



Asamblea General

Distr. general
8 de mayo de 2006
Español
Original: inglés

**Comisión de la Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
39º período de sesiones
Nueva York, 19 de junio a 7 de julio de 2006

Informe del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) sobre la labor de su noveno período de sesiones

(Nueva York, 24 a 28 de abril de 2006)

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción	1-2	3
II. Organización del período de sesiones	3-8	3
III. Deliberaciones y decisiones	9-10	4
IV. Examen de las propuestas para la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios	11-111	5
A. El empleo de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.42 y Add.1)	11-86	5
1. Equivalencia funcional de todos los métodos de comunicar, publicar, intercambiar o archivar información o documentos	11-22	5
2. Normas de accesibilidad	23-38	7
3. Formas de las comunicaciones	39-46	11
4. Validez jurídica de un contrato adjudicado por vía electrónica	47-48	13
5. Obligación de llevar un expediente del proceso de adjudicación	49-51	13
6. Presentación por vía electrónica de las ofertas, propuestas y cotizaciones	52-63	14
7. Apertura de ofertas presentadas por vía electrónica	64-65	16
8. Publicación electrónica de información concerniente a la contratación pública	66-79	16



9.	Cuestiones pendientes	80-86	19
B.	Proyectos de disposición para facultar el recurso a la subasta electrónica inversa en el marco de la Ley Modelo (A/CN.9/WGI/WP.43)	87-111	21
1.	Observaciones generales	87-94	21
2.	Condiciones para el empleo de la subasta electrónica inversa	95-104	22
3.	Procedimientos durante el período anterior a la subasta	105-111	25

I. Introducción

1. En su 37º período de sesiones, celebrado en 2004, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante la “Comisión”) encomendó a su Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) que elaborase propuestas para la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios de 1994 (en adelante la “Ley Modelo”, A/49/17 y Corr.1, anexo I). Se confirió un mandato flexible al Grupo de Trabajo a fin de que determinara las cuestiones que procedería examinar en el curso de su labor, con miras sobre todo a facilitar la admisión de nuevas prácticas en la contratación pública, particularmente las dimanantes del empleo de las comunicaciones electrónicas (A/59/17, párrafo 82). El Grupo de Trabajo inició su labor en su sexto período de sesiones (Viena, 30 de agosto a 3 de septiembre de 2004) (A/CN.9/568). Para los informes del Grupo de Trabajo sobre la labor de sus períodos de sesiones sexto a octavo, véanse A/CN.9/568, A/CN.9/575 y A/CN.9/590.

2. En su 38º período de sesiones, celebrado en 2005, la Comisión felicitó al Grupo de Trabajo por los avances realizados en su labor, y reafirmó su apoyo al nuevo estudio en curso y a la inclusión de prácticas de contratación novedosas en la Ley Modelo (A/60/17, párr. 172).

II. Organización del período de sesiones

3. El Grupo de Trabajo, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su noveno período de sesiones en Nueva York del 24 al 28 de abril de 2006. Asistieron a las sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Austria, Belarús, Camerún, Canadá, Chile, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Guatemala, Irán (República Islámica del), Jordania, Kenya, Lituania, Madagascar, México, Pakistán, Qatar, República Checa, República de Corea, Singapur, Sri Lanka, Suecia, Tailandia, Túnez, Turquía, Uganda y Uruguay.

4. Asistieron a las sesiones observadores de los siguientes Estados: Bolivia, Cabo Verde, El Salvador, Filipinas, Indonesia, Malí y la República Democrática del Congo.

5. Asistieron también a las sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

a) *Sistema de las Naciones Unidas*: Secretaría de las Naciones Unidas y Banco Mundial;

b) *Organizaciones intergubernamentales*: Agencia Espacial Europea (ESA), Banco Africano de Desarrollo (BAfD), Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Comisión Europea, Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (CEDEAO) y Organización Mundial del Comercio (OMC);

c) *Organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por la Comisión*: Asociación Europea de Estudiantes de Derecho (ELSA), Asociación Internacional de Abogados e Instituto de Derecho Internacional.

6. El Grupo de Trabajo eligió a las siguientes personas para integrar su Mesa:
Presidente: Sr. Stephen R. KARANGIZI (Uganda)
Relator: Sr. Gonzalo SUÁREZ BELTRÁN (Colombia).
7. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición los siguientes documentos:
 - a) Programa provisional anotado (A/CN.9/WG.I/WP.41);
 - b) Una nota concerniente al empleo de la vía electrónica para intercambiar comunicaciones electrónicas y publicar información en el marco del proceso de contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP. 42 y Add.1);
 - c) Una nota referente a las subastas electrónicas inversas y a las ofertas anormalmente bajas (A/CN.9/WG.I/WP.43 y Add.1);
 - d) Un estudio comparativo de los acuerdos marco (A/CN.9/WG.I/WP.44 y Add.1); y
 - e) Una nota concerniente a las listas de proveedores (A/CN.9/WG.I/WP.45 y Add.1).
8. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:
 1. Apertura del período de sesiones.
 2. Elección de la Mesa.
 3. Aprobación del programa.
 4. Examen de las propuestas para la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios.
 5. Otros asuntos.
 6. Aprobación del informe del Grupo de Trabajo.

III. Deliberaciones y decisiones

9. En su noveno período de sesiones, el Grupo de Trabajo prosiguió su labor encaminada a la preparación de propuestas para la revisión de la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo se valió para sus deliberaciones de las notas preparadas por la Secretaría A/CN.9/WG.I/WP.42 y Add.1 y A/CN.9/WG.I/WP.43. El examen del resto de los documentos A/CN.9/WG.I/WP.43, de A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, así como de A/CN.9/WG.I/WP.44 y A/CN.9/WG.I/WP.45 y sus adiciones se aplazó hasta el siguiente período de sesiones del Grupo de Trabajo.

10. El viernes por la mañana la Secretaría resumió su modo de ver las revisiones que el Grupo de Trabajo requirió que se hicieran en las propuestas de texto para la Ley Modelo y la Guía en relación con el uso de medios electrónicos de comunicación en el proceso de contratación pública y con las subastas electrónicas inversas, que reflejaban las deliberaciones del período de sesiones actual. También se expuso ante el Grupo de Trabajo un resumen del resto de temas de su programa (enumerados en el párrafo 171 de A/60/17) e información sobre la labor de otras organizaciones regionales e internacionales en materia de contratación pública¹. El Grupo de Trabajo observó que recientemente había entrado en vigor la Convención

de las Naciones Unidas contra la Corrupción y que aunque los elementos principales de sus disposiciones relativas a la contratación pública se ajustaban a los de la Ley Modelo, sus requisitos de las disposiciones relativas al examen a nivel de los países y los que trataban de los conflictos de intereses iban más allá de las disposiciones actuales de la Ley Modelo, y podrían justificar la atención del Grupo de Trabajo a su debido tiempo.

