bruselas de 1924 y Protocolo de Bruselas de 1968) y los arts. 14 – 18 de las Reglas de Hamburgo (Convenio de las Naciones Unidas sobre transporte de cosas por mar de 1978). Y en materia del contrato de transporte multimodal, ver el art. De la Decisión 331 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

⁴⁷ El FIATA Bill of Lading o FBL (Negotiable FIATA Multimodal Transport Bill of Lading) es el documento modelo para el transporte multimodal recomendado por la Federación Internacional de Asociaciones de Agentes de Carga, FIATA por sus sigla en inglés (International Federation of Freight Forwarders Associations).

Conclusiones

A manera de conclusión, nos permitimos hacer los siguientes comentarios:

- Los intermediarios de transporte, y en particular el agente de carga, desempeñan un importante papel en la logística de distribución física internacional de mercancías, al constituir un enlace efectivo y benéfico para las partes de un contrato de transporte (remitente y transportador), en la celebración misma del contrato. El agente de carga presta un conjunto de servicios de importancia para importadores y exportadores, que les facilita el proceso de distribución comercial de sus productos y les permite acceder a servicios y tarifas de transportadores, que de otra manera no estarían a su alcance.
- Sin embargo, desde el punto de vista jurídico es escaso el conocimiento y el estudio del papel de los intermediarios de transporte y, en particular, del agente de carga. A pesar de la existencia de relaciones jurídicas de agenciamiento de carga, la figura del agente de carga y el contrato de agenciamiento de carga carecen de tipicidad legal.
- Esta situación genera interrogantes, y sobretodo, un alto grado de incertidumbre jurídica acerca de la naturaleza jurídica del agente de carga, y principalmente, de su responsabilidad civil.
- En concreto, es preciso analizar las diferencias entre las obligaciones y la responsabilidad de un agente de carga y de un transportador.
- La confusión legal existente alrededor del agente de carga hace que en algunas ocasiones el agente de carga actúe como un verdadero transportador y adquiera obligaciones y responsabilidades consecuentes con este hecho.
- Por tal motivo, se hace necesario acudir a las experiencias del derecho comparado para procurar la formulación de algunos criterios para diferenciar al agente de carga del transportador, con el fin de contar con elementos de juicio para determinar las obligaciones y la responsabilidad civil del agente de carga.