

La convención de naciones unidas de compraventa internacional de mercaderías en el sistema de contratación pública de Colombia*

The United Nations Convention of International Sale of Goods in the public procurement system Colombia

Luisa Adriana Cely Ramos**

**Abogada Egresada de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, Especialista en Derecho Contractual y Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario, aspirante a Magíster de la misma Universidad; Asesora en asuntos de Contratación Privada y Estatal. Correo electrónico: luisacely@gmail.com

Resumen

La búsqueda de la competitividad, en un sistema de compras sin rotularlo como público o privado, se hace necesario en estos tiempos, partiendo de una paradoja basada en la necesidad de apartar las normas internacionales de los ordenamientos jurídicos nacionales, parece que se ha creado una barrera para armonizar unos y otros, situación que tiene a empeorarse si de lo que se trata es de emparejar los sistemas de regulación de la compra pública nacional o internacional, sin embargo al revisar con un grado de análisis estos dos sistemas, se observará que los mismos no ofrecen contraposición sino que por el contrario pueden desarrollarse bajo una armonía, si se quiere, de beneficio mutuo.

Palabras clave: Compraventa internacional, dépeçage, contrato estatal, formación del contrato, ejecución del contrato.

Abstract

The search for competitiveness in a procurement system without label it as public or private, it is necessary at this time, based on a paradox based on the need to avert international standards of national legal systems, seems to have created a barrier to harmonize each other, a situation that has worsened if what is involved is to match the regulatory systems of national public procurement or an international one, yet to check with a degree of analysis these two systems, it will be seen that they do not offer opposition but instead be developed under a harmony, if you will, of mutual benefit.

Keywords: International sales, state contract, dépeçage, contract formation, performance of the contract, applicable law.

Introducción

La Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías es un instrumento internacional de gran relevancia para el desarrollo comercial internacional ya que trasciende del rótulo formalista de “Tratado” a ser un sistema de regulación integral que promueve el carácter internacional y de

Recepción

17 de agosto de 2016

Revisión:

26 de septiembre de 2016

Aprobación:

7 de octubre de 2016

Artículo de reflexión

* Artículo de reflexión presentado para la asignatura denominada *Seminario Sobre Problemas Contemporáneos del Derecho Privado - La Armonización y Unificación Del Derecho de Contratos: El caso de la Compraventa Internacional de Mercaderías*, de la Maestría en Derecho con énfasis en Derecho Privado de la Universidad del Rosario, Mayo de 2015, trabajo de grado para optar por el título de magíster en Derecho con énfasis en Derecho Privado de la Universidad del Rosario.

uniformidad¹ de los negocios allí regulados, todo ello con un precisa finalidad, la cual es facilitar el entendimiento de comerciantes y así crear condiciones para el desarrollo de los mercados, no sin antes mencionar, tal como lo afirman voces autorizadas en el tema (Oviedo, 2008, p. 73), que ha sido un instrumento aprobado por la mayoría de los Estados, que propende por ser una regulación neutra que reduzca en lo posible los puntos de conflicto al momento de hacer el comercio logrando amalgamar, si se quiere, tradiciones de sistemas de derecho continental y anglosajón.

Siendo la Convención una herramienta tan valiosa para el comercio, tardíamente el estado colombiano, la incorpora en el derecho nacional mediante la promulgación de la Ley 518 de 1999 entrando en vigencia el 1 de agosto de 2002. Dentro de la parte introductoria del texto de la Convención hay frases como *el nuevo orden económico internacional, igualdad, beneficio mutuo* que hacen reflexionar respecto de la necesidad de ver a la Convención como una herramienta necesaria para el desarrollo de los comerciantes², y porque no, la de ser aplicada dentro del sistema de compras públicas del país³, hoy en día, con mayor auge debido a los cambios de concepción que hacen carrera en los últimos tiempos respecto de realizar compras eficientes para el Estado,- proceso que

1 Tomado del Numeral 1 del artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. 2 A propósito del libre comercio internacional se indica "Lo importante para estas nuevas estructuras operativas es que exista un medio ambiente propicio que posibilite el acceso de productos y bienes, sin más ventajas que la propia eficiencia de sus unidades operativas." (Ríos, 1998, p. 5)

