



Asamblea General

Distr. limitada
19 de junio de 2006
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

Décimo período de sesiones
Viena, 25 a 29 de septiembre de 2006

Posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios-textos normativos propuestos para abordar la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública y publicación electrónica de conformación relacionada con la contratación pública

Nota de la Secretaría

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción	1-2	2
II. Textos normativos propuestos para abordar la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública	3-37	2
A. Medios de comunicación y forma de las comunicaciones	3-19	2
1. Anteproyecto de texto revisado de la Ley Modelo	3-17	2
2. Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno	18-19	6
B. Disposiciones relativas a la validez jurídica de un contrato adjudicado por vía electrónica y obligación de llevar un expediente del proceso de adjudicación	20	7
C. Textos normativos propuestos para abordar la presentación por vía electrónica de las ofertas, propuestas o cotizaciones	21-28	8
1. Anteproyecto de texto de la Ley Modelo revisada	21-26	8
2. Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno	27-28	9
D. Apertura de ofertas presentadas por vía electrónica	29	10
E. Publicación electrónica de información concerniente a la contratación pública	30-37	10
1. Proyecto de texto propuesto para la Ley Modelo revisada	30-34	10
2. Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno	35-37	11



I. Introducción

1. Los antecedentes de la actual labor del Grupo de Trabajo I (Contratación pública) acerca de la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (la “Ley Modelo”) (A/49/17 y Corr.1, anexo I) figuran en los párrafos 5 a 53 del documento A/CN.9/WG.I/WP.46, que el Grupo de Trabajo tendrá ante sí en su décimo período de sesiones. La principal tarea del Grupo de Trabajo es actualizar y revisar la Ley Modelo, a fin de tener en cuenta los acontecimientos recientes, inclusive la utilización de comunicaciones y tecnologías electrónicas en la contratación pública.

2. Esa utilización, que comprende la presentación de ofertas y la convocatoria de licitaciones por vía electrónica, así como la celebración de reuniones, el almacenamiento de información y la publicación por medios electrónicos de información relativa a la contratación pública, formó parte de los temas de los que se ocupó el Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones sexto a noveno¹. En su noveno período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara los textos normativos propuestos pertinentes que había examinado en el período de sesiones². La presente nota se ha preparado de conformidad con esa petición, y en ella se consignan esos textos normativos debidamente revisados a fin de tomar en consideración las deliberaciones del Grupo de Trabajo en su noveno período de sesiones.

II. Textos normativos propuestos para abordar la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública

A. Medios de comunicación y forma de las comunicaciones

1. Anteproyecto de texto revisado de la Ley Modelo

3. El Grupo de Trabajo ha decidido proseguir sus deliberaciones sobre la base del texto de los dos proyectos de artículos de la Ley Modelo, utilizando los proyectos que tuvo ante sí en su noveno período de sesiones³ y las disposiciones del artículo 9 del texto actual (1994) de la Ley Modelo⁴:

“Artículo 5 bis. Medios de Comunicación

1) Se entenderá que toda disposición de la presente Ley relativa a la comunicación [, al acto de escribir, de publicar información, de presentar ofertas en un sobre cerrado, de convocar a licitación o de archivar o de celebrar una reunión,] abarcará los medios electrónicos, ópticos y otros medios comparables que se utilicen para tales actividades, siempre y cuando los medios elegidos puedan utilizarse fácilmente junto con los que general [o comúnmente] empleen los proveedores y contratistas entre sí.

2) Los documentos, las notificaciones, las decisiones y otras comunicaciones entre proveedores o contratistas y la entidad adjudicadora se facilitarán, presentarán o aplicarán por el medio de comunicación que haya especificado la entidad adjudicadora cuando solicitó en primer lugar la participación de los proveedores o contratistas en el proceso de contratación

pública, siempre y cuando los medios especificados puedan utilizarse de la forma determinada en el párrafo anterior.

3) [Los reglamentos de contratación pública o la entidad adjudicadora] [establecerán o podrán establecer] medidas para asegurar la autenticidad, la integridad, la accesibilidad y la confidencialidad de las comunicaciones.

[4) Las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo serán igualmente aplicables a toda disposición de la presente Ley referente al acto de escribir, de publicar información, de presentar ofertas en un sobre cerrado, de abrir las ofertas, de archivar o de celebrar una reunión.]”

“Artículo 9 [5 ter.] Forma de las comunicaciones

1) A reserva de otras disposiciones de la presente Ley, los documentos, las notificaciones, las decisiones y otras comunicaciones que deberá presentar la entidad adjudicadora o la autoridad administrativa a un proveedor o contratista, o que un proveedor o contratista deberá presentar a la entidad adjudicadora, se presentarán en una forma que deje constancia del contenido de la comunicación y sea accesible de modo que sea utilizable para ulteriores consultas.

2) Las comunicaciones entre los proveedores o contratistas y la entidad adjudicadora a que se hace referencia en los artículos 7 4) y 6), 12 3), 31 2) a), 32 1) d), 34 1), 36 1), 37 3), 44 b) a f), y 47 1) [actualícese las revisiones de la Ley Modelo] podrán efectuarse por medio de una comunicación que no deje constancia del contenido de la comunicación siempre y cuando se dé de inmediato al receptor de la comunicación la confirmación de la comunicación en una forma que deje constancia del contenido de la comunicación y que sea accesible, a fin de poder utilizarse para ulteriores consultas.”

Comentario - origen, ubicación y título

4. El artículo 5 bis propuesto y el artículo 9 revisado reflejan las deliberaciones realizadas por el Grupo de Trabajo en su noveno período de sesiones acerca de los medios de comunicación y la forma de las comunicaciones⁵. El artículo 5 bis propuesto contiene un texto que no figura en la Ley Modelo actual, y el artículo 9 revisado se basa en las disposiciones del actual artículo 9.

5. En el noveno período de sesiones, el Grupo de Trabajo señaló que en las disposiciones del artículo 5 bis se enunciaba un principio fundamental relacionado con la utilización de las comunicaciones en el proceso de contratación pública (refiriéndose al término “comunicaciones” en su sentido más amplio), y que, por consiguiente, debería insertarse en la parte inicial de la Ley Modelo antes de toda identificación de proveedores o contratistas. En consecuencia, se convino, a título preliminar, en que esas disposiciones se insertaran después del actual artículo 5⁶.

6. En su noveno período de sesiones, el Grupo de Trabajo aplazó el examen del título del artículo 5 bis propuesto⁷. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar la posibilidad de que en ese artículo se regulen los medios de comunicación (bien los tradicionales basados en el papel, bien los electrónicos), mientras que el artículo 9 revisado regula la forma de las comunicaciones (por escrito y no en forma oral y

con constancia del contenido). En consecuencia, tal vez el Grupo de Trabajo desee reflejar esta diferencia en los títulos de los artículos.

7. El Grupo de Trabajo no ha decidido definitivamente si las disposiciones mencionadas más arriba deberán figurar en uno o dos artículos, o si convendría insertarlos juntos (por ejemplo, como artículos 5 bis y 5 ter). A este respecto, tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar si las diferencias entre los “medios” y la “forma” de las comunicaciones son suficientemente claras y si podría ser de utilidad al usuario de la Ley Modelo tratar de hacer una distinción entre ellos. Alternativamente, tal vez el Grupo de Trabajo quiera prever que los “medios” y la “forma” de las comunicaciones figuren en un artículo conjunto, que podría titularse “Comunicaciones” (véase además el párr. 12 *infra*).

Comentario - el texto

8. Quizá el Grupo de Trabajo desee estudiar si la referencia a “medios” (de comunicación) que figura en el párrafo 1) del proyecto de artículo 5 bis es suficientemente clara o si debería calificarse el término “medios” para poner claramente de manifiesto que se hace referencia a “medios de comunicación”. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar la posibilidad de incluir una frase descriptiva, tal como las variantes entre corchetes: “mediante los cuales se realizan esas actividades” o “medios de comunicación”, aunque señalando que la segunda variante debería interpretarse en forma lata (en la Guía para la incorporación al derecho interno habría que dar una explicación en ese sentido).

9. Además, tal vez el Grupo de Trabajo quiera estudiar la cuestión de si el párrafo 1) del artículo 5 bis satisface el deseo expresado por él de presentar la Ley Modelo revisada en una forma tecnológicamente neutral⁸. El proyecto mencionado más arriba se refiere solamente a los “medios electrónicos, ópticos y otros medios comparables” de comunicación, pero no a los medios tradicionales basados en el papel. Una formulación alternativa, expresada en forma tecnológicamente neutral, podría ser, por ejemplo, del tenor siguiente:

“[toda] disposición de la presente Ley relativa a las comunicaciones [...] se interpretará en el sentido de que incluye todos los medios [mediante los cuales se realizan esas actividades/de comunicación], inclusive los medios tradicionales basados en el papel, los electrónicos, ópticos y otros medios comparables”.

10. Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar la cuestión de si el artículo 5 bis proporciona la equivalencia funcional deseada, porque no contiene ninguna norma ni requisito en relación con las comunicaciones en general, y el enfoque de la equivalencia funcional actúa estableciendo que todo requisito relativo a la documentación consignada sobre papel puede cumplirse mediante las comunicaciones por vía electrónica⁹. Una formulación alternativa podría comportar que la disposición se refiriera a ese requisito, que se cumplirá empleando medios de comunicación tradicionales basados en el papel o medios electrónicos. Tal vez el Grupo de Trabajo desee también considerar la posibilidad de agregar un texto en el sentido de que toda comunicación emitida en un proceso de contratación pública regulado por la Ley Modelo puede hacerse utilizando cualesquiera medios de comunicación, ya sea los basados en el papel, los electrónicos, ópticos y otros medios comparables¹⁰.

11. El Grupo de Trabajo ha señalado que el párrafo 1) del proyecto de artículo 5 bis también regula no solamente las comunicaciones, sino además el acto de escribir, de publicar información, de presentar ofertas en un sobre cerrado, de convocar a licitaciones, de archivar o de celebrar una reunión. Sin embargo, los párrafos 2) y 3) regulan tan sólo las comunicaciones. En su noveno período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en examinar, en un período de sesiones subsiguiente, la cuestión de si esas otras referencias deberían incluirse en el párrafo 1), o, alternativamente, en un párrafo 4) independiente del proyecto de artículo, o insertarse en algún otro lugar del texto. El texto entre corchetes de los párrafos 1) y 4) del proyecto de artículo 5 bis refleja esa cuestión pendiente¹¹.

12. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar la posibilidad de que el párrafo 1) del artículo 5 bis figure como artículo separado, que se insertaría como artículo 2 bis y se titularía “Interpretación”, ya que trata de la interpretación de las disposiciones subsiguientes de la Ley Modelo, incluidas las referentes a la publicación de información relacionada con la contratación pública, la primera de las cuales aparece ya en el artículo 5, es decir, antes del artículo 5 bis propuesto. Tal vez el Grupo de Trabajo desee también considerar la posibilidad de que, si se sigue este criterio, se consoliden los párrafos 2) y 3) del artículo 5 bis con el artículo 9 revisado, con el título de “Comunicaciones”, o inmediatamente después del artículo 5 como artículo 5 bis.

13. En su noveno período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió que se agregara la palabra “comúnmente” a la palabra “general” como término calificativo de los medios de comunicación que utilizaban los proveedores o contratistas entre sí, a fin de garantizar que se dispusiera de tales medios en medida suficiente¹².

14. En cuanto al párrafo 3) del proyecto de artículo 5 bis, el Grupo de Trabajo ha convenido en estudiar si la entidad adjudicadora, y no el Estado promulgante con sus reglamentos, debería regular las cuestiones de la autenticidad, integridad, accesibilidad y confidencialidad de las comunicaciones, mencionadas en ese párrafo, y si debería darse a la entidad adjudicadora o al Estado promulgante la opción de hacerlo, o bien imponérselos la obligación de hacerlo. El texto que figura entre corchetes en el artículo propuesto refleja esa cuestión pendiente¹³.

15. Por lo que respecta al artículo 9 revisado, tal vez el Grupo de Trabajo recuerde que el texto sigue el enunciado de los párrafos 1) y 2) del texto actual del artículo 9, con la adición de la frase “y que sea accesible, a fin de poder utilizarse para ulteriores consultas” al final de cada párrafo. Esa frase se incluye para que el requisito de que las comunicaciones contengan un registro de su contenido perdure con el tiempo, así como para ajustarse a lo dispuesto en los artículos 6 y 10 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, los cuales regulan el concepto de “escrito” y la conservación de los mensajes de datos, respectivamente¹⁴.

16. El Grupo de Trabajo ha aplazado el examen final de la cuestión de si debería mantenerse de alguna forma el texto actual del párrafo 3) del artículo 9¹⁵, a fin de establecer el principio general de la no discriminación en la utilización de las comunicaciones, o si el párrafo 1) del artículo 5 bis propuesto proporciona suficientes salvaguardias al respecto. A este respecto, el Grupo de Trabajo ha señalado que el concepto de la no discriminación figura, no sólo en el párrafo 3) del texto actual del artículo 9, sino también en varias otras disposiciones del texto

actual de la Ley Modelo, como, por ejemplo, expresado en términos positivos de trato justo e igualitario de los proveedores y contratistas en el párrafo d) del preámbulo. El Grupo de Trabajo ha expresado la opinión de que el actual párrafo 3) del artículo 9 podría ser superfluo a la luz de las nuevas disposiciones propuestas del artículo 5 bis y el artículo 9 revisado con respecto a las comunicaciones en general, pero que, en el contexto de la posible presentación obligatoria de ofertas por medios electrónicos, tal vez siga requiriéndose una disposición sobre la no discriminación. El Grupo de Trabajo también ha aplazado su examen de la cuestión relativa al lugar del texto en que debería ubicarse una disposición general sobre la no discriminación¹⁶.

17. En su noveno período de sesiones, el Grupo de Trabajo confirmó que la selección de los medios de comunicación y la forma de las comunicaciones, bien sobre papel bien por vía electrónica, o ambos, eran decisiones que incumbían a la entidad adjudicadora. Se decidió que en el texto de la Ley Modelo se permitiera expresamente más de un medio o más de una forma de las comunicaciones para que las seleccionara esa entidad¹⁷. El texto del proyecto de artículo 5 bis y el artículo 9 revisado que figuran más arriba permiten seleccionar más de un medio de comunicación.

2. Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno

18. El Grupo de Trabajo ha pedido que el texto de la Guía para la incorporación al derecho interno que regule las disposiciones mencionadas más arriba:

a) contenga una lista ilustrativa actualizada de ejemplos de “medios electrónicos, ópticos y otros medios comparables” de comunicación;

b) explique que las disposiciones del párrafo 1) del proyecto de artículo 5 bis, aunque difieran de las disposiciones análogas de otros textos de la CNUDMI, tienen los mismos fines que los de otros textos de la CNUDMI, inclusive la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales¹⁸;

c) indique que las disposiciones del párrafo 1) del proyecto de artículo 5 bis deben interpretarse en forma amplia a fin de abarcar cualesquiera disposiciones de la Ley Modelo que comporten la presencia física o una documentación consignada sobre papel;

d) contenga algún análisis de la función y el lugar que ocupa la contratación pública por vía electrónica en el contexto de la administración pública informatizada;

e) enuncie ciertos supuestos en los que sería obligatorio el empleo de la vía electrónica con arreglo a la Ley Modelo y dé más orientaciones acerca de las repercusiones de diversos niveles de utilización del comercio electrónico en los Estados promulgantes;

f) amplíe el concepto de disponibilidad general de medios de comunicación (desde la perspectiva de que las entidades adjudicadoras deberían tener en cuenta el nivel de implantación de las comunicaciones y tecnologías electrónicas en el mercado pertinente al hacer una selección de los medios de comunicación para la contratación pública de que se trate, así como los costos de dichos medios);

g) ponga de relieve el hecho de que el recurso a los medios de comunicación que eran objetivamente justificables variará de un ordenamiento jurídico a otro y de una contratación pública concreta a otra;

h) aborde cuestiones técnicas tales como la interoperabilidad y la compatibilidad;

i) informe de que en ciertas circunstancias, podrían aplicarse requisitos más estrictos (por ejemplo, en virtud de tratados internacionales o requisitos impuestos por los bancos multilaterales de desarrollo);

j) ponga de relieve que la utilización de sistemas mixtos sería muy apropiada durante el período de transición después de la introducción de los medios de comunicación electrónicos en la contratación pública, y que a largo plazo, se promoverá, cuando proceda, la utilización exclusiva de esos medios;

k) aborde el concepto de discriminación y explique con ejemplos cómo podría surgir en la práctica;

l) aclare que los medios de comunicación seleccionados no deberían constituir un obstáculo para el proceso de contratación pública, ya que de otro modo pondrían en peligro la promoción de los objetivos de la Ley Modelo de alcanzar una máxima economía y eficiencia en la contratación pública, como se indica en el párrafo a) de su preámbulo, y

m) examine en detalle las cuestiones planteadas por la autenticidad, integridad, accesibilidad y confidencialidad de las comunicaciones¹⁹.

19. Se facilitará al Grupo de Trabajo un proyecto de texto de la Guía para la incorporación al derecho interno a fin de reflejar esos aspectos y sus decisiones sobre las cuestiones mencionadas en los párrafos 6 a 14 y 16 *supra*, para su examen en un futuro período de sesiones.

B. Disposiciones relativas a la validez jurídica de un contrato adjudicado por vía electrónica y obligación de llevar un expediente del proceso de adjudicación

20. Tal vez el Grupo de Trabajo recuerde que sus propuestas de redacción respecto de las disposiciones de la Guía para la incorporación al derecho interno que tuvo ante sí (formuladas en el noveno período de sesiones)²⁰ se referían a la validez jurídica de los contratos adjudicados por vía electrónica y a la obligación de llevar un expediente del proceso de adjudicación. Se proporcionará al Grupo de Trabajo un proyecto de texto de la Guía para reflejar esas propuestas con miras a examinarlas en un futuro período de sesiones.

C. Textos normativos propuestos para abordar la presentación por vía electrónica de las ofertas, propuestas o cotizaciones

1. Anteproyecto de texto de la Ley Modelo revisada

21. El Grupo de Trabajo decidió proseguir sus deliberaciones sobre la presentación por vía electrónica de las ofertas a partir del siguiente proyecto de texto del apartado a) del párrafo 5) del artículo 30:

“Las ofertas serán presentadas [por el medio que se especifique en el pliego de condiciones y serán presentadas] por escrito, firmadas y en un sobre sellado”²¹.

Comentario

22. En su noveno período de sesiones, el Grupo de Trabajo observó que el texto propuesto regulaba tanto los “medios” como la “forma” de la presentación de las ofertas. Aunque los “medios” de presentación se abordan de hecho en el artículo 5 bis propuesto (porque las ofertas son “comunicaciones” en el ámbito de este artículo), el Grupo de Trabajo expresó la opinión de que podía resultar útil hacer una referencia expresa en el apartado a) del párrafo 5) del artículo 30 a esos medios, a fin de dejar claramente sentado que las palabras “por escrito, firmadas y en un sobre sellado” abordaban la “forma” de las ofertas y no los “medios” para presentarlas²².

23. En cuanto a la “forma” en que han de presentarse las ofertas, el Grupo de Trabajo ha señalado que el requisito en cuanto a la forma que exige que las ofertas se presenten “por escrito, firmadas y en un sobre sellado” son salvaguardias fundamentales para esa presentación. En consecuencia, y pese al contexto de una documentación consignada sobre papel que implica esa frase, el Grupo de Trabajo decidió que la expresión “por escrito, firmadas y en un sobre sellado” no se reemplazara por términos tecnológicamente neutrales equivalentes²³.

24. A ese respecto, el Grupo de Trabajo decidió también prescindir de la opción contenida en el actual apartado b) del párrafo 5) del artículo 30, en el sentido de que la entidad adjudicadora hiciera menos estrictos los requisitos en cuanto a la forma. El texto del apartado b) rezaba, en una parte importante que el Grupo de Trabajo ha decidido suprimir, que las ofertas podrían presentarse “de cualquier otra forma que se especifique en el pliego de condiciones por la que quede constancia del contenido de la oferta y que proporcione por lo menos un grado análogo de autenticidad, seguridad y confidencialidad”. (La referencia a “otra forma” en este párrafo es cualquier forma que no sea “por escrito, firmadas y en un sobre sellado”).

25. Aun cuando el artículo 5 bis propuesto deja claro que las palabras “por escrito” y “en un sobre sellado” tienen por finalidad abordar tanto los conceptos de medios tradicionales sobre papel como sus medios electrónicos, no establece ningún requisito en cuanto a las firmas. El artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico prevé que el requisito de la firma quedará satisfecho si se utiliza un método fiable “para identificar” a una persona y “para indicar que esa persona aprueba” la información contenida en el mensaje de datos. Las cuestiones que se plantean al utilizar las firmas electrónicas y digitales se examinan en forma detallada en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas, cuyo

texto dimana directamente de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico²⁴.

26. Tal vez el Grupo de Trabajo recuerde que la utilización de firmas electrónicas varía en alto grado de un ordenamiento jurídico a otro, y, en algunos casos, las firmas electrónicas son autenticadas en forma independiente (en cuyo caso se las conoce por el nombre de “firmas digitales”)²⁵. Sin embargo, los comentaristas han señalado que el requisito de utilizar firmas electrónicas y digitales puede ocasionar dificultades técnicas innecesarias y actuar como desincentivo de la adopción de la contratación pública por vía electrónica. Como el Grupo de Trabajo señaló en su noveno período de sesiones, en algunos ordenamientos se había tratado de evitar las consecuencias técnicas del requisito de que un documento electrónico estuviera firmado y para ello se hacía referencia a los documentos autenticables²⁶. Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar si en la Ley Modelo se debería prever expresamente la equivalencia funcional de las firmas tradicionales y las firmas electrónicas, y, en caso afirmativo, la ubicación de la disposición correspondiente. Quizás el Grupo de Trabajo recuerde que la propia Ley Modelo sólo establece el requisito de una firma en el caso de las ofertas y los contratos adjudicados y, por consiguiente, se podría insertar una disposición para abordar la cuestión de las firmas bien en el artículo 5 bis propuesto, o en los artículos que regulan la presentación de ofertas y los contratos adjudicados. Alternativamente, el Grupo de Trabajo podría considerar la posibilidad de que el tema de la equivalencia funcional de las firmas tradicionales y las electrónicas se abordara en la Guía para la incorporación al derecho interno.

2. Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno

27. El Grupo de Trabajo ha señalado que en la Guía para la incorporación al derecho interno se deberían abordar las siguientes cuestiones relacionadas con la presentación por vía electrónica de las ofertas: i) que la referencia a “medios” en relación con la presentación de las ofertas implica el empleo de un sistema exclusivamente electrónico, de uno exclusivamente basado en el papel o uno mixto (en el marco de los dos primeros los proveedores pueden presentar sus ofertas en un formato basado en el papel o por vía electrónica, en el marco del tercero se les da la opción de presentar algunas partes de sus ofertas, como las muestras, los dibujos y diseños técnicos o los certificados legales, consignados sobre papel); ii) la conveniencia de promover a largo plazo la presentación por vía electrónica, y la utilización de sistemas mixtos como medida provisional; iii) las salvaguardias relacionadas con la equivalencia haciendo referencia a la frase “por escrito, firmadas y en un sobre sellado”; iv) la utilización de tecnologías tales como los programas informáticos de detección de virus a fin de reducir el riesgo de que se borren las ofertas electrónicas como consecuencia de un virus (con miras a aumentar la confianza y la transparencia en relación con el entorno electrónico), y v) el tema de si las entidades adjudicadoras deberían permitir la presentación de ofertas por duplicado en formato diferente, como salvaguardia contra el fallo del sistema, y las salvaguardias que también deberían aplicarse para protegerse contra todo abuso²⁷.

28. Se facilitará al Grupo de Trabajo un proyecto de texto de la Guía para la incorporación al derecho interno en el que se reflejarán esos aspectos y también sus decisiones sobre la cuestión que figura en el párrafo 26 *supra*, a fin de que lo examine en un futuro período de sesiones.

D. Apertura de ofertas presentadas por vía electrónica

29. El Grupo de Trabajo acordó, a título preliminar, el enunciado del texto propuesto del artículo 33 4) de la Ley Modelo, que es del tenor siguiente:

“Artículo 33. Apertura de las ofertas

4) Cuando el procedimiento de contratación pública se lleve a cabo por vía electrónica de conformidad con [insértense aquí las disposiciones que regulan las comunicaciones electrónicas, las subastas inversas y, en su caso, otros procedimientos plenamente automatizados], se considerará que se ha permitido a los proveedores o contratistas estar presentes en la apertura de las ofertas de conformidad con los requisitos establecidos en el artículo 33 2) si están en condiciones de seguir la apertura de las ofertas contemporáneamente a través de medios electrónicos, ópticos o medios comparables de comunicación utilizados por la entidad adjudicadora”²⁸.

E. Publicación electrónica de información concerniente a la contratación pública

1. Proyecto de texto propuesto para la Ley Modelo revisada

30. En su noveno período de sesiones, el Grupo de Trabajo acordó, a título preliminar, mantener sin cambios el texto actual del artículo 5 de la Ley Modelo y recoger en la Guía los puntos adicionales propuestos^{29, 30}.

31. El Grupo de Trabajo habrá de decidir en su décimo período de sesiones si la Secretaría, al preparar el texto del artículo 5 revisado, debería dividir el artículo en dos párrafos como lo sugirió en su noveno período de sesiones, a saber: el primero, relativo a los textos jurídicos que tendrían que publicarse (leyes, reglamentaciones y directrices de contratación pública de aplicación general), con respecto a los cuales se retendría el requisito de que se mantuvieran “sistemáticamente actualizados”, y el segundo, referente a las resoluciones judiciales y reglamentos administrativos importantes, con respecto a los cuales el requisito de que estuvieran “sistemáticamente actualizados” se reemplazaría por el requisito de “actualizar periódicamente si es necesario”. Esa sugerencia fue objeto de cierto apoyo en el seno del Grupo de Trabajo; sin embargo, no se adoptó ninguna decisión definitiva al respecto³¹.

32. Se prevé que el Grupo de Trabajo siga examinando en su décimo período de sesiones la conveniencia de incluir en la Ley Modelo disposiciones sobre las oportunidades de contratos próximamente adjudicables, bien como parte del artículo 5 o en un artículo aparte, a la luz de las deliberaciones en su noveno período de sesiones³². En ese período de sesiones se formuló la sugerencia de que, al examinar esta cuestión, el Grupo de Trabajo habría de evaluar si la práctica de la publicación de este tipo de información era conforme a los objetivos de la Ley Modelo y si, de serlo, sería necesario que ésta contuviera una disposición habilitadora a fin de promover la práctica³³.

33. También en ese período de sesiones se sugirió introducir algunos cambios en el enunciado propuesto respecto de la publicación de información acerca de las

oportunidades de contratos próximamente adjudicables, y el texto, en su forma enmendada teniendo en cuenta esos cambios, es del tenor siguiente:

“Con la mayor prontitud posible a partir del comienzo del ejercicio fiscal, las entidades adjudicadoras [podrán/deberán] publicar información sobre las oportunidades de contratos adjudicables en los siguientes [el Estado promulgante especificará aquí el período], y esta información no constituirá total ni parcialmente un pliego de condiciones”³⁴.

34. El Grupo de Trabajo habrá de examinar la cuestión de si el texto, en caso de que se incluya en la Ley Modelo, debe tener carácter habilitador o prescriptivo (“deberá publicar” o “podrá publicar”)³⁵. Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar si una formulación alternativa, en la que se señale, por ejemplo, que el reglamento de contratación pública puede regular la publicación de información adicional sobre la contratación pública y que la Guía para la incorporación al derecho interno proporcionará orientaciones apropiadas en cuanto al alcance de lo que se publique, podría aportar mayor flexibilidad a este respecto.

2. Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno

35. El Grupo de Trabajo ha pedido que en la Guía para la incorporación al derecho interno se aborde la cuestión de la conveniencia de dar acceso público a la siguiente información, y actualizarla cuando sea necesario:

a) las decisiones judiciales, que sienten un precedente y sean de aplicación general, relativas a la aplicación del régimen de contratación pública³⁶;

b) La información adicional sobre los controles internos, las orientaciones u otra información;

c) todos los demás documentos e información que la Ley Modelo prevé que sean publicados con referencias concretas a ellos³⁷; y

d) información sobre las oportunidades de contratos próximamente adjudicables³⁸.

36. En la Guía se abordarán también las dificultades prácticas para publicar y hacer accesibles los textos jurídicos; los medios y la forma de publicación, y el concepto de “sistemáticamente actualizados” a que se hace referencia en el texto actual del artículo 5³⁹.

37. El Grupo de Trabajo también ha pedido que se introduzcan pequeñas enmiendas en el texto propuesto de la Guía para la incorporación al derecho interno que tuvo ante sí en su noveno período de sesiones⁴⁰. Se facilitará al Grupo de Trabajo el texto del proyecto revisado de la Guía, en el que se recogerán las sugerencias y propuestas que figuran en los párrafos 35 y 36 *supra*, así como las decisiones del Grupo de Trabajo acerca de las cuestiones pendientes que figuran en los párrafos 31, 32 y 34 *supra*, para su examen en un futuro período de sesiones.

Notas

- ¹ En lo que concierne a las subastas electrónicas inversas, véase el documento A/CN.9/WG.I/WP.48.
- ² A/CN.9/595, párrs. 10 a 79.
- ³ A/CN.9/WG.I/WP.42, párrs. 7, 17 y 20.
- ⁴ A/CN.9/595, párrs. 40 y 44.
- ⁵ A/CN.9/595, párrs. 11 a 46.
- ⁶ A/CN.9/595, párr. 37.
- ⁷ A/CN.9/595, párr. 37.
- ⁸ Durante el debate sobre una cuestión conexa, el Grupo de Trabajo observó que había una “incoherencia entre el principio de la “neutralidad tecnológica” [en este texto], donde se hace referencia a una determinada tecnología, que habría de reconsiderar en su momento” (A/CN.9/595, párr. 15). También se señala a la atención del Grupo de Trabajo el debate realizado en su noveno período de sesiones acerca de la presentación de las ofertas, en el que se manifestó que una proporción significativa de las ofertas seguían presentándose en el formato tradicional sobre papel (A/CN.9/595, párr. 55).
- ⁹ La Guía para la incorporación al derecho interno que acompaña a la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico indica en su párrafo 16 que el “criterio del equivalente funcional” “[...] basado en un análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional de la presentación de un *escrito consignado sobre papel* con miras a determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones con técnicas del llamado comercio electrónico”. [el subrayado es nuestro]
- ¹⁰ Tal vez el Grupo de Trabajo desee también considerar la posibilidad de que una formulación de este tipo permita la introducción en el artículo 5 bis de una disposición sobre la equivalencia funcional para regular las firmas electrónicas. Véase, además, el párrafo 26 de la presente nota.
- ¹¹ A/CN.9/595, párr. 41.
- ¹² Véase el proyecto de texto que se ajusta al enunciado contenido en el párrafo 40 del documento A/CN.9/595. A este respecto, el Grupo de Trabajo recordó que el término “generalmente” entraña el concepto de universalidad, y que el término “comúnmente” significa que se dispone ampliamente de la tecnología, pero quizá no esté al alcance de todos o casi todos los usuarios, como se señala en el apartado a) del párrafo 18 del documento A/CN.9/WG.I/WP.42.
- ¹³ A/CN.9/595, párr. 43.
- ¹⁴ Para el texto de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/51/17)*, anexo I, publicado también en el Anuario de la CNUDMI, vol. XXVII: 1996 (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.98.V.7), tercera parte, anexo I). La Ley Modelo y la Guía para la incorporación al derecho interno que la acompaña ha aparecido como publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.99.V4, y se puede consultar en forma electrónica en el sitio de la CNUDMI en la web: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html. La nota explicativa al artículo 6 (véase el párrafo 50 de la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico) prevé que “el artículo 6 se centra en el concepto básico de que la información se reproduce y se lee. En el artículo 5 esta idea se expresa en términos que se consideró que fijaban un criterio objetivo, a saber, que la información de un mensaje de datos debe ser accesible para su ulterior consulta. Al emplear la palabra “accesible” se quiere sugerir que la información en forma de datos informatizados debe ser legible e interpretable y que debe conservarse todo programa informático que sea necesario para hacer legible esa información. En la versión inglesa la palabra “usable” (“disponible”),

sobreentendida en la versión española en la noción de accesibilidad, no se refiere únicamente al acceso humano sino también a su procesamiento informático. En cuanto a la noción de “ulterior consulta”, se prefirió a otras nociones como “durabilidad” o “inalterabilidad”, que hubiesen establecido un criterio demasiado estricto, y a nociones como “legibilidad” o “inteligibilidad”, que podrían constituir criterios demasiado subjetivos”.

¹⁵ El texto actual es del tenor siguiente: “La entidad adjudicadora no discriminará contra ningún proveedor o contratista, ni entre unos proveedores o contratistas y otros en razón de la forma en la cual transmitan o reciban documentos, notificaciones, decisiones o cualesquiera otras comunicaciones”. Al abordar esta disposición, la Guía para la incorporación al derecho interno señala que: “Debido en particular a la variabilidad actual del acceso y empleo de estos medios no tradicionales de comunicación, se ha incluido en este artículo el párrafo 3) para evitar que se discrimine entre proveedores o contratistas por razón de la forma de comunicación empleada”.

¹⁶ A/CN.9/595, párrs. 26 a 36 y 60.

¹⁷ A/CN.9/595, párrs. 59 y 60.

¹⁸ Resolución 60/21 de la Asamblea General.

¹⁹ A/CN.9/595, párrs. 11, 12, 14, 18 a 22, 30, 34, 38, 43 y 61.

²⁰ A/CN.9/595, párrs. 47 a 51.

²¹ A/CN.9/595, párr. 63.

²² A/CN.9/595, párr. 62.

²³ A/CN.9/595, párr. 54.

²⁴ Para el texto de la Ley Modelo sobre las firmas electrónicas, véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/56/17)*, anexo II. La Ley Modelo y la Guía para la incorporación al derecho interno que le acompaña han aparecido como publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.02.V.8 y puede consultarse en forma electrónica en el sitio de la CNUDMI en la web (http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/2001Model_signatures.html).

²⁵ Las firmas digitales comportan a veces actividades de cifrado, utilizando en ocasiones la infraestructura de claves públicas, y requieren una importante inversión para su establecimiento. El sector privado realiza el comercio electrónico sin firmas digitales. Para más detalles, véase el informe final de la Conference on Electronic Government Procurement (Conferencia sobre la Contratación Pública por Vía Electrónica), celebrada por los bancos multilaterales de desarrollo, Manila, 26 a 28 de octubre de 2004, que puede consultarse en <http://www.mdb-egp.org/data/international.htm>.

²⁶ A/CN.9/595, párr. 56.

²⁷ A/CN.9/595, párrs. 57 a 59.

²⁸ A/CN.9/595, párrs. 64 y 65, y A/CN.9/WG.I/WP.42, párrs. 35 a 37.

²⁹ A/CN.9/WG.I/WP.42, párr. 38.

³⁰ A/CN.9/595, párrs. 66 a 74.

³¹ A/CN.9/595, párr. 71.

³² A/CN.9/595, párrs. 75 a 78.

³³ A/CN.9/595, párr. 78.

³⁴ A/CN.9/595, párr. 76.

³⁵ A/CN.9/595, párrs. 76 y 77.

³⁶ A/CN.9/595, párrs. 68 y 74.

³⁷ A/CN.9/595, párr. 74.

³⁸ A/CN.9/595, párrs. 76 a 78.

³⁹ A/CN.9/595, párrs. 69, 70 y 72.

⁴⁰ A/CN.9/595, párr. 79.