IV. Examen de las propuestas para la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios

A. El empleo de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.42 y Add.1)

1. Equivalencia funcional de todos los métodos de comunicar, publicar, intercambiar o archivar información o documentos (A/CN.9/WG.I/WP.42, párrafos 7 a 16, y A/ CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, párrafos 1 y 2)

Artículo 4 bis

11. Se hicieron ciertas sugerencias formales sobre el nuevo texto propuesto para el artículo 4 bis: i) utilizar la expresión “medios de comunicación” en lugar de “método de comunicación” a fin de evitar toda confusión con el empleo del término “método” que se hace en la Ley Modelo y en la Guía, referido a los métodos de contratación pública, y de alinear el texto propuesto con el de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico; ii) suprimir el texto entre corchetes, salvo la remisión que allí figura; iii) trasladar la lista ilustrativa de ejemplos de “medios electrónicos, ópticos o medios equivalentes” de comunicación al texto de la Guía para la incorporación al derecho interno y eliminar toda referencia obsoleta; iv) suprimir las palabras “medios equivalentes” por no estar definidas, pero mantener los ejemplos enunciados en el texto de la Ley Modelo; v) terminar el texto del artículo con “cumpla con el artículo 4 [ter]”; vi) insertar la noción de “comunicar” a continuación de “relativa a”, así como una referencia a “mensaje de datos”; y vii) sustituir las palabras “que incluya” en el segundo par de corchetes por “tales como”.

12. El Grupo de Trabajo tomó nota de que la adopción de algunas de las sugerencias anteriores podría dar lugar a un texto que se apartara de alguna disposición equivalente de la recién aprobada Convención de las Naciones Unidas sobre la Contratación Electrónica² y de otros textos de la CNUDMI. No obstante, se convino en que algunas de las sugerencias simplificarían y aligerarían el texto para los fines de la Ley Modelo, por lo que en la Guía se explicaría que la nueva disposición no se apartaba en nada esencial de la regla enunciada en otros textos de la CNUDMI.

13. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo con algunas de las sugerencias propuestas y decidió que se enmendara el artículo para que dijera lo siguiente:

“Artículo 4 bis. Equivalencia funcional de todo ~~[medio]~~~~[métodos]~~ utilizable para comunicar, publicar, intercambiar o archivar información o documentos

Toda disposición de la presente Ley relativa al acto de comunicar, poner por escrito, publicar información, presentar ofertas en sobre sellado o de abrir ofertas, así como de dejar constancia de algo o de celebrar una reunión, deberá ser entendida en el sentido de que ~~incorporará [cualquier medio de tal actividad que incluirá]~~ incluirá todo medio electrónico, óptico o equivalente de hacer lo mismo, ~~[que incluya aunque no exclusivamente, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el telex o la telecopia,~~ siempre y cuando el medio elegido cumpla con ~~las [disposiciones de/normas de accesibilidad enunciadas en el]~~ el artículo [4 ter].”

14. Se convino en que se diera en la Guía una lista de ejemplos del medio “electrónico, óptico o equivalente” utilizable, al haberse eliminado esa lista del texto del artículo, lista que deberá ser además actualizada, eliminando la referencia al télex y al telegrama. Por otra parte, se señaló que la cuestión de los medios de comunicación que resultaran obsoletos variaría de un ordenamiento a otro y, por lo tanto, en el texto de la Guía debería tenerse en cuenta el grado de implantación de los diversos tipos de comunicaciones y tecnologías electrónicas en el mercado pertinente. Se convino también en que la Guía indicara que las disposiciones de este artículo deben ser interpretadas en sentido lato a fin de que sean aplicables a toda disposición de la Ley Modelo que suponga alguna presencia física de una persona o documentación consignada sobre papel.

15. El Grupo de Trabajo observó una incoherencia entre el principio de la “neutralidad tecnológica”, enunciado en el artículo 4 bis, y el texto del párrafo 3 del artículo 9 propuesto, donde se hace referencia a una determinada tecnología, que habría que reconsiderar en su momento.

16. Respecto a la ubicación adecuada para las disposiciones del artículo 4 bis, algunos delegados opinaron que procedería incluirlas en el artículo 4 ter o en el artículo 9. Otra sugerencia fue la de insertarlas al final del artículo 2 (Definiciones). Se cuestionó esta sugerencia, al no dar el artículo 4 bis definición alguna, dado que su texto enunciaba un principio básico que sería aplicable a todo el régimen de la Ley Modelo. Se propuso por ello que se mantuvieran esas disposiciones en un artículo aparte, al principio de la Ley Modelo, numerado tal vez como artículo 2 bis. Se indicó, por otra parte, que su inserción al principio de la Ley Modelo obligaría a reenumerar una parte importante de los artículos de la Ley Modelo. Se observó que el Grupo de Trabajo debería tener presente el impacto que pudiera tener toda reenumeración, u otro cambio en la estructura de la Ley Modelo resultante de su revisión, en aquellos países que ya hubieran promulgado leyes internas de la contratación pública basadas en la Ley Modelo. Se sugirió a este respecto que, para facilitar su consulta, toda nueva disposición o toda disposición enmendada debería ir acompañada de una nota explicativa adecuada.

17. A raíz del examen por el Grupo de Trabajo de los artículos 4 ter y 9, se propusieron nuevas enmiendas sobre el texto del artículo 4 bis, sobre su título y sobre su ubicación en el texto (véanse los párrafos 36 y 37 *infra*).

Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno

18. Se sugirió que en el texto de la Guía concerniente al empleo de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública las referencias a “comunicaciones” se sustituyeran por referencias a “medio o vía electrónica” utilizable, siempre y cuando dicha sustitución resultara adecuada, por estimarse que el texto de la Ley Modelo daba un alcance muy lato al término comunicaciones, sugiriéndose además que se agregara algún análisis sobre la función y la oportunidad de la contratación por vía electrónica al servicio de la contratación pública.

19. En lo concerniente al texto del párrafo 2, (bajo el subtítulo i)) se señaló que debían suprimirse ciertas partes del texto referentes a la administración de contratos y a la observancia de ciertos reglamentos y políticas, dado que esas cuestiones estaban fuera del alcance de la Ley Modelo (véase, no obstante, los párrafos 81 a 86 *infra*); en la versión francesa, se daba un sentido más lato al término inglés “electronic procurement”, al hablarse en ella de “procédures dématérialisées”, (en vez de “marchés électroniques”) lo que se apartaba del sentido literal del texto inglés. Por ello, deberían revisarse y armonizarse, las versiones en ambos idiomas; se observó también que deberían alinearse los párrafos 3 y 4 con el artículo 4 ter.