3 Y a nivel internacional, también se referencia cómo se estudia el asunto de las compras públicas. Al respecto indica Pablo Zapatero en el libro "Dimensiones Internacionales de la Contratación Pública". "(...) se impulsa la denominada "reforma de la contratación pública", a través de diversas instituciones multilaterales y regionales, programas internacionales de capacitación, asistencia y cooperación técnica (OECD, Banco Mundial), leyes modelo así como, muy en especial instrumentos jurídicos internacionales. El proceso de reforma está orientado a la creación de un mercado competitivo de contratación pública a escala nacional e internacional. Entre sus metas se encuentra la reforma de la contratación pública en las economías planificadas en transición a sistemas de mercado, la modernización de sistemas eficiente de contratación pública de los países en vías de desarrollo y la adaptación a las necesidades de los complejos y nuevos campos de contratación pública de los países desarrollados. El objetivo es la creación de nuevos mercados de contratación pública y su apertura a la competencia de licitaciones internacionales. Subyace a una asunción básica: las prácticas de contratación pública han de operar de forma a no discriminatoria y evitar producir efectos restrictivos al comercio."

en realidad iniciaría con la expedición de la Ley 80 de 1993 Estatuto General de Contratación de la Administración pública,- ya que al revisar sus antecedentes legislativos se observa el querer cambiar el paradigma del formalismo a ultranza⁴ -ajeno a los sistemas de mercado-, por unas disposiciones más flexibles que sean coherentes con la realidad de las compras y de los actores de estos procesos.

Conforme a la estadística anunciada por la Agencia Nacional de Contratación Pública⁵ cerca del 15% del producto interno bruto del país se destina a la contratación de bienes y servicios⁶ monto considerable del presupuesto de la nación que exige repensar la forma de hacer las compras estatales, dicho por la Agencia: "Hoy en día la compra pública está en el centro de la agenda del progreso económico y es percibida como un asunto de gerencia pública que es estratégico para el funcionamiento del Estado."(Agencia Nacional de Contratación Pública, 2014)

Es de indicar, que en esta búsqueda de la eficiencia de los recursos públicos, tanto a nivel nacional (con los Acuerdos Marcos de Precios) como internacional⁷, se han creado nuevas figuras dentro del sistema de contratación estatal para lograr el cometido, situación que no es ajena al comercio internacional donde se pretende "viabilizar el intercambio de bienes y servicios dentro de términos de eficiencia" (Ríos, 1998, p.4). Podría pensarse que dar aplicación a la Convención dentro de este tipo de compras podría ser otra aliada en el proceso

4 Texto legislativo de antecedentes: "el reconocimiento de la autonomía de la voluntad como delegación que la ley confiere a las partes de regular las relaciones contractuales delimitada por el respecto de los imperativos del orden público (...) Es necesario dar una mayor autonomía al administrador público para que logre cumplir con los fines del mandato entregado" (Ley 80 de 1993 citada por Benavides, 2005, p. 109)

5 Al respecto, el Decreto 4170 de 2011, como funciones de la Agencia en el artículo 3, numeral 6. Brindar apoyo al Gobierno Nacional en la negociación internacional en materia de compras y contratación pública.

6 Información tomada de la Rendición de cuentas presentada por la Agencia el día 26 de febrero de 2014.

7 Como un referente del cambio de paradigma, a nivel internacional, tenemos el Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP), "Es un instrumento de adhesión voluntaria que tiene como objetivo central, en consecuencia, abrir estos procesos de contratación a la competencia internacional y reducir el grado de discriminación sobre los proveedores de bienes y servicios extranjeros a favor de los nacionales" (Zapatero, 2016, p. 579)

de maximización de los recursos, además de asignarle, un mayor campo de aplicación a la Convención que genere mayor publicidad para su utilización, no sin antes mencionar, que las leyes de contratación pública establecen como destinatarios para fomentar la pluralidad de oferentes, el poder contar con contratistas extranjeros, (sin hacer referencia precisamente a otra nacionalidad) por lo que la armonización de la Convención y el Estatuto justifica ser revisada en el presente escrito.

Por tanto el objetivo de este artículo será identificar si es acertado afirmar que la Convención es coherente o por lo menos no contradictoria con el Estatuto, en las contrataciones de bienes, ajustados a los requerimientos de la Convención, ya que se observa que es un instrumento del Derecho Mercantil Internacional que ha demostrado ser eficiente dentro de los sistemas del mercado. Para hacer esto, partiremos de la revisión de cada uno de los factores que deben cumplirse para que pueda aplicarse la Convención teniendo como fuentes la doctrina, el texto de la Convención y el Estatuto General de Contratación pública, mediante la aplicación de un método analítico y así se espera responder el cuestionamiento expuesto, en tres partes, primero revisaremos los apartes pertinentes de la Ley 80 de 1993- Estatuto General de Contratación de la Administración pública-, luego en una segunda parte se examinará lo relacionado con el campo de aplicación de la Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías y en una tercera parte se verificarán en común la Convención y el Estatuto respecto de aspectos puntuales.

La Ley 80 de 1993- Estatuto General de Contratación de la Administración pública.

Podría pensarse que para la problemática planteada poco o nada, aporta revisar el Estatuto, ya que esta norma nacional quedaría descartada, al momento de adelantar la contratación de compraventa internacional

cuando las partes han pactado como ley del contrato la regulación de la Convención, sin embargo, consideramos que si es acertado revisar esta norma de derecho nacional para evidenciar cómo se complementa con la Convención, ya que aquella regula etapas distintas de la contratación que entraría a regir ésta.

Revisando el contenido de las disposiciones que conforman el Estatuto General de Contratación conformada por la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, el Decreto 1082 de 2015 y demás normatividad aplicable, -en especial solo nos referiremos a la primera ya que las otras normas tratan otros temas o son actualización de la Ley 80 de 1993.- Es importante tener en consideración que dichas normas tienen como presupuesto principal y esencial,- sin desconocer otros apartados,-: el de ser, normas para la selección de los contratistas cuando las entidades estatales son las contratantes, es decir, cuando requieren del mercado bienes y servicios.

Frente al proceso reglado de selección pública de contratista, afirmamos que la Convención no tendría mayor aplicabilidad, - aunque tampoco es su vocación.-, ya que las disposiciones de selección atienden más a principios de la función administrativa y del interés general. Partiendo de lo anterior, es totalmente comprensible el querer del legislador en la Ley 80 de 1993, en el artículo 13.- *De la Normatividad Aplicable* al disponer: **“Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley”** y el artículo 40 – Contenido del Contrato:, **“Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.** Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los

fines estatales” (...) (subrayados negrillas míos), sobre sus disposiciones con fuerza de ley de establecer el deber de acudir a la normatividad comercial, civil, autonomía de la voluntad, o la que corresponda a su esencia y naturaleza, para regir el contrato de que se trate. Es dotar de herramientas a las partes del contrato para establecer las normas aplicables para la *ejecución*. Y esto es así, porque cada contrato sin importar su naturaleza u origen, -estatal o no.- debe desarrollarse conforme a las reglas propias del tipo contractual, que no están reguladas en las leyes de orden administrativo, que como anticipadamente se indicó, son normas predominantemente de selección de proveedores.

Como se puede observar, y tal como lo indica el doctrinante Aljure (2011, p.100-104) lo ocurrido en la contratación estatal es un *dépeceage*⁸, ya que existen normas de orden público que rigen la selección del contratista en atención a los principios de selección objetiva, transparencia y demás relacionados y por otro lado, tenemos, que se permite a las partes del contrato dar aplicación a otras reglas para la ejecución del mismo. La doctrina cuestiona el *dépeceage* por las consecuencias de inseguridad para el contrato, pero en este caso, es viable su utilización en un esfera positiva, ya que las normas del contrato estatal a las que nos referimos, rigen etapas distintas del mismo, sin que *prima facie*, se evidencie un conflicto latente.

Al consultar la clasificación doctrinal del *dépeceage* ofrecida por la profesora Parra (2001), se considera que en el caso que ocupa nuestra atención, nos encontramos frente a un *dépeceage involuntario en su subdivisión de institucional*, en donde la autonomía de la voluntad de las partes se ve limitada ante normas de ordenamientos jurídicos

nacionales que por ser de orden público no admiten discusión en su aplicación, indica la citada maestra “A pesar de las críticas, esta forma de fraccionamiento ha tenido una amplia representación en la teoría de los governmental interest (purposes and policies) (648) desarrollada en la segunda mitad del siglo xx en Estados Unidos respondiendo a un *dépeceage* involuntario, por el cual sobre la base del «interés del Estado», determinadas normas jurídicas eran aplicadas a supuestos de carácter internacional independientemente de cual fuera la ley reguladora del contrato” (Parra, 2001, p 35.)

Previo a revisar la segunda parte y en sintonía con lo que ya hemos afirmado sobre la contratación es de agregar que cuando el Estado actúa en calidad de contratista, la aplicación de la Convención no ofrece mayor inconveniente.- dependiendo de la mercadería.- ya que el Estado deberá aceptar y negociar reconociendo la normatividad aplicable y las reglas del mercado al cual ofrece sus servicios.

Verificadas las disposiciones legales, podemos afirmar la compatibilidad del Estatuto con normas, regulaciones, que complementan las compras públicas, -en tema de adquisición de bienes-mercaderías más no de servicios,- así las cosas, será necesario establecer cómo se hace parte el Estado como participante de la contratación de mercaderías del orden internacional, verificando el campo de aplicación de la Convención, pues no se puede negar que, tal como lo afirma el Doctrinante Ravassa Moreno (2004) “En cuanto al Derecho Mercantil Internacional (...) el estado, con todos sus organismos, agencias o instituciones de carácter estatal o paraestatal, cuando desempeña actividades de naturaleza mercantil, se equipara a cualquier otro sujeto” (p. 299).

8 Sobre el particular y para consulta, indica Carmen Parra Rodríguez “Entendido como un instrumento en manos de las partes para conseguir la optimización de un contrato, el profesor Lagarde define el *dépeceage*, como la posibilidad de aplicar las normas de diversos países a los diferentes elementos de una misma situación jurídica (642)” (Parra, 2001, p. 34)

Campo de Aplicación de la Convención sobre contratos de compraventa internacional de Mercaderías.

Por más que el Estado adelante compras públicas en el comercio internacional, es necesario revisar si cumple con los factores de confluencia, que conforme lo indica la doctrina, en desarrollo del texto de la Convención, son el factor geográfico, material, temporal, aplicación como *lex mercatoria*, para considerar que es procedente la aplicación de la Convención, en las compras estatales. (Oviedo, 2009, p.65)

En relación con el *factor geográfico* se observa que el ámbito de aplicación es el directo⁹. El artículo 1 de la Ley 518 de 1999, - aprobatoria de la Convención.- indica que “La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes”. Partiendo de que la contratación se adelanta con un contratista con establecimiento en estado diferente al colombiano, en este punto será importante revisar si es posible considerar que las entidades estatales tienen “establecimiento”, semejante al que se les reconozca a los privados, es importante mencionar que como la Convención no define lo que debe entenderse por “establecimiento”¹⁰, se tomará como referencia la posiciones doctrinales¹¹ sobre la materia, en especial las tesis amplias en las cuales se muestra la conjugación de diferentes elementos¹² de los cuales podemos

9 Dentro del factor geográfico de aplicación indirecta (artículo 1.1. literal b) se da aplicación de la Convención por vía del Derecho Internacional Privado.

10 Sobre la situación de incertidumbre sobre el concepto véase a Garro y Zuppi citados por Ríos Sierralta Aníbal y Baptista Luiz Olavo (1998, p. 80).

11 Al respecto véase (Galán, 2003, p.74-114) quien cita: (Garro, año 1990, p. 88-89). Los doctrinantes sostienen que “...el término ‘establecimiento’ es ambiguo, no sólo en español sino también en inglés (place of business) y francés (établissement). Pese a que varias delegaciones insistieron para que la Convención defina o califique este concepto, la propuesta no tuvo éxito...”. Desde una óptica esencialmente comercialista (Cfr.: Garrigues, 1976, p. 206) al puntualizar que: “De quien comienza la explotación de un negocio mercantil se dice que ‘se establece’. La empresa comercial se llama también ‘establecimiento’. Tiene, pues, esta palabra un doble significado: como acto -el acto de establecerse, es decir, de dedicarse a una actividad estable, en armonía con la permanencia de la empresa a pesar del cambio de sus elementos- y como lugar donde habitualmente se ejerce una industria mercantil. Más no puede identificarse el establecimiento con la empresa. Esta es un organismo de producción vivo, dinámico. El establecimiento es la base inerte, estática de esa organización...”

12 Conforme a lo expuesto por la doctrina previamente citada en relación

concluir que el “establecimiento” si es viable para el Estado y además su definición puede ser considerada como el centro de las actividades permanentes en las cuales las entidades estatales ejercen sus funciones públicas con autonomía y estabilidad que además cuenta con personería jurídica asignada por la Ley o internamente por medio de fenómenos como la delegación o desconcentración que dan cuenta de la capacidad para representar a la entidad estatal. En efecto todas las entidades estatales que contratan con autonomía sus bienes y servicios cuentan con un establecimiento que les permite ejecutar sus actividades y funciones públicas. De otro lado, y confirmando nuestra posición, tenemos en el texto de la Convención en el artículo 1.3 un aliado al indicar: “A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención, no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato”, pues con la literalidad de dicho apartado se considera que la Convención fue creada con la finalidad de que cualquier interesado pueda servirse de ella, porque analizando la disposición en cita desde el punto de vista *subjetivo*: no establece una forma de exclusión por la naturaleza de las partes celebrantes y *objetivo*: tampoco discrimina la naturaleza u origen del contrato, por lo que podría considerarse que allí tendría cabida un contrato estatal.

Respecto del *factor material*, este tiene su marco en los artículos 2 y 3 de la Convención, ya que señala por exclusión, qué compraventas con dichas mercaderías, no hacen parte de la Convención. Frente a tales negociaciones es necesario advertir dos situaciones, primero que el mercado de las necesidades del Estado es muy amplio y no se limita a las compraventas restringidas (subastas, ventas judiciales, y mercado de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero, buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves y electricidad / mercaderías manufacturadas / negociación de

a las tesis restringidas están hacen referencia a los atributos de una organización principal y con capacidad de representación jurídica.

compraventas con servicios donde esta última es la que prima) y segundo las restricciones a las mercaderías no admitidas por la Convención serán siempre aplicadas sin importar la calidad o naturaleza del contratante. El que se trate de una entidad estatal es un tema indiferente, porque la norma va dirigida a la mercadería. Tal vez podría presentarse cierta suspicacia que genere una negativa para la aplicación de la Convención considerando mercaderías de uso personal, familiar y doméstico, -“se considera que es un consumidor sujeto de protección de los regímenes especiales sobre el particular y, por lo tanto, al contrato celebrado no se le aplica la Convención.

En efecto, las leyes de protección a los consumidores tienen un grado de imperatividad tan significativo toda vez que las rige el concepto de orden público, que para la Convención no tenía sentido incluir disposiciones que riñeran o entraran en conflicto con el cometido *proteccionista de aquéllas* (Galán, 2003, p.84 y 85) - ya que el Estado realiza muchas compras para su “mantenimiento” o “consumo para sí”, - asunto que es discutible- sin embargo, se adelantan compras públicas para satisfacer necesidades de la producción estatal, como puede ser las de las Sociedades de economía mixta o las Empresas Industriales y Comerciales del Estado cuando compran materia prima para que sea parte de sus procesos productivos u otras entidades estatales que no se dedican al comercio, pero que ejecutan recursos de inversión para ser utilizados dentro de una política pública del plan de desarrollo vigente dentro determinado periodo que requiera la compra de mercaderías permitidas por la Convención.

En lo que atiene al *factor temporal*, la doctrina (Oviedo, 2009, p.103) indica que la Convención no tiene aplicación retroactiva, es decir, solo es a futuro frente a los contratos que se celebren luego de su entrada vigencia, pues esa es la interpretación que puede tener cabida de lo consignado en el artículo 100 de la Convención.

En relación a este factor, se tendría por cumplido ya que el Estado colombiano aprobó la Convención mediante la Ley 518 de 1999, luego la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-529 de 2000, declaró su exequibilidad y finalmente entró en vigencia a partir del 1 de agosto de 2002. Luego entonces, es un instrumento que en la actualidad tiene plenos efectos para la contratación y así, nos permite afirmar que se cumpliría con el componente del factor temporal.

Aunque en el análisis realizado, se observa que se dan por cumplidos los requisitos para la aplicación de la Convención, y por tanto, no sería del caso entrar a revisar el denominado factor *“aplicación como lex mercatoria”*, - esto por lo que indica parte de la doctrina.- se considera necesario pronunciarnos sobre éste factor, ya que por el mismo reflejo que irradia el concepto de la *“lex mercatoria”* es que nos aventuramos afirmar, sobre la pertinencia de la aplicación de la Convención en la contratación estatal. Siendo el último de los factores, la *aplicación como lex mercatoria* y tal como lo afirma el profesor Oviedo (2009, p.103), se indica que este factor ha sido gestado a partir de los análisis realizados en los laudos arbitrales en los cuales se ha identificado cómo el tráfico comercial debe primar sobre el derecho legislado, en donde se parte de las fuentes del derecho de los contratos internacionales (Oviedo, 2009, p. 104), para desarrollar las regulaciones establecidas autónomamente por las partes a sus contratos. Frente a este componente de aplicación consideramos que acercar la contratación estatal y la compraventa internacional de mercaderías, es una postura que muestra una actuación acorde con la comunidad de comerciantes, a la cual acude el Estado para satisfacer sus necesidades y además una alineación con el mercado y el comercio en la nuevas formas de hacer negocios en donde no precisamente se deben seguir parámetros o regulaciones de ordenamientos nacionales de los contratantes,

sino lo que éstos consideren que más atiende y es conveniente para satisfacer la causa que los lleva a contratar.

El Estatuto y la Convención.

De forma separada hemos revisado la viabilidad de usar los dos ordenamientos, y ver como los mismos podrían complementarse, el Estatuto principalmente frente a las reglas de selección de los contratistas y la Convención que en esencia regula la formación del contrato y derechos y obligaciones de las partes de la compraventa¹³, esto último, sin perjuicio del derecho que tendrían los contratantes de excluir algunos apartados de la Convención¹⁴, sin embargo es necesario revisar puntos de ambas disposiciones, - aunque podría presentarse más- que de alguna forma podría ofrecer un conflicto, siendo en realidad aparente pues se mostrará cómo no se constituyen en impedimento para armonizar estos dos ordenamientos. Estos asuntos son el perfeccionamiento del contrato, las cláusulas excepcionales al derecho común, la jurisdicción del contrato frente a los conflictos que se presenten, y la liquidación del contrato.

En relación con la formación y el perfeccionamiento del contrato, este apartado se encuentra regulado en los artículos 14 al 24 de la Convención, estas normas no ofrecen contradicciones con lo establecido en el Estatuto, tal vez pueda presentarse un grado de complejidad la aplicación de estas normas en los procesos de convocatoria pública frente a la contratación directa pero no hay exclusión de normas en relación a su aplicación. En este escenario, podría ofrecer duda el asunto del perfeccionamiento del contrato pues el artículo 25 de la Convención indica: *“El contrato se perfeccionará en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta conforme a lo dispuesto en la presente Convención”* y en el artículo 11

13 Sobre el particular véase el texto del artículo 4 de la Convención de las Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías.

14 Sobre el particular véase el texto del artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías

del mismo instrumento, establece que no existe tarifa probatoria para la Convención, es decir, no hay que elevar el acuerdo por escrito para su perfeccionamiento. Otra es la literalidad de lo establecido en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, la cual manda que: “Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito”. En ambas normas podemos observar que existe una comunidad respecto de la consensualidad del acuerdo y su correlativa aceptación por las partes; respecto de la ritualidad de la escritura se propone como solución que en la negociación se utilice este medio para consolidar lo relacionado con el acuerdo contractual, lo que no sería contrario a lo establecido en la Convención ya que esta no prohíbe recoger el contrato en un escrito, en efecto, el profesor Adame indica *“Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo a la Convención, el contrato puede ser escrito, si así lo disponen las partes”* (Adame, 1994, p.72).

Las cláusulas excepcionales al derecho común unilaterales en favor del Estado, (Terminación, Interpretación, Modificación, Caducidad y Reversión), dentro del Estatuto, están consignadas en el numeral 2 del artículo 14 y artículos siguientes de la Ley 80 de 1993. Por su parte en el artículo 29 de la Convención al referirse a la *modificación y terminación* del contrato indica que deben ser por mutuo acuerdo y del contexto de la Convención también podría afirmarse que la *Interpretación* del contrato no admite un derecho exclusivo de una de las partes sino que atiende a la naturaleza misma del negocio en el contexto internacional. Bajo este marco, es importante afirmar que las cláusulas excepcionales al derecho común no son estipulaciones obligatorias para todo tipo de contratos que adelante las entidades estatales, solo serán mandatorias, conforme al artículo 14 referido, para “los de monopolio estatal, servicios públicos, explotación y concesión de bienes del estado y los de obra”, objetos de contratación que no se encuentran dentro del

campo de acción de la Convención, conforme a lo visto en la parte segunda de este escrito cuando nos referimos al factor material, por lo que no se presentaría inconveniente respecto de estas cláusulas del ordenamiento estatal con la Convención.

En relación con la jurisdicción competente para dirimir conflictos resultantes del proceso integral de la contratación, esto es, selección-ejecución-liquidación, tenemos, sólo para los dos últimos las siguientes opciones: un primer referente es el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, en la cual se indica que la jurisdicción competente es la contencioso administrativa, aspecto que en cierta medida admitiría una visión complementaria con la Convención que sobre el particular – jurisdicción exclusiva.- no realiza ningún pronunciamiento. En un segundo referente, tenemos que la Ley 80 de 1993, triunfando ante *la doctrina Calvo*¹⁵ en el capítulo de solución de controversias contractuales planteaba la posibilidad de pactar la cláusula compromisoria (artículo 70) o posteriormente celebrar un compromiso (artículo 71) para adelantar un arbitramento, esta facultad aun presente en nuestro ordenamiento es recogida por la Ley 1563 de 2012 Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, como de libre escogencia de los interesados. En ambas formas de dirimir conflictos contractuales, y para el tema que ocupa nuestra atención, es importante destacar que tanto el Tribunal Contencioso como el Arbitral.- tal vez con mayor complejidad para el primero que para el segundo, por la especialidad de los asuntos.- deberá reconocer y aplicar como ley del contrato la Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías y su contexto de interpretación, descartando el derecho nacional, ya que no podrán imponerlo.

15 "La estipulación de la Cláusula Calvo que determinaba que todos los litigios que surgieran de los contratos realizados por la administración con particulares extranjeros se someterían a la jurisdicción del Estado colombiano, fue una práctica que en nuestro derecho se encontraba respaldada por los estatutos anteriores a 1993. La situación cambió sustancialmente con la ley 80 de ese año y con la expedición de la ley 315 de 1996, toda vez que la estipulación del pacto arbitral internacional se permite bajo las condiciones allí señaladas" (Salcedo, 2006, p. 242).

En relación a la liquidación del contrato, regulada en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 modificado por el Decreto- Ley 019 de 2012, es claro afirmar que lo que se encuentra reglado por el Estatuto son los tiempos para adelantarse, además de precisar que no en todos los contratos es obligatorio adelantarla, como por ejemplo en la compraventa. La Convención nada dice sobre la liquidación de los contratos internacionales de mercaderías, lo que no significa que esté prohibido. Esta etapa de contratación creada en el derecho nacional respecto de la contratación estatal, en realidad no es tan ajena a cualquier negociación que adelanten cualquier particular, porque la liquidación, tal vez con otras denominaciones, hace referencia a la etapa de cierre de todo contrato en el cual se verifica el estado de las obligaciones de la partes y de las prestaciones pactadas en el contrato, por ello observamos que esta etapa puede implementarse en los contratos regulados por la Convención que adelanten las entidades estatales, más si se tiene en consideración, que sería utilizada en los contratos de suministro más no de compraventa.

Conclusiones

En desarrollo de la tesis presentada, se propone que el Estatuto General de Contratación de la Administración pública y su demás decretos reglamentarios, sea concebido principalmente como la fuente de regulación frente a las reglas de selección de los contratistas, por su parte, la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías rija lo relacionado con la formación del contrato y derechos y obligaciones de las partes de la compraventa.

Con lo anterior, se observa que la armonización de ambos ordenamientos muestra un *depeçage* que permite maximizar el contexto del contrato, la relación comercial que se regula y la relación entre el estatuto y la convención, los elementos esenciales de la selección del contratista,

frente a los factores o requisitos para aplicar la convención se complementan unos a otros.

Bajo una visión de la complementariedad y no la contradicción, dentro de contratos de compraventa de mercaderías con selección pública podría darse uso al Arbitramento Internacional.

Con lo expuesto, el punto de reflexión, que se quiso desarrollar, es identificar más cercano a nuestros procesos de mercado la Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías, incluso partiendo de un sistema que parece ajeno y es el de la contratación de las entidades estatales, que puede encontrar en el mercado internacional un aliado para sus procesos de eficiencia en el uso de los recursos, en la disminución de los procesos de corrupción y de incumplimientos contractuales.

Para lograr la armonización propuesta estarán pendientes varios retos, por mencionar algunos, el conocimiento aplicado del mercado comenzando por sus regulaciones para poder ser actor estratégico como lo visualiza la Agencia Nacional de Contratación Pública y la formación de los funcionarios de las entidades estatales que apoyan las compras públicas en donde se niega la importancia del derecho privado en los procesos de contratación bajo una mirada limitada solo a la selección del contratista olvidando que a la ejecución del contrato también debe dársele trascendencia

El Estado Colombiano, como comprador tiene un papel de relevancia y de doble vía, por un lado su labor de efectivizar los Tratados -dando el ejemplo- que se ratifican y así aplicarlos, promocionarlos y difundirlos, y por el otro al ser un comprador inteligente debe empezar hacer eco en el uso de instrumentos del nuevo orden mundial del comercio, que permitirá realizar adquisiciones bajo condiciones de costo – eficiencia.

Referencias

Adame, J. (1994). *Contrato de Compraventa Internacional*. México: McGraw Hill Serie Jurídica.

Agencia Nacional de Contratación Pública .- Colombia Compra Eficiente.- (2015) Informes de Gestión Colombia Compra Eficiente año 2014- HYPERLINK “http://colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/20150324_informe_de_gestion_2014.pdf” http://colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/20150324_informe_de_gestion_2014.pdf consultado el día 13 de abril de 2015- Recomendación del Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico - OCDE - de 18 de febrero de 2015 la cual está disponible en: <http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrument-View.aspx?InstrumentID=320&InstrumentPID=348&Lang=en&Book=False>

Aljure, A. (2011). *El Contrato Internacional*. Bogotá: Legis Editores.

Benavides, J. (2005). *El Contrato Estatal: Entre el Derecho Público y Privado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

C Const, C—529/2000, A. Barrera. Versión digital disponible en:<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-529-00.htm> (octubre 2016).

Garrigues, J (1976). *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I. 7ª. Madrid: Imprenta Aguirre.

Parra, C. (2001). *En el Nuevo Derecho Internacional de los contratos” Parte segunda: Principios de regulación de las obligaciones y contratos- sección “Principio de Autonomía de la Voluntad”*. Editorial Bosch ISBN 8476986491.

- Organización de las Naciones Unidas. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. 11 de abril de 1990. Versión digital disponible en: <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>. (septiembre de 2016).
- República de Colombia. Congreso Nacional. Ley 518 (4, agosto, 1999) Por medio de la cual se aprueba la “Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías”, hecha en Viena el once (11) de abril de mil novecientos ochenta (1980). Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1999. no. 43.656. p.1-101. Versión digital disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0518_1999.html. (septiembre de 2016)
- República de Colombia. Congreso Nacional. Ley 80 (28, octubre, 1993) Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración pública. Diario Oficial. Bogotá. D.C., 1993. no. 41.094. p. 1-81. Versión digital disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>. (septiembre de 2016)
- República de Colombia. Congreso Nacional. Ley 1563 (12, julio, 2012) Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá. D.C., 2012. no. 48.489. p. 1-119. Versión digital disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1563_2012.html. (septiembre de 2016)
- República de Colombia. Departamento Nacional de Planeación. Decreto 4170 (3, noviembre, 2011) Por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública.- Colombia Compra Eficiente-, se determinan sus objetivos y estructura. Diario Oficial. Bogotá. D.C., 2012. no. 48.242. p. 1-20. Versión digital disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=44643>. (septiembre de 2016)
- República de Colombia. Congreso Nacional. Ley 1150 (16, julio, 2007) Por medio del cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia de la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Diario Oficial. Bogotá. D.C., 46691. versión disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=25678#0> (octubre 2016).
- República de Colombia. Departamento Administrativo de la Función Pública. Decreto 019 (10, enero, 2012) Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones y trámites innecesarios existentes en la administración pública p. 1496-1588. Diario Oficial Bogotá 48308 p. 22-44 <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=45322> (Octubre 2016).
- República de Colombia. Departamento Nacional de Planeación. Decreto 1082 (26, mayo, 2015) Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional. Diario Oficial. Bogotá p. 49.523 . 1496-1588 <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=62517> (octubre de 2016)
- Galán, D. R. (2003). La Compraventa Internacional de Mercaderías y su Integración en el Ordenamiento Jurídico Colombiano. *Revista Criterio Jurídico* No 3, 74- 114.

- Oviedo, J. (2008). *Regulación del contrato de compraventa Internacional Antecedentes, estructura y fuentes*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Oviedo J.. (2009). “*Estudios de Derecho Mercantil internacional: principios de Unidroit, lex mercatoria, compraventa internacional, contratación electrónica, insolvencia transfronteriza*”. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Oviedo J. (2009). “*Estudios de Derecho Mercantil internacional: principios de Unidroit, lex mercatoria, compraventa internacional, contratación electrónica, insolvencia transfronteriza*”. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Ravassa, G. J. (2004). *Derecho Mercantil Internacional - Principios y Normas*. Bogotá: Segunda Edición Editorial Doctrina y Ley.
- Ríos, A., & Baptista L. (1998). *Aspectos Jurídicos del Comercio Internacional*. Santafé de Bogotá: Editorial Temis tercera edición.
- Salcedo, M. (2006). El Arbitraje en los contratos concluidos por la administración - parte II Límites jurisprudenciales del arbitraje en los contratos públicos. En C. U. Rosario, *La Especificidad De la Aplicación del Arbitraje En los Contrtos De la Administración Bajo la Influencia del Derecho Internacional en Francia* (pág. 242). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Zapatero, P. (2006). Dimensiones Internacionales de la Contratación Pública. En A. Calvo Caravaca, & J. Oviedo Albán, *Colección de Derecho Privado y Globalización - Tomo I Nueva Lex Mercatoria y Contratos Internacionales* (págs. 575-579). Bogotá: Grupo Ibañez.

Forma de citar: Cely, L. (2016). La convención de naciones unidas de compraventa internacional de mercaderías en el sistema de contratación pública de Colombia. *Rev. CES Derecho*, 7(2), 95-105.