

El principio de confianza legítima de la *lex mercatoria* en el contrato estatal de compraventa¹

The Lex Mercatoria-legitimate expectation principle in State Purchase Agreement

Carolina Romero Burbano²

INTRODUCCIÓN

Con el paso del tiempo la forma de estudiar y comprender el derecho se ha transformado. Aquellas definiciones con las que aprendimos en las clases del pregrado el derecho formal, positivista, interno y controlado por cada Estado, ha cambiado. El derecho de concepciones estáticas e inmodificables ha evolucionado a un derecho dinámico y moderno.

Así, las sociedades se han encontrado con fenómenos cambiantes que han dado origen a una interpretación jurídica diferente, transformadora de los conceptos convencionales del derecho, a los que se les ha denominado de diferentes formas: nuevo orden mundial, mundialización o, el más insinuado, globalización.

1 Artículo de Reflexión. El presente trabajo fue desarrollado en el marco de los cursos regulares del Doctorado en Derecho de la Universidad Santo Tomás de Bogotá y se encuentra vinculado al proyecto de investigación «Las medidas cautelares en el proceso administrativo como instrumentos garantistas en la efectividad de los derechos».

2 Abogada de la Universidad de San Buenaventura de Cali. Especialista en Derecho Administrativo y Comercial de la Universidad del Rosario de Bogotá y en Seguridad Social de la Universidad de San Buenaventura de Cali. Magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda de Bogotá. Candidata a Doctora en Derecho de la Universidad Santo Tomás de Bogotá III Cohorte. Abogada asesora y docente de la Universidad de San Buenaventura de Cali en el área de derecho público. Correo electrónico: carolinaromero81@hotmail.com

En este contexto, los Estados se ven obligados a ceder el espacio de su esfera interna al entorno jurídico internacional, y a implementar un medio jurídico distinto al manejado tradicionalmente. Se habla cada vez de un derecho común, para la solución de los conflictos comerciales y mercantiles de los contratos, caracterizados por la flexibilidad, la eficacia, la eficiencia y la universalidad.

Es sabido que el actual sistema legal de contratación estatal de compraventa no satisface los requerimientos de los actores internacionales del comercio. Estos buscan estructurar una alternativa jurídica que se adecue a sus operaciones y necesidades: la repetición de cláusulas contractuales y la elaboración de contratos tipo, la consolidación de usos y costumbres mercantiles, la utilización del arbitraje internacional en la solución de sus conflictos comerciales, la creación de regulaciones profesionales, y la realización de diversos esfuerzos de armonización y unificación internacional de sus normas están al orden del día.

Cada vez más las tendencias regulativas son enmarcadas en la concepción de la *lex mercatoria* (Afanador, 2009), entendida como el conjunto de principios, reglas, usos e instituciones de derecho mercantil y comercial que poseen una vocación para ser utilizados como un derecho de clase, informal e internacional, regulado jurisdiccionalmente por el arbitraje internacional, que tiene como objetivo flexibilizar las relaciones comerciales entre los Estados en un ambiente de confianza recíproca.

GLOBALIZACIÓN, PLURALISMO JURÍDICO E INTERLEGALIDAD

El marco de la globalización estudiada por la sociología la que propone una multitud de sociedades nacionalmente organizadas que se mueven hacia una única sociedad mundial, en la que la noción de *Estado-nación* con su concepto de soberanía territorial inquebrantable es atravesada por nuevas concepciones de ordenamientos jurídicos que le son ajenas, sin la existencia de un marco político, ideológico, cultural y jurídico que dé coherencia a la gestión global. Se trata de un proceso de globalización que lejos de ser lineal o inequívoco es contradictorio, donde las relaciones sociales parecen «desterritorializarse», donde el derecho no puede entenderse con la idea local conservada por el Estado-nación, y se abre campo a concepciones del derecho moderno como el pluralismo jurídico, como un problema de definición del derecho, objeto de estudio de los juristas; en palabras de Michael Foucault: «El hecho de que muchas cosas sean tópicos, que las pasemos por alto en nuestra vida diaria porque las damos por hecho, hace que el estudio de ellas sea especialmente interesante». Este pluralismo jurídico deja de lado la visión del derecho desconectado de la vida social que invierte el derecho estatista, ahistórico, confrantacional, falsamente universal y excluyente, dando paso a formas de diálogo más democráticas entre las prácticas del Estado y las prácticas de grupos sociales articuladas a través de normas jurídicas

particulares (Higuera, 2007, p. 21). Es, pues, un diálogo entre la sociedad y el derecho estatal para proporcionar una mejor idea de lo que es el derecho.

Por la naturaleza excluyente del Estado, su lenguaje formalizado, sus prácticas autoritarias y su modelo confrantacional de resolución de conflictos son todas denuncias válidas del pluralismo contra el centralismo jurídico, que conlleva el monismo jurídico: en el que existe un solo sistema jurídico y político centralizado y jerarquizado por el Estado-nación, en el que existe un soberano indivisible, un solo individuo con el poder creador del derecho y fuente única del poder político que garantice la cohesión y carácter unitario de la nación, en el que dicho individuo expide normas jurídicas con carácter general y abstracto que constituyen un sistema claramente estratificado y coherente (Higuera, 2007, pp. 13 - 14).

En el monismo jurídico liberal o centralismo estatal o lo que Boaventura de Sousa Santos denomina el *paradigma convencional*, el derecho es similar al derecho con características como la sistematización e institucionalización de normas, la seguridad, la previsibilidad de los comportamientos y decisiones, en el que una institución democrática se encarga de su administración y la garantía coactiva de su cumplimiento; siendo derecho y sociedad dos entidades separadas e independientes que solo se relacionan en el campo de la eficacia jurídica, en el espacio del cumplimiento social del derecho.

Eugen Ehrlich, autor reconocido como precursor del pluralismo jurídico, señala en el texto *Sociología y Jurisprudencia* que el derecho del Estado no es el único derecho presente en la sociedad. Ehrlich articula la idea de «derecho vivo» para definir órdenes normativos paralelos al Estado que surgen en la vida social como forma de autorregulación y que llegan a ser más importantes para la sociedad que el propio derecho creado y sancionado por el Estado, por lo que se interpreta que *derecho* es solo lo que emana del Estado consolidado a través de la cohesión estatal, lo demás sería uso moral. En la anterior afirmación en la que se encuentran dos postulados básicos del pluralismo jurídico; por un lado, el traslado del estudio del derecho a la sociedad amplía el estudio del derecho de lo interno a lo externo y, por otro, critica los postulados de exclusividad, homogeneidad, unidad y coherencia del derecho sobre los que se funda el Estado-nación, en el que el derecho sería solo uno entre los muchos derechos que existen en la sociedad, y siquiera el más importante.

Respecto al pluralismo jurídico presente en un mismo sistema, en el trabajo de Arnaud (1995) se distinguen dos tipos de pluralismo jurídico: el pluralismo jurídico interno, en el que dentro de un único sistema jurídico se pueden aplicar diferentes reglas a la misma situación, y el pluralismo jurídico externo, en el que coexisten diferentes órdenes legales con vínculos entre ellos. Este pluralismo jurídico reconoce que en los Estados han coexistido y coexisten diversos sistemas jurídicos distintos al del Estado.

Aparece conexas a esta interpretación del pluralismo jurídico la noción de *interlegalidad* desarrollada por Boaventura de Sousa Santos, al referirse a las interacciones entre órdenes legales coexistentes, sin estar autocontenidos, estar en conflicto uno con otro o ser sustancialmente diferentes; problema jurídico actual que es visto con escepticismo por el discurso jurídico tradicional del monismo jurídico liberal, estatal y positivista.

La *interlegalidad* del pluralismo jurídico se asocia al término *sentido común legal* que nos permite comprenderlo, que se puede dar entre la clase dominante cuando el derecho estatal no se adecua, se aplica su propio derecho privado, como es la aplicación de la *lex mercatoria* en general, y en particular el principio de confianza legítima de la *lex mercatoria* al contrato estatal de compraventa.

COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS Y LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Nuestro país, en este marco normativo especializado y propio de los privatistas, incorporó a su legislación la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (Consejo de Estado. Sección III. Sentencia N.º 13097, 12 de Octubre de 2000. Perfeccionamiento del Contrato. Acción Contractual, 2000), mediante la Ley 518 de 1999, vigente a partir del 1 de Agosto de 2002, según lo dispuesto en el Decreto 2826 del 21 de diciembre de 2001. Ello, en desarrollo del concepto de globalización que busca la integración de las economías nacionales en la economía mundial, en apertura del mercado de bienes y capitales, en un ambiente de unificación desde el ámbito no solo económico, sino jurídico, social y político, que permitan una real armonización internacional.

Este acontecimiento es de tal significación en el mundo jurídico y de los negocios que las normas civiles y comerciales que usualmente regulan los contratos de compraventa dejan de regir cuando ese contrato es internacional, aplicándose en su lugar la Convención, a menos que en dicho contrato se acuerde su inaplicación (Galán Becerra, 2004).

Se encuentra entonces en este punto el contraste entre esta forma de contratación incorporada a nuestra legislación y la definición y caracterización del contrato estatal el cual se encuentra regulado por la Ley 80 de 1993, modificada por la Ley 1150 de 2007, en la que se establece que el contrato estatal es aquel celebrado por las entidades del estado entre ellas y de estas con los particulares, que responde a las características de bilateralidad, conmutatividad y solemnidad, potestades exorbitantes, unilaterales de la administración, mutable respecto de los fines pero inmutable frente a su contenido económico; con fundamento normativo además de las citadas normas en los artículos 1 (forma de estado: social de derecho), 2 (fines esenciales del Estado), 4

(supremacía de la Constitución), 13 (derecho a la igualdad), 83 (principio de la buena fe), 116 (particulares en ejercicio de la administración de justicia), y 209 (principios de la función administrativa) de la Constitución Política de Colombia.

La Ley de Contratación Estatal establece reglas para la aplicación de cada principio; los principios rigen tanto para la entidad estatal como para el particular, el incumplimiento de cualquier principio de una norma general, genera nulidad absoluta. Están inmersos en todas las etapas de la contratación y son enumerados como: 1. Transparencia; 2. Economía que se deriva en el principio de planeación, celeridad del derecho administrativo, mecanismos alternativos de solución de conflictos y garantía única; 3. Responsabilidad, del servidor público y del contratista; 4. Adecuación contractual; 5. Selección objetiva; 6. Principios de la interpretación de los contratos del derecho privado desde los fines estatales, la eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados; 7. Principios generales del derecho como el Principio de fraude a la Ley, el Principio de abuso del derecho, el Principio de equivalencia de las prestaciones, el principio de la Buena Fe, el principio de Enriquecimiento sin causa; 8. Los Principios de los contratos como Autonomía de la voluntad: libertad contractual y moral, Efecto relativo de los contratos, Intangibilidad y Consensualidad y; 9. Principios del derecho administrativo como Principio de legalidad y la Primacía del interés general o público.

Los elementos esenciales del contrato estatal son: los sujetos, la entidad pública con potestad o el poder de contratar, el particular o entidad con capacidad para contratar ausentes de causales de inhabilidad e incompatibilidad, con un consentimiento libre de vicios como el error, la fuerza y el dolo; el objeto debe ser lícito y la causa, el motivo determinante de la declaración de voluntad, determina las obligaciones de contratante y contratista, el contrato estatal debe estar en perfecta armonía con la necesidad del servicio y el interés general.

El contrato estatal se perfecciona (Consejo de Estado. Sección III. Sentencia N.º 13097, 12 de Octubre de 2000. Perfeccionamiento del Contrato. Acción Contractual, 2000), conforme al art. 41 de la Ley 80 de 1993, cuando se logre un acuerdo entre las partes respecto del objeto, la contraprestación y se eleve a escrito. Para su ejecución requerirá de la disponibilidad presupuestal por parte de la entidad contratante (certificado de disponibilidad presupuestal CDP), la aprobación de la garantía constituida por el contratista con una aseguradora de riesgos frente al cumplimiento del contrato y el pago de prestaciones sociales y, la acreditación del paz y salvo con las obligaciones parafiscales y cajas de compensación.

El perfeccionamiento entonces se da ante el cumplimiento de los primeros requisitos, pero no podrá ejecutarse hasta que se cumplan los requisitos establecidos para ello.

En el caso de la Urgencia Manifiesta, contemplado por el art. 42 de la Ley 80 de 1993, se prescinde del contrato escrito y acuerdo sobre la contraprestación o remuneración, debe dejarse constancia escrita de la autorización impartida por la

entidad contratante; si con posterioridad no se llegase a acuerdo respecto del precio a pagar por el contrato, se determinaría desde los justos precios impartidos por el mercado o se nombraría un perito por las partes para ello.

Existe urgencia manifiesta (Corte Constitucional. Sentencia C-0772 de 1998. Urgencia Manifiesta, 1998) cuando la continuidad del servicio exige suministro de bienes o la prestación de servicios, o ejecución de obras de inmediato; en situaciones relacionadas con Estados de excepción, Conjurar situaciones relacionadas con hechos de calamidad o fuerza mayor —desastres que demanden actuación inmediata, que genera una contratación directa por el caso particular de urgencia—.

La urgencia manifiesta se declarara mediante actos administrativo motivado y permite el traslado presupuestal interno requerido dentro del presupuesto de la entidad pública.

El control de la urgencia manifiesta lo ejerce el organismo encargado del control fiscal dentro de la entidad, que debe emitir concepto dentro de los dos (2) días siguientes sobre los hechos y circunstancias que determinaron la expedición del acto administrativo de urgencia manifiesta.

La Ley 80 de 1993 enuncia la tipología de contratos celebrados por las entidades del estado bajo su potestad para contratar, enumerándolos como: Contrato de obra, contrato de consultoría, contrato de prestación de servicios, contrato de concesión, encargos fiduciarios y fiducia. Puede entonces, en este sentido, clasificarse al contrato estatal de compraventa como un contrato típico regulado normativamente en su definición y elementos por el derecho privado, pero que para el caso particular de las entidades estatales se rige por las normas propias de la Ley de Contratación Estatal, siendo este uno de los puntos planteados en esta discusión, en la que interesa establecer los beneficios de aplicación de un principio como es el de confianza legítima propio de la *lex mercatoria* a la rigidez establecida por la normatividad de la contratación.

EL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA

La buena fe como principio de derecho tiene aplicación en el derecho internacional público y privado, consagrado desde la Constitución de 1991 en su artículo 83 en el que se establece el comportamiento de los particulares con la administración y de esta con el particular cuando adelanta algún tipo de trámite, sin que pueda exigirse requisitos adicionales o se les señalen procedimientos no establecidos previamente.

El principio de confianza legítima se encuentra integrado al principio constitucional de la buena fe, como mecanismo encargado de conciliar los conflictos que se presentan entre los intereses del Estado y los particulares, siendo un ejemplo de su aplicabilidad el hecho de que la administración modifique unilateralmente las condiciones al particular, situación que genera en él desconfianza frente a la actuación

de esa administración. Según las circunstancias la administración en ejercicio de este mecanismo de confianza legítima debe permitir al particular la adecuación de su comportamiento a las nuevas condiciones que se establecen.

Se trata de un principio de particular importancia que identifica en la administración pública el poder del Estado, con especiales prerrogativas de las que no goza el particular, generando para este situación de desigualdad frente a este poder. La contratación estatal consagrada en la Ley 80 de 1993, es uno de los mecanismos para el cumplimiento de los fines del Estado, en la que prevalece la supremacía jurídica de la administración pública sobre el contratista.

Principio de buena fe, con el principio de confianza legítima que se integra a la Ley 80 de 1993, que en su artículo 23 se establece como uno de los principios rectores de la contratación estatal, es el principio que informa toda la actuación del proceso de contratación, no solo sus cláusulas, y está presente en la etapa precontractual, contractual y en la liquidación del proceso, por lo que debe ser tenido en cuenta por la administración contratante y el particular contratista. Las manifestaciones de este principio en cada una de las etapas contractuales son las siguientes:

En la etapa precontractual se exige a la administración elaborar un pliego de condiciones que establezca los requisitos para el cumplimiento de los fines del Estado, en procura de la selección objetiva de los contratistas; y al proponente que debe adoptar frente a la administración un comportamiento transparente y de buena fe, sin que se induzca a la administración a cometer errores por suministrar una información que no corresponda a la realidad.

En la etapa contractual, durante la ejecución del contrato, la administración, antes de declarar el incumplimiento por parte del contratista, debe requerirlo para que contradiga las pruebas de su incumplimiento en la ejecución contractual, que de no hacerse se presentaría como una violación al debido proceso y derecho de defensa o contradicción.

En la etapa de liquidación, la administración debe obrar bajo el principio de confianza legítima, por cuanto en la celebración del contrato el Estado persigue cumplir sus fines en aras de satisfacer el interés general, mientras que el contratista persigue el interés personal de lucro. Por tanto si las condiciones económicas que se establecen en el contrato varían en detrimento del contratista la administración debe reconocer los mayores costos, pues de lo contrario se podría incurrir en detrimento de su patrimonio y enriquecimiento sin causa para el Estado; teniendo como excepción la teoría de la imprevisión en aquellos casos en que el contratista debe asumir los costos de riesgos adicionales a los normales en la contratación, sin que pudiera exigirse a la administración su reconocimiento so pretexto del restablecimiento del equilibrio económico entre las partes del contrato.

El contrariar el principio genera para la administración la declaratoria de nulidad del contrato o incumplimiento del mismo con la pertinente indemnización de perjuicios para el contratista o la administración según el caso, además de la sanción

de inhabilidad y cancelación de inscripción en caso de información fraudulenta o inexacta en el Registro de Proponentes cuando el contratista se inscribe en la Cámara de Comercio.

Los principios en general pueden definirse ontológicamente como los valores con los que se regulan las relaciones de las partes de un contrato, imprescindibles en la interpretación normativa del derecho aplicable al contrato. Desde esta concepción, tanto la ley de contratación estatal internacional de compraventa de mercaderías como la ley de contratación estatal se enmarcan en los principios generales del derecho como el de la buena fe, celeridad, economía y transparencia; interpretado el primero de ellos (en el marco jurisprudencial) como el de confianza legítima en materia de contratación internacional en particular, donde se permite la entrada de los Principios de UNIDROIT —entre los que se encuentra específicamente la confianza legítima (Principios de Unidroit, Versión 2004) entre las partes del contrato—, que sirven de fundamentos de interpretación en caso de dificultad en las distintas etapas contractuales.

Para el caso de la interpretación de la Convención, allí específicamente se señaló que «se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional» (Convención de Viena sobre compraventa internacional de mecaderías, 1980).

En cuanto al cubrimiento e integración de las lagunas de su texto, la Convención dispone que tales cuestiones «se dirimirán de conformidad con los principios generales» (Convención de Viena sobre compraventa internacional de mecaderías, 1980) en los que ella se basa, aspecto del que la doctrina internacional y los laudos arbitrales internacionales se han encargado de analizar lo suficiente.

La inserción de los principios generales del derecho en el ordenamiento jurídico plantea un conjunto de cuestiones que abarcan desde la prescripción que obliga a los jueces de la administración a fallar o a resolver, según sea el caso, una controversia o pretensión del particular, hasta el tipo de fuente, su grado de relación y el papel que desempeña la analogía como técnica de interpretación (Cassagne, 2009).

La concepción de *principio* está planteada y la noción de *bloque de constitucionalidad* consagrada en el art. 93 de la Constitución Política, que se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto se encuentran normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato de la propia Constitución (Corte Contitucional, Sentencia C-225 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia C-578 de 1995 y Sentencia C-358 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz., 1995 y 1997).

La Corte Constitucional en un intento de aclarar el problema de los Principios Generales del Derecho, planteada desde la dificultad, indicó que:

¿A qué alude entonces, es ahora la pregunta pertinente, la expresión Principios Generales del Derecho en el contexto del Artículo 230 de la Carta del 91? A estas alturas, es preciso retomar algunas afirmaciones hechas atrás. Si el juez tiene siempre que fallar (en nuestro ordenamiento tiene además el deber jurídico de hacerlo), y en el Estado de Derecho, como exigencia de la filosofía del sistema, debe edificarse la sentencia sobre los fundamentos que el mismo Derecho señala, ¿qué debe hacer el fallador cuando los elementos contingentes del Derecho positivo se le han agotado sin encontrar en ellos respaldo para su decisión? (Corte Constitucional, Sentencia C-083 de 1995)

El sistema colombiano faculta al juez de la causa a acudir acontentidos extrasistemáticos, a los que el propio sistema remite formalmente —siendo ejemplo de ello Derecho natural, la equidad, la buena fe, el enriquecimiento sin causa, la teoría de la imprevisión—, en últimas, a los *Principios Generales del Derecho*, expresiones todas que claman por una concreción material que solo el juez puede y debe llevar a término. Se trata entonces de principios que no colmen las condiciones de la regla de reconocimiento y, por ende, no hacen parte del ordenamiento pues no son materialmente reductibles a la Constitución.

En términos de Carrió:

Pueden ser llamados ‘principios jurídicos’ en cuanto se refieren a aquél (el Derecho) pero no en cuanto partes de él” Y añade: “el uso judicial de ellos puede conferirles, en el mejor de los supuestos, el rango de candidatos a integrar el sistema, una vez que ese uso adquiera consistencia, regularidad y carácter normativo suficientes como para considerar que las pautas aplicadas son normas jurisprudenciales en vigor”, o se incorporen al ordenamiento -agrega la Corte- por disposición del legislador (Carrió, citado en Corte Constitucional, Sentencia C-083 de 1995).

Ahora bien, cuando se trata no de integrar el ordenamiento sino de escoger por una entre diversas interpretaciones posibles de una norma que se juzga aplicable, entran a jugar un importante papel las fuentes jurídicas permisivas (en el sentido de que no es obligatorio para el juez observar las pautas que de ellas se desprenden) tales como las enunciadas por el artículo 230 de la Carta como «criterios auxiliares de la actividad judicial».

Si un juez, en la situación límite antes detallada, acude a la equidad como cimiento de su fallo, no habrá hecho nada diferente de proyectar al caso *sub judice* su pensamiento de lo que es la justicia, edificando a partir de ella un principio que materialmente no hace parte del sistema pero que encuentra en él su fundamento formal. El juez en cuestión deberá entonces esmerarse en revelar que su decisión está justificada por un principio ético o político (en todo caso extrajurídico), al que él adhiere y a cuya invocación lo autoriza expresamente el Derecho positivo. No será, pues, su determinación arbitraria la que informe el fallo, sino las ideas, genéricamente mentadas por el ordenamiento como Derecho natural o equidad, esta última en el

más inflexible sentido aristotélico del término. Una y otra sirven pues al propósito de que el fallo resulte siempre razonable y proporcionado. Los artículos 4° y 5° de la Ley 153 de 1887 resultan, así, corroborados por la nueva Carta.

Es en este punto en el que podría incluirse el objeto de este trabajo al inferirse de remisión que el operador judicial hiciera que los principios contenidos en la Convención de Viena sobre compraventa de mercaderías (Tratado Internacional ratificado por Colombia) y la “*lex mercatoria*” podrían aplicarse a la contratación estatal del principio de confianza legítima en caso de existir conflicto al respecto, siempre que los argumentos sean justos y razonables.

De lo anterior podría en un inicio determinarse que el principio de confianza legítima es aplicable al contrato estatal de compraventa regulado por la Ley 80 de 1993 a partir de la aplicación de los principios generales del derecho (Artículo 23, Ley 80 de 1993) y el artículo 83 de la constitucional.

DE LA *LEX MERCATORIA*

Lex mercatoria, entendida como un conjunto de principios, un ordenamiento jurídico autónomo que en su contenido abarca un conjunto de reglas jurídicas coherentes, entre los que se encuentra el principio de confianza legítima en materia de contratación mercantil, es enunciado por UNIDROIT en su versión 2004, de la siguiente manera:

ARTÍCULO 1.8

(*Comportamiento contradictorio. Venire contra factum proprium*).

Una parte no puede actuar en contradicción a un entendimiento que ella ha suscitado en su contraparte y conforme al cual esta última ha actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja.

El principio de contratación se ha desarrollado desde la concepción de la *lex mercatoria* como la manifestación del creciente desencanto de la sociedad comercial internacional por los ordenamientos jurídicos nacionales, en el que las compañías mercantiles que operan internacionalmente han ido progresivamente resolviendo sus controversias al margen de la regulación propia de cada Estado demostrando una desconfianza en las jurisdicciones nacionales (costosas y desesperadamente lentas) al ir sometiendo sus litigios a decisiones arbitrales o mediadores internacionales que han ido aplicando un derecho privado de carácter consuetudinario, flexible y eficaz.

Las legislaciones nacionales se están volviendo irrelevantes en lo que se refiere a muchos contratos mercantiles transnacionales para desconcierto de muchos juristas, abogados y la doctrina oficial que contemplan con impotencia el crecimiento e implantación de este derecho privado autónomo y transfronterizo.

La nueva *lex mercatoria* ha surgido de la práctica del derecho comercial internacional actual que ha ido dando cabida a las cláusulas de sometimiento voluntario a cortes arbitrales internacionales para que resuelvan, no conforme a las leyes nacionales, sino conforme a equidad (*ex aequo et bono*) basados en los principios generales de derecho comercial (internacional) y en sus propios conocimientos sobre las costumbres mercantiles. La globalización o internacionalización del comercio ha cambiado muchas cosas, entre ellas, nuestra forma de concebir el derecho.

El actual derecho comercial internacional se está expandiendo de manera espontánea y acelerada. La jurisprudencia arbitral está tomando forma y se están haciendo intentos diversos por compilar o sistematizar sus reglas y principios. La práctica de los comerciantes, las sociedades transnacionales, los abogados de grandes y pequeños despachos (*lawfirms*) de derecho mercantil, los consultores y promotores del comercio exterior, la de los propios árbitros internacionales, atestigua el uso reiterado de un derecho comercial internacional flexible, dinámico, informal y al mismo tiempo con carácter universal al margen del Estado.

El uso permanente en el comercio internacional de los Incoterms, los créditos documentarios, los diversos formatos de contratos tipo internacionales que proporcionan estabilidad y seguridad por su carácter normalizado (*master agreements* multiproductos, de compraventa internacional, de intermediación u otros acuerdos marcos de operaciones financieras tipo ISDA) y el creciente sometimiento a los arbitrajes internacionales en caso de discrepancias son manifestaciones evidentes de estas modernas prácticas comerciales.

La *lex mercatoria* y sus principios son un derecho fruto de las necesidades de las relaciones mercantiles mundiales (globalizadas) creado por la clase empresarial/comercial (*business community*) sin la mediación del poder legislativo de los Estados. Además, no precisa recurrir en su mayor parte de la fuerza coactiva monopolizada por los Estados; se disciplina por las propias reglas uniformes que se generan espontáneamente entre los actores comerciales de los mercados mundiales.

Solo excepcionalmente se recurre a los órganos jurisdiccionales de los Estados nacionales para hacer cumplir ciertos laudos no acatados voluntariamente. Los Estados, además de intervenir en estos casos solo subsidiariamente, ven cómo pierden cada vez más el control y planificación de los flujos de riqueza. Es un engorroso enigma para el positivismo actual.

A pesar de que no exista un código sustantivo que se denomine *Lex Mercatoria*, se identifica como un ordenamiento jurídico autónomo, puesto que tanto el comercio como el arbitraje internacional permite a las partes elegirla como el derecho aplicable o en caso de ausencia de la voluntad expresa de estas partes, y al tribunal de arbitramento aplicarla si considera ser más adecuada para solucionar el litigio.

Para el caso particular de los contratos internacionales con Colombia en general desde la aprobación del tratado internacional de compraventa de mercaderías con la

Ley 518 de 1999 la *lex mercatoria* es aplicable sin que exista controversia al respecto, máxime cuando, como se ha expuesto en este capítulo, se trata de un derecho global aplicable a las relaciones de comercio que va más allá de las regulaciones internas de los Estados en donde las partes contratantes deciden el derecho aplicable o en su defecto el tribunal de arbitramento que resuelva la controversia entre ellos.

CONCLUSIONES

No se trata de inaplicar el principio de confianza legítima que regula el contrato estatal de compraventa para aplicar el principio de confianza legítima de la *lex mercatoria*, de lo que se trata es de correlacionarlos para conseguir una contratación estatal más flexible que garantice el interés general y el fin estatal de la contratación. Toda vez que la concepción del principio de confianza legítima de la *lex mercatoria* y el de la contratación estatal se definen como el principio que permite conciliar las diferencias entre las partes contratantes, en donde ni la administración, ni el particular pueden en sus actuaciones contractuales ejercerlas con arbitrariedad la primera y actuar en contra de las condiciones establecidas los segundos.

Los anteriores son criterios consagrados en la legislación internacional adoptada por nuestro país que permiten la negociación internacional a través de la figura de compraventa internacional de mercaderías, que permite apertura al desarrollo económico, jurídico y social del Estado colombiano. Ello genera la necesidad de crear bases jurídicas sólidas que permitan enfrentar los obstáculos que se presenten en las negociaciones en este sentido, no solo en el ámbito del derecho mercantil internacional sino, incluso, en el derecho público, al hacerse alusión a la tipología enunciativa de contratos establecida en el Régimen de Contratación Estatal, que abre paso a la celebración de contratos de contenido mercantil por parte de las entidades del Estado, lo que debe generar una regulación frente a la aplicación de los principios que reglamentan este tipo de especial de contratación, y a la celebración de contratos estatales de contenido mercantil en el que la parte contratante es el Estado.

Estudio del tema de contratación estatal de compraventa que debe hacerse desde la óptica de la globalización, el pluralismo jurídico y la interlegalidad enunciada por Santos, que permite la adopción de legislación internacional para la solución de controversias que en este sentido se presenten, según las directrices que indique el propio contrato y en los vacíos de la normatividad por las legislaciones internas de los estados parte del contrato, en temas no regulados por la Convención, como capacidad de las partes y requisitos de validez del contrato, entre otros. Desarrollo de seguridad jurídica en contenidos de contratación estatal de compraventa que solo puede lograrse a partir del estudio que de este tema se haga desde la academia.

REFERENCIAS

- Ahrens, H. (2009). La transformación de la juridicidad en los estados Latinoamericanos. En *El Estado de derecho hoy en América Latina* (137-154). Lima: Encuentro GTZ.
- Ariza Higuera, L. (2007). Estudios preliminares. En Merry, S.E., *Pluralismo Jurídico* (pp. 13, 14 y 21). Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Instituto Pensar, Pontificia Universidad Javeriana, Universidad de los Andes.
- Cadena Afanador, W. (2009). Impacto en Colombia de la Lex Mercatoria. En *Revista científica Civilizar*, 7(12), 1-21.
- Congreso de la República. (1993). *Ley 80 de 1993*. Artículo 23-De los principios de las actuaciones contractuales de las entidades estatales. Bogotá: Autor.
- Congreso de la República. (1996). *Ley 270 de 1996*. Artículo 48. Alcance de las sentencias en el ejercicio del control constitucional. Bogotá: Autor.
- Congreso de la República. (1999). *Ley 518 de 1999*. Bogotá: Autor.
- Consejo de Estado. (2000). Sección Tercera. Sentencia N.º 13097, 12 de Octubre de 2000. Perfeccionamiento del Contrato. Acción Contractual. Bogotá: Autor.
- Constitución Política de Colombia. (1991). Artículo 209. Bogotá.
- Convención Internacional de Compraventa de Mercaderías. (1980). Artículo 7, numeral 1 y 2. Viena: Naciones Unidas.
- Corte Constitucional. (1998). *Sentencia C - 0772 de 1998*. Urgencia Manifiesta. M.P. Fabio Morón Díaz. Bogotá: Autor.
- Galán Becerra, D. (2004). La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. En *Estudios Gerenciales*, 20(91).
- Griffiths, J., Engle, M. S. y Tamanaha, B. (2007). *Pluralismo Jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Nuevo pensamiento jurídico. Instituto Pensar. Universidad de los Andes.
- Garzanti. (1981). Enciclopedia de Filosofía. Milán.
- Janeisson, F. (1991). *El posmodernismo o la lógica unilateral del capitalismo avanzado*. Barcelona: Paidós.

- Pérez Herranz, F. M. y Santacreu, J.M. (2006). *Las rutas de la humanidad. Fenomenología de las migraciones*. Simat de la Valldigna: Edicions la Xara.
- Pérez Herranz, F. M. (2010). El sujeto expectante y la globalización. En *Eikasia. Revista de Filosofía*, 5(31), 1-47.
- Principios de Unidroit versión 2004. 1.8.
- Saldivia, L. (2010). Estudios preliminares. En Teubner, G., Sassen, S. y Krasner, S. *Estado, soberanía y globalización* (pp. 22-30). Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Nuevo pensamiento jurídico. Instituto Pensar. Pontificia Universidad Javeriana. Universidad de los Andes.
- Santos, B de S. (1987). Law: A Map of Misreading Toward a Postmodern Conception of Law. En *Journal o Law and Society*, (14), 297 - 298.
- Twining, W. (2003). *Derecho y Globalización*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Nuevo pensamiento jurídico. Instituto Pensar. Universidad de los Andes. Bogotá.