20. Con respecto al texto del párrafo 7 (bajo el subtítulo ii)) se convino en suprimir la palabra “universalmente” que antecedía al término “legible”. Se expresó inicialmente inquietud de que la referencia que se hacía poco después a “inalterados con el paso del tiempo” pudiera ser interpretada en el sentido de que imponía a las comunicaciones electrónicas requisitos más estrictos que los actualmente aplicables a las comunicaciones sobre papel; convendría por ello que la Guía precisara algo dicho marco temporal. Sin embargo, el Grupo de Trabajo entendió que no haría falta que la Guía hiciera ninguna precisión adicional al respecto, dado que su texto se limitaría a enunciar cierto requisito cualitativo aplicable a las comunicaciones tanto electrónicas como consignadas sobre papel, como el de que las comunicaciones no se deterioren con el paso del tiempo.

21. En lo referente al párrafo 14 (bajo el subtítulo ii)), se sugirió que se explicitara algo más la primera oración de dicho párrafo, enunciando ciertos supuestos en los que sería obligatorio el empleo de la vía electrónica con arreglo a la Ley Modelo, tales como en la subasta electrónica inversa o cuando una entidad adjudicadora exija expresamente su empleo. El texto debería dar asimismo más orientación sobre la repercusión eventual de un empleo más o menos generalizado del comercio electrónico en todo Estado que vaya a promulgar la nueva ley.

22. Se estimó que, a la luz de la formulación actual de la Guía, su texto no requería subtítulo alguno.

2. Normas de accesibilidad (A/CN.9/WG.I/WP.42, párrafos 17 a 19, y A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, párrafo 3)

Artículo 4 ter

23. El Grupo de Trabajo recordó que el texto propuesto para el artículo 4 ter contiene cuatro elementos, cualificadores de la vía o medio de comunicación utilizado (término por el que debe entenderse la publicación, el intercambio, el

archivo de información o de documentos, la celebración de reuniones, y la presentación y apertura de ofertas) desde la perspectiva de:

- a) Su índole no discriminatoria;
- b) No suponer un obstáculo para el desarrollo del proceso de contratación;
- c) Su disponibilidad general; y
- d) Su compatibilidad general con toda otra vía o medio de comunicación utilizado.

24. Se formularon diversas sugerencias sobre cuáles de esos elementos deberían retenerse en el artículo 4 ter propuesto

25. Se observó que el término “normas de accesibilidad”, que figura en el título del artículo propuesto, pudiera entrañar alguna connotación no deseada, dado que la noción de “accesibilidad” está asociada al derecho de acceso a las funciones cívicas de las personas pertenecientes a ciertos grupos minoritarios. Por consiguiente se sugirió como posible variante el término “disponibilidad”. Se observó que el concepto de “accesibilidad” figuraba ya en la versión actual del artículo 5 de la Ley Modelo (donde se habla del acceso del público a los textos normativos aplicables a la contratación pública), y que denotaba un concepto más lato que el de “disponibilidad” (que se estimó más preciso). Se observó, por el contrario, que exigir que la entidad adjudicadora se ocupara de la “accesibilidad” pudiera obligarla a asumir los gastos inherentes a dicha accesibilidad, lo que tal vez resultara oneroso y fuera más allá de lo deseado por el Grupo de Trabajo. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo decidió que se utilizara el término de “disponibilidad” para evitar toda connotación no deseada.

26. Se observó que la principal cuestión que había de resolverse en este artículo era la del carácter no discriminatorio de las comunicaciones, y que este concepto estaba ya regulado en el párrafo 3 del artículo 9 del texto actual de la Ley Modelo. Se observó también que las nociones de “disponibilidad” y la de “compatibilidad” podían ser consideradas ya sea como meros aspectos del carácter no discriminatorio de las comunicaciones o como conceptos ciertamente conexos pero distintos.

27. Se recordó además que las Directivas de 2004 de la Unión Europea imponen el requisito de la disponibilidad, pero desde la perspectiva de que el medio de comunicación utilizado en el proceso de contratación no debe restringir el acceso al proceso de adjudicación de un contrato. Se observó que cabía entender que el texto propuesto de artículo 4 ter para regular la índole no discriminatoria del medio de comunicación utilizado englobaba los requisitos enunciados en las Directivas, ya que el texto ahora propuesto hablaba de que el medio de comunicación seleccionado no limitara la competencia.

28. Por consiguiente, se sugirió que el texto del artículo 4 ter comprendiera los dos primeros párrafos propuestos, referidos únicamente al carácter no discriminatorio del medio utilizado. No obstante, la Guía debería explicitar dicho concepto de carácter no discriminatorio de un medio para aclarar que el medio de comunicación utilizado no debe suponer un obstáculo para el proceso de contratación y debe regular la disponibilidad general.

29. Se observó también que la cuestión de la discriminación inherente al medio de comunicación elegido (o al método de contratación seleccionado), había sido ya

considerada en la preparación del texto actual de la Ley Modelo, y que resultaría también posible discriminar en la aplicación de cualquiera de esas opciones. Dicha posibilidad estaba implícitamente reconocida en el texto actual del párrafo 3 del artículo 9 de la Ley Modelo.

30. Prevalció, sin embargo, la opinión de que deberían suprimirse los elementos que figuran en los apartados a), b) y d) del párrafo 23 *supra*. Por lo que respecta al apartado b), que no suponía ningún obstáculo para el proceso de contratación, se observó que cabía considerar que esa disposición englobaba todos los objetivos del preámbulo de la Ley Modelo y que podría dar al texto la flexibilidad conveniente a la hora de seleccionar los medios de comunicación y cuestiones conexas. Por otra parte, se observó que la decisión sobre lo que podía representar un “obstáculo” para el proceso de contratación pública era subjetiva, por lo que podrían producirse abusos de esta disposición. Sin embargo, según entendió el Grupo de Trabajo, la Guía aclararía que los medios de comunicación elegidos no deberían crear obstáculos para el proceso de contratación pública, pues de otro modo pondrían en peligro la promoción de los objetivos de la Ley Modelo de aumentar al máximo la economía y la eficiencia en la contratación pública, tal como se especifica en su preámbulo (párrafo a)).

31. Con respecto al elemento del apartado a) del párrafo 23 *supra*, se observó que el concepto de no discriminación estaba enunciado en algunas disposiciones del texto actual de la Ley Modelo, como el párrafo 3) del artículo 9, y se enunciaba en términos positivos, de trato justo y equitativo de los proveedores y contratistas en el párrafo d) del preámbulo. Se expresaron opiniones divergentes sobre la necesidad de insertar en la Ley Modelo un principio general de no discriminación. Predominó la opinión de que no debería insertarse, pues con ello se iría más allá del mandato del Grupo de Trabajo, consistente en revisar la Ley Modelo para asegurar la equivalencia funcional y permitir la aplicación de nuevos métodos de contratación. Se mencionó también que se reconocía como principio importante la no discriminación entre ambos medios de comunicación y en general. Por consiguiente, el objetivo de ofrecer un trato justo y equitativo a todos los proveedores y contratistas, que se enunciaba en el preámbulo, debería plasmarse en la Ley Modelo con normas específicas donde y cuando procediera.

32. El Grupo de Trabajo señaló que las disposiciones sobre no discriminación enunciadas en el párrafo 3) del artículo 9, que tenían por objeto hacer frente a los riesgos de discriminación en el contexto de sistemas de comunicación cerrados, se volverían obsoletas y, de hecho, estarían en contradicción con las revisiones propuestas, en particular con las del artículo 9, propuesto en virtud de las cuales la entidad adjudicadora estaría facultada para seleccionar los medios de comunicación.

33. Se observó además que las disposiciones sobre la no discriminación podrían tener un efecto negativo e imprevisto sobre la utilización de los medios electrónicos de comunicación en la contratación pública; por ejemplo, las entidades adjudicadoras podrían ser renuentes a recurrir a medios electrónicos por el temor de que algunos proveedores o contratistas contrarios al medio de comunicación elegido solicitaran la revisión de la decisión pertinente, y ese derecho de revisión podría a su vez constituir un obstáculo para el proceso de contratación pública. Se señaló asimismo que habría que sopesar toda posible discriminación, así como las impugnaciones y la integridad de la comunicación al evaluar los posibles beneficios de la contratación electrónica. Podría plantearse el riesgo de que, por el mero hecho

de que un pequeño número de proveedores no tuvieran acceso a las tecnologías pertinentes requeridas, no se recurriera a la contratación electrónica y se prescindiera así de sus beneficios.

34. Calificando la discriminación con adjetivos como “irrazonable”, “manifiesta”, “obvia” o “intencionada”, como se proponía, no se paliaría por completo ese riesgo y podría introducirse en el texto un elemento de subjetividad. Además, con esos calificativos podrían introducirse nuevos conceptos de discriminación que crearían incoherencias con otras disposiciones existentes sobre la discriminación que figuran en la Ley Modelo. No obstante, se convino en que en la Guía para la incorporación al derecho interno se analizara el concepto de discriminación y se explicara con ejemplos el modo en que podría producirse en la práctica (véase también el párrafo 60 *infra*).

35. Observando que la discriminación sólo podría producirse cuando no se justificara objetivamente la utilización de determinados medios de comunicación, el Grupo de Trabajo decidió que el concepto de “disponibilidad general”, enunciado en el último párrafo de la propuesta de artículo 4 ter, podía considerarse un medio para prever la no discriminación. En consecuencia, el Grupo de Trabajo decidió que el texto del artículo 4 ter debería comprender los párrafos primero y último de la propuesta y debería decir lo siguiente:

“La entidad adjudicadora se cerciorará de que todo medio de comunicación, publicación, intercambio o archivo de información o documentos, de celebración de reuniones y de presentación de ofertas y convocatorias a licitación puedan ser fácilmente utilizables junto con los que en general se emplean entre proveedores y contratistas.”

36. Subsiguientemente, se convino en que este enunciado se plasmara en las disposiciones del artículo 4 bis del modo siguiente (con la supresión del artículo 4 ter en su totalidad):

“Se entenderá que toda disposición de la presente Ley relativa al hecho de comunicar, escribir, publicar información, presentar ofertas en un sobre cerrado, convocar a licitación, archivar o celebrar una reunión abarcará los medios electrónicos, ópticos u otros medios comparables que se utilicen para tales actividades, siempre y cuando los medios elegidos puedan ser fácilmente utilizables junto con los que generalmente se emplean entre proveedores o contratistas.”

37. Por lo que respecta al lugar de inserción de las disposiciones enmendadas y unificadas, se convino en que, unidas a algunas disposiciones del proyecto de artículo 9 (véanse los párrafos 39 y 40 *infra*) constituirían un artículo aparte en el que se enunciaría un principio fundamental relativo a la utilización de las comunicaciones (en su sentido más amplio) en el proceso de contratación pública y que, por consiguiente, deberían insertarse en la parte inicial de la Ley Modelo, tal vez después del artículo 5 (para seguir el orden cronológico en el proceso de contratación, es decir, antes de toda identificación de proveedores o contratistas). Con un nuevo título se reflejaría el nuevo ámbito ampliado de las disposiciones unificadas, y, por lo tanto, habría que enmendar en consecuencia las referencias a las normas de “accesibilidad” o “disponibilidad”, así como a la “equivalencia funcional”.

38. En lo que respecta al texto de la propuesta de Guía para la incorporación al derecho interno, el Grupo de Trabajo convino en que, con independencia de lo enunciado en los párrafos 30 y 34 *supra*, en la Guía se plasmaría la decisión del Grupo relativa a los textos de los artículos 4 bis, 4 ter y 9 y: i) se ampliaría el concepto de disponibilidad general de los medios de comunicación (por ejemplo, desde la perspectiva de que las entidades adjudicadoras deberían tener en cuenta el nivel de implantación de las comunicaciones y tecnologías electrónicas en los mercados pertinentes al hacer una selección de medios de comunicación para la contratación pública, así como de los costos de dichos medios); ii) se pondría de relieve que el recurso a los medios de comunicación que fueran objetivamente justificables variaría de un ordenamiento a otro y de un proceso de contratación a otro; iii) se abordarían cuestiones de intercambiabilidad y de compatibilidad, conceptos que se habían suprimido del último apartado de la propuesta de artículo 4 ter; y iv) se avisaría de que podrían exigirse requisitos más estrictos (por ejemplo, en virtud de tratados internacionales o de lo impuesto por los bancos multilaterales de desarrollo).

3. Formas de las comunicaciones (A/CN.9/WG.I/WP.42, párrafos 20 a 28, y A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, párrafos 4 y 5)

39. En el contexto del examen del artículo 9 se decidió que el artículo 4 bis enmendado (véanse los párrafos 36 y 37 *supra*) se fundiera con el párrafo 1) del proyecto de artículo 9, requiriendo a la entidad adjudicadora que especifique el medio elegido de comunicación cuando convoque a licitación en el proceso de contratación pública y con el requisito del párrafo 4) del artículo 9 de que las reglas de contratación pública prevean los conceptos de autenticidad, integridad, accesibilidad y confidencialidad de las comunicaciones.

Propuesta de artículo 5 bis

40. El Grupo de Trabajo decidió examinar en su siguiente período de sesiones el siguiente texto:

“Artículo 5 bis [el título se estudiará en el décimo período de sesiones]

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 [~~a que se hace referencia en la presente ley~~] 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.]”

41. El Grupo de Trabajo señaló que el primer párrafo del artículo 5 bis no sólo regulaba las comunicaciones, sino también los escritos, la publicación de información, la presentación de ofertas en un sobre cerrado, la apertura de las ofertas, los archivos y las reuniones. En cambio, los párrafos segundo y tercero regulaban únicamente las comunicaciones. El Grupo de Trabajo convino en examinar en un período de sesiones subsiguiente si estas cuestiones deberían incluirse en el primer párrafo, o como variante en un nuevo párrafo 4) del presente artículo, o en otra parte del texto y si el texto entre corchetes en los párrafos 1) y 4) reflejaría esa la cuestión pendiente.

42. Con respecto al párrafo 2) del artículo 5 bis se convino en suprimir la restricción “a que se hace referencia en la presente Ley” referida a los “documentos, notificaciones, decisiones y otras comunicaciones” en la versión anterior del texto, a fin de que se hiciera referencia a cualquier comunicación generada en el proceso de contratación pública, y debería introducirse el mismo cambio en el resto del artículo 9 propuesto (véase el párrafo 44 *infra*).

43. Con respecto al párrafo 3) del artículo 5 bis, el Grupo de Trabajo observó que las obligaciones enunciadas en el resto del artículo eran impuestas a la entidad adjudicadora. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo convino en estudiar si la entidad adjudicadora, y no el Estado promulgante con sus reglamentos, debería reglamentar las cuestiones de la autenticidad, integridad, accesibilidad y confidencialidad de las comunicaciones enunciadas en ese párrafo y si debería darse a la entidad adjudicadora o al Estado promulgante la opción de hacerlo o si debería imponérseles la obligación de hacerlo. El texto que figura entre corchetes en el artículo propuesto reflejaría esa cuestión pendiente. Se convino asimismo en que en la Guía para la incorporación al derecho interno se analizaran en detalle las cuestiones planteadas por la autenticidad, la integridad, la accesibilidad y la confidencialidad de las comunicaciones

Artículo 9

44. Por lo que respecta al resto del anterior proyecto de artículo 9, relativo a la forma de las comunicaciones, se sugirió que el artículo previera el requisito de que las comunicaciones contuvieran un registro de su contenido. En consecuencia, el Grupo de Trabajo convino en proseguir sus deliberaciones sobre un artículo 9 revisado que se basara en el siguiente texto:

“Artículo 9. Forma de las comunicaciones

1) A reserva de otras disposiciones de la presente Ley, los documentos, las notificaciones, las decisiones y otras comunicaciones [~~a que se hace referencia en la presente Ley~~] 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 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) [actualícense las revisiones de la Ley Modelo] podrán efectuarse por medio de una comunicación que no deje constancia ~~de la confirmación 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.”

45. Se convino en que se modificaría el enunciado del artículo anteriormente propuesto sustituyendo la obligación de “dejar constancia de la confirmación” por la de “dejar constancia del contenido de la comunicación”, a fin de asegurar que quede constancia del contenido de la comunicación y de la comunicación en sí.

Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno

46. El Grupo de Trabajo decidió no examinar el texto de la Guía que habría de ser modificado a raíz de las deliberaciones mantenidas en el actual período de sesiones.

4. Validez jurídica de un contrato adjudicado por vía electrónica
(A/CN.9/WG.I/WP.42, párrafos 29 y 30, y A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, párrafo 6)

47. El Grupo de Trabajo pidió que, en la última frase del párrafo 1) propuesto se sustituyera, después de la palabra “contratos”, la palabra “ejecutados” por la palabra “concertados”, a fin de evitar toda connotación técnica involuntaria que pudiera plantear el término “ejecución” en determinados ordenamientos.

48. Por lo que respecta a los párrafos 1) bis y quater, se convino en que, en las referencias a la necesidad de que los Estados promulgantes examinen si las leyes de la contratación pública son adecuadas, se empleara la palabra “podrán”, en vez de “deberán”, a fin de dar al texto una mayor flexibilidad y de permitir a los Estados promulgantes tener en cuenta las distintas circunstancias de hecho.

5. Obligación de llevar un expediente del proceso de adjudicación
(A/CN.9/WG.I/WP.42, párrafos 31 y 32, y A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, párrafo 7)

49. Se observó que en la Guía para la incorporación al derecho interno debería explicarse el ámbito del párrafo b) bis propuesto, de modo que en el expediente se especificara todo programa informático o criterio empleado en el medio de comunicación elegido por la entidad adjudicadora.

50. Se señaló que el texto de la Guía para la incorporación al derecho interno debería ajustarse a la propuesta de artículo 5 bis y que el requisito de que la entidad adjudicadora seleccionara un medio de archivo de la información registrada que permaneciera accesible “hasta que venza [haya vencido] el plazo de reconsideración con arreglo al artículo 52 de la Ley Modelo” se hiciera extensivo a todo período diferente que la ley de un determinado ordenamiento aplicara a los sistemas de retención de documentos.

51. Se convino asimismo en que se suprimiera del texto la obligación de asegurar que “los sistemas de mantenimiento de expedientes sean plenamente compatibles (o intercambiables)”. La consideración fundamental era que la información del expediente pudiera ponerse a la disposición de los terceros que tuvieran derecho a recibirla, y los requisitos de accesibilidad enunciados en el texto regularían adecuadamente la cuestión.

6. Presentación por vía electrónica de las ofertas, propuestas y cotizaciones (A/CN.9/WG.I/WP.42, párrafos 33 y 34, y A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, párrafo 8)

52. Se observó que había dos conceptos importantes en lo que se refiere a la presentación electrónica de ofertas: la necesidad de fomentar la confianza en los sistemas electrónicos, así como de determinar los objetivos de las enmiendas propuestas y procurar cumplirlos. La transferencia de las salvaguardias de los medios tradicionales de presentación de ofertas al contexto electrónico sería de importancia crítica. La introducción de todo nuevo sistema plantearía nuevos riesgos y habría que adoptar medidas para paliarlos, particularmente durante el período de transición.

53. El Grupo de Trabajo observó que sería importante que la entidad adjudicadora especificara en el pliego de condiciones el medio seleccionado para la presentación de ofertas. Si bien la entidad adjudicadora tendría que cumplir con los requisitos de la propuesta de artículo 5 bis al efectuar su selección, se consideró que no sería necesario remitir expresamente a esos requisitos en el artículo 30 5) a) de la Ley Modelo. En consecuencia, la salvedad enunciada en el texto con respecto al proyecto de artículo 5 bis debería suprimirse.

54. El Grupo de Trabajo examinó también las supresiones propuestas en el texto original del artículo 30 5) a) de la Ley Modelo, referente a los requisitos para la presentación de las ofertas “por escrito, firmadas y entregadas en un sobre sellado”. Se observó que estos requisitos constituían salvaguardias de gran importancia para la presentación de las ofertas.

55. Se señaló también al Grupo de Trabajo que en muchos ordenamientos jurídicos, la inmensa mayoría de las ofertas seguían presentándose en el formato tradicional sobre papel y que los requisitos mencionados seguían siendo pertinentes.

56. Se comentó en el Grupo de Trabajo que 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 autenticables. Si el principio de la neutralidad de los medios técnicos entraba en conflicto con los principios fundamentales de la propia Ley Modelo, como el requisito de que las ofertas figuraran por escrito, estuvieran firmadas y se entregaran en un sobre sellado, esos requisitos deberían prevalecer. En consecuencia, si bien los requisitos implicaban un formato sobre papel, deberían seguir figurando en el texto del artículo 30 5) a). Se señaló asimismo que las disposiciones del proyecto de artículo 5 bis permitirían transponer esas salvaguardias al contexto electrónico utilizando el principio de la equivalencia funcional.

57. Se indicó también que sobre esta cuestión en la Guía para la incorporación al derecho interno habría que abordar las cuestiones prácticas que plantea la autorización de la presentación electrónica de ofertas, incluidas las salvaguardias equivalentes al escrito, a la firma y al sobre sellado (tales como una oferta

electrónica codificada que se equiparara a otra presentada en un sobre sellado). Además, existía el riesgo de que un virus borrara la oferta electrónica al ser abierta y que la oferta dejara de existir. En consecuencia, en la Guía se podría recomendar (al igual que se hace en algunos sistemas) la utilización de programas de detección de virus para determinar los riesgos potenciales de esta índole, con lo cual se fomentaría la confianza y la transparencia en las comunicaciones electrónicas.

58. El Grupo de Trabajo examinó la forma de abordar la posibilidad de que un sistema electrónico para la recepción de ofertas fallase. Se señaló que la entidad adjudicadora no debería ser responsable en caso de que no se recibiera una oferta y que el riesgo de la presentación de una oferta debería correrlo el proveedor; la entidad adjudicadora sólo tendría la obligación de acusar recibo de la presentación de la oferta. No obstante, se consideró que cabría adoptar medidas para paliar los riesgos, por ejemplo, permitiendo la presentación de ofertas por duplicado en un formato diferente, como salvaguardia contra el fallo del sistema (algo que algunos sistemas ya permitían). Si bien se señaló que los proveedores podían tratar de modificar los términos de sus ofertas al presentar un duplicado, y que se habían observado casos de esta práctica, se consideró que los beneficios de permitir esta presentación doble serían más importantes que los posibles inconvenientes.

59. Además, se dijo ante el Grupo de Trabajo que en muchos países se seguía la práctica de no exigir un medio exclusivo de presentación de las ofertas. En tales casos funcionaba un sistema mixto en el que algunos proveedores presentaban las ofertas en el formato tradicional mientras que otros lo hacían por vía electrónica. (Otras variantes de un sistema mixto podrían consistir en la utilización de diferentes métodos de comunicación durante el proceso de contratación pública y en dar a los proveedores la opción de presentar algunas partes de sus ofertas, como muestras, dibujos técnicos y certificados jurídicos, en formato físico o sobre papel.) Se comentó que si se permitía un sistema mixto no sólo se promovería la confianza, sino que a su vez aumentarían los niveles de participación. En consecuencia, se decidió que la autoridad adjudicadora debería poder seleccionar o bien medios tradicionales basados en el papel para la presentación de ofertas (y de comunicaciones en general), o bien medios electrónicos, o ambos tipos de medios, y que en el texto de la Ley Modelo debería autorizarse expresamente la utilización de más de un medio.

60. Si bien en el Grupo de Trabajo se afirmó que si se permitía a los propios proveedores seleccionar el medio de presentación se fomentaría la participación, se convino en que la selección debería estar en manos de la entidad adjudicadora. El proveedor podría tener vías de recurso si la entidad adjudicadora actuara de forma discriminatoria al hacer la selección, pero en cualquier caso estaría obligado a emplear el medio de presentación seleccionado por la entidad adjudicadora, tal como se especificara en el pliego de condiciones. En relación con esta cuestión, se observó que la disposición relativa a la no discriminación que figuraba en el actual párrafo 3) del artículo 9 de la Ley Modelo, y que trataba de impedir la discriminación en la aplicación de la selección del medio de comunicación, seguía siendo pertinente, incluso teniendo en cuenta el proyecto de artículo 5 bis de la Ley Modelo. En consecuencia, el Grupo de Trabajo decidió examinar en su siguiente período de sesiones si se retendría en el texto una disposición expresa contra la discriminación y, en tal caso, su lugar de inserción en el texto.

61. A este respecto, se señaló también que en la Guía para la incorporación al derecho interno debería ponerse de relieve que la utilización de sistemas mixtos sería muy apropiada durante el período de transición después de la introducción de los medios electrónicos de comunicación en la contratación pública, y que a largo plazo se promovería, cuando procediera, la utilización exclusiva de esos medios electrónicos.

62. Se observó asimismo que el texto propuesto del artículo 30 5) a) se refería a la “forma”, mientras que el proyecto de artículo 5 bis hacía referencia a los “medios” de presentación de ofertas. Se señaló que las dos disposiciones deberían ser coherentes entre sí a este respecto y también en la referencia a los requisitos de que las ofertas se presentaran en un sobre sellado, y que si se especificaba que las ofertas debían presentarse “por escrito, firmadas y en un sobre sellado”, en la forma de presentación tal vez habría que hablar de los “medios” de presentación, a fin de lograr la coherencia deseada.

63. En consecuencia, el Grupo de Trabajo decidió que en su siguiente período de sesiones examinaría el siguiente 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”.

7. Apertura de ofertas presentadas por vía electrónica (A/CN.9/WG.I/WP.42, párrafos 35 a 37, y A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, párrafo 9)

64. Se observó que la utilización de un sobre sellado para la presentación de las ofertas, cuestión ya analizada en la sección anterior, revestía también una importancia esencial en la apertura de las ofertas, dado que la existencia de un sello hasta el momento de la apertura era un elemento crucial para la confianza en el proceso.

65. En lo que respecta al texto propuesto del párrafo 4) del artículo 33 de la Ley Modelo, se señaló que el requisito de que los proveedores puedan seguir la apertura de las ofertas “simultáneamente” o “instantáneamente” se modificara para que dijera “contemporáneamente”, lo cual requeriría que la entidad adjudicadora abriera las ofertas electrónicas y las incorporara de inmediato al sitio pertinente de Internet, un procedimiento equivalente a la apertura tradicional pública de las ofertas, y no más oneroso. Se sugirió también que la parte final del texto propuesto dijera: “[si los proveedores] 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”.

8. Publicación electrónica de información concerniente a la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.42, párrafos 38 a 45, y A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, párrafo 10)

Artículo 5

66. Se subrayó que ese artículo era importante y era utilizado por los bancos multilaterales de desarrollo como referencia para evaluar el nivel de transparencia en la reglamentación de la contratación pública en diversos países. Se sugirió que las disposiciones del artículo 5 siguieran teniendo la mayor claridad posible y que no se las recargara con requisitos muy amplios.

67. Prevalció la opinión de que debería mantenerse el alcance actual del artículo. Se observó que si bien el objetivo de transparencia era importante, no debería lograrse en detrimento de otras consideraciones importantes, como los costos y otras cargas para las entidades adjudicadoras.

68. Se puso en tela de juicio la conveniencia de incluir en el artículo revisado una referencia a “todas las resoluciones judiciales relativas a su aplicación”. Se expresaron reservas en el sentido de que en algunos ordenamientos sería imposible cumplir el requisito de dar sin tardanza acceso público a esta información y de actualizarla sistemáticamente. Algunas delegaciones estimaron que la imposición de este requisito debería limitarse a las resoluciones judiciales que sentaran un precedente o que fueran “de aplicación general”.

69. Se formularon preguntas sobre el significado de la expresión “sistemáticamente actualizados”. Se opinó que con esa expresión se trataba de enunciar el requisito de actualización y que ello podría resultar oneroso tratándose de ciertos tipos de información. Se sugirió que ese requisito sólo fuera aplicable al régimen y a las reglamentaciones de contratación pública y que se aplicara un régimen menos estricto, por ejemplo, a los reglamentos administrativos.

70. También se sostuvo que debería hacerse una distinción entre el requisito de hacer accesibles los textos jurídicos y el de publicarlos. Mientras que el acceso público podía cumplirse en la mayoría de los casos en la práctica en todo lo relativo a los textos jurídicos mencionados en el artículo, la publicación plantearía problemas prácticos de cumplimiento, especialmente si se aplicaba a todas las resoluciones judiciales y a todos los reglamentos administrativos. Por otra parte, se subrayó que el requisito de hacer accesibles los textos jurídicos también podría ser oneroso en la práctica ya que, por ejemplo, las resoluciones judiciales y los reglamentos administrativos podrían estar disponibles pero podrían ser de difícil acceso.

71. Algunas delegaciones apoyaron la división del artículo 5 en dos párrafos: el primero, relativo a los textos jurídicos que tendrían que publicarse (leyes, reglamentaciones y directrices de contratación pública de aplicación general); y el segundo, referente a las resoluciones judiciales y reglamentos administrativos importantes que deberían mantenerse continuamente actualizados. Se opinó que habría que aplicar distintos requisitos a estas dos categorías de información. En lo que respecta a la primera categoría de textos jurídicos, los requisitos seguirían siendo los enunciados en el actual artículo 5; en particular, se subrayó la importancia de la puntualidad, por lo que las palabras “sin demora” deberían mantenerse en el artículo. En lo relativo a la segunda categoría, se sustituiría el requisito de “actualizar sistemáticamente” por el de “actualizar periódicamente si es necesario”.

72. Predominó la opinión de que la Secretaría debería tener en cuenta este enfoque al preparar un texto revisado del artículo 5 y de que deberían incluirse otros detalles en la Guía, en particular las cuestiones que sería conveniente regular en las reglamentaciones de la contratación pública, tales como los medios de comunicación y la forma de publicación.

73. Algunas delegaciones se declararon partidarias de que se mantuviera la primera adición propuesta al artículo 5. Se propuso que la referencia a “otra información” se restringiera agregando las palabras “relativa a las políticas de contratación pública”. Por otra parte, se expresó la duda de si el enunciado sugerido apropiado para la Ley Modelo, dado que un Estado promulgante tendría en cualquier caso opciones para agregar disposiciones a las que existen en la Ley Modelo y se preguntó si ello no quedaba ya regulado por el objetivo general de transparencia.

74. Predominó la opinión de que todas las adiciones posibles que se proponían entre corchetes deberían figurar únicamente en la Guía. Se sugirió que, en beneficio de los Estados promulgantes, en la segunda propuesta se especificaran los requisitos para la publicación que se enuncian en la Ley Modelo. En este contexto, debería comprenderse que la referencia a la actualización sistemática era onerosa y de beneficios dudosos.

Disposiciones sobre las “oportunidades de contratos próximamente adjudicables”

75. Se expresaron opiniones divergentes sobre la conveniencia de incluir esas disposiciones en la Ley Modelo. Por una parte, se sostuvo que este enfoque sería conveniente, pues las disposiciones propiciarían la transparencia en la contratación pública y promoverían la competencia. Además, se señaló que con ello se ajustaría la Ley Modelo a la parte respectiva del Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC.

76. Para dejar claro que no constituirían convocatorias a licitación, se sugirió que las disposiciones propuestas se enmendaran del modo siguiente: “con la mayor prontitud posible a partir del comienzo del ejercicio fiscal, las entidades adjudicadoras podrán 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”. También se sugirió que se sustituyera la forma verbal “podrán” por “deberán” o “deberían”. No obstante, algunos delegados estimaron que si esas disposiciones habían de incluirse en la Ley Modelo, deberían ofrecer una posibilidad, pero no ser prescriptivas. Se sugirió que se incluyeran en el artículo 5.

77. Por otra parte, algunos delegados consideraron que sería más apropiado que las disposiciones propuestas figuraran en la Guía. Estaban en contra de que las disposiciones fueran prescriptivas, ya que en tal caso impondrían requisitos onerosos a las entidades adjudicadoras, en el sentido de que podrían dar pie a la interpretación de que se proponía una nueva norma o medida que debería adoptar la entidad adjudicadora con respecto a la publicación de información antes de la convocatoria.

78. Se sugirió que al analizar 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 la Ley Modelo contuviera una disposición habilitadora para promover la práctica.

Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno

79. Se sugirió que se suprimieran la frase que empieza con las palabras “pueden darse incentivos”, en el párrafo 2 de la sección a), la segunda frase del párrafo 4 de la sección a), y el párrafo 2 de la sección b). En la frase que empieza con las palabras “si bien la Ley Modelo requiere”, en el párrafo 2 de la sección a), se sugirió que se sustituyera la última parte de la frase por las palabras “y los Estados promulgantes deberían estudiar el costo de la publicación adicional teniendo en cuenta los beneficios para los receptores”.

9. Cuestiones pendientes (A/CN.9/WG.I/WP.42, párrafos 36 a 48)

80. Respecto del enfoque general que procedía dar a la reformulación de la Ley Modelo, se señaló que convendría limitar, en lo posible, las enmiendas introducidas y que debería mantenerse el texto lo bastante flexible para poderlo ajustar a las diversas condiciones imperantes en distintos países. Se observó además que debería procurarse que el texto revisado de la Ley Modelo fuera de fácil consulta.

81. En cuanto a la sugerencia de que se ampliara el alcance de la Ley Modelo y de la Guía para que abarcara la planificación del proceso de adjudicación y la administración del contrato adjudicado, se observó que la contratación pública incluía de hecho esas dos etapas, en las que solían intervenir diversas entidades públicas. Ahora bien, se observó que algunas de esas etapas no estaban reguladas por la normativa legal de la contratación pública, sino por la normativa legal aplicable en materia presupuestaria (planificación de la contratación pública en general) y por el derecho de los contratos (administración del contrato). No obstante, se señaló que dichas etapas formaban parte integrante del proceso de adjudicación en cuanto tal, con el resultado de que toda deficiencia en alguna de ellas repercutiría negativamente sobre las demás y sobre el proceso de adjudicación en su conjunto, con el riesgo de que no se logaran los objetivos de la Ley Modelo. Se insistió, por ello, en que era primordial de que se regulara debidamente toda etapa conducente o subsiguiente a la selección del contratista, etapa que sí entraba en el ámbito actual de la Ley Modelo.

82. Por consiguiente, se sugirió que habría que abordar, ya sea enunciando principios generales en el texto de la Ley Modelo o por medio de la Guía, regulando cuestiones como la de las mejores prácticas aplicables en la planificación del proceso de adjudicación y en la administración del contrato adjudicado, a fin de abarcar el proceso de contratación en su totalidad. Se observó, por el contrario, que tal vez resultara más factible ampliar el alcance de la Ley Modelo o de la Guía regulando únicamente la planificación del proceso de adjudicación, ya que toda reglamentación de la administración del contrato resultaría mucho más compleja. El Grupo de Trabajo recordó a este respecto la Guía Jurídica de la CNUDMI para la redacción de contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales, que abordaba cuestiones precontractuales, así como determinadas cláusulas del contrato de obras. Se observó que en algunos países la etapa de administración del contrato adjudicado estaba regulada en una ley aparte.

83. En lo referente a la planificación del proceso de adjudicación, se observó que el Grupo de Trabajo había considerado ya una de las cuestiones relativas a la etapa de planificación del proceso de adjudicación: la publicación anticipada de información sobre todo contrato próximamente adjudicable. Algunas delegaciones propugnaron que la Guía alentara la publicación de este tipo de información en los

Estados que promulgaran el régimen de la Ley Modelo por estimar que dicha publicación redundaría en una buena administración del proceso de adjudicación, así como en la transparencia de su gestión. Se advirtió que no convendría incluir en la Ley Modelo textos que pretendieran enunciar alguna regla que fuera más allá de los principios generales que deben regir la planificación del proceso de adjudicación, dado que con ello se estaría cercenando la flexibilidad requerida en dicha etapa. Se estimó que la Guía o algún otro instrumento que pudiera elaborarse para ayudar a todo Estado en la promulgación y aplicación de toda norma legal por la que fuera a dar curso interno al régimen de la Ley Modelo, sería el lugar adecuado para examinar en detalle la planificación del proceso de adjudicación y las buenas prácticas que habría que alentar. Se señaló, no obstante, que tal vez resultara difícil encontrar información y soluciones pertinentes para los problemas peculiares de cada país o lugar.

84. En lo relativo a la administración del contrato, se sugirió que la Ley Modelo o la Guía alertara a los Estados de los problemas que pudieran surgir i), por una parte, en la etapa de selección del contratista, lo que pudiera repercutir negativamente sobre la administración del contrato, especialmente caso de que afectara al precio final que un Estado hubiera de pagar por los bienes, obras o servicios contratados, y ii), ulteriormente, en la etapa de administración del contrato, en la que si se introducían modificaciones podría incrementarse sustancialmente el precio final del contrato, menoscabarse la integridad del proceso de adjudicación y repercutir negativamente sobre los intereses legítimos de los interesados. Se sugirió que la Guía impartiera, siempre que fuera posible y oportuno, cierta orientación, destinada a todo Estado promulgante, sobre la manera de prevenir o resolver los problemas que pudieran surgir a este respecto.

85. En lo referente a la función asignable a la Guía, se estimó que convendría destinarla no sólo al legislador sino a un público más amplio que pudiera aprovecharla para la aplicación o puesta en práctica del régimen de la Ley Modelo. Se convino en que no sería factible formular regla de aplicación alguna en el marco de la Guía, ya que dicha labor obligaría a entrar más en detalle incluso que el propio texto de la Ley Modelo y habría de tener en cuenta la diversidad de los regímenes reglamentarios aplicables en el derecho interno. Cabría que la versión revisada de la Guía abordara ciertas cuestiones que sería importante que se resolvieran en los reglamentos de la contratación pública. Se expresó el parecer de que la Guía podría enunciar algunas cláusulas modelo, que resultarían ciertamente valiosas si se inspiraban en la experiencia práctica de diversas entidades particularmente interesadas, como sería el caso de los bancos de desarrollo. Se expresó cierta preferencia por el empleo, en el texto de la Guía, de la forma verbal “podrá”, en lugar de “deberá”, al referirse a cuestiones legislativas que habría de resolver cada Estado promulgante en particular.

86. El Grupo de Trabajo decidió examinar esas cuestiones en una fase ulterior en la que tal vez se solicitara de la Secretaría que presentara un estudio en el que se enunciaran los problemas más usuales de las etapas de planificación del proceso de adjudicación y de administración del contrato adjudicado, y en el que se analizara la solución que se hubiera dado a esos problemas en reglamentos internos, regionales e internacionales.

B. Proyectos de disposición para facultar el recurso a la subasta electrónica inversa en el marco de la Ley Modelo (A/CN.9/WG.I/WP.43)

1. Observaciones generales

87. Se señaló que al formular toda disposición concerniente a la subasta electrónica inversa (SEI), tanto en la Ley Modelo como en el texto de la Guía, deberían tenerse en cuenta las condiciones imperantes y los intereses existentes en los países que más fueran a beneficiarse del régimen de la Ley Modelo. Se señaló que la Ley Modelo había fomentado, hasta la fecha, el método tradicional de la licitación abierta a título de “regla de oro” de la contratación pública, cuyo doble principio básico era el de prohibir toda negociación y el de ofrecer al proveedor una única oportunidad para presentar su mejor oferta, lo que las SEI contradecían por razón de los rasgos inherentes a dicho método. Admitir las SEI y regular su empleo en la Ley Modelo podría significar apartarse de dichos principios básicos y restar valor a la “regla de oro” de la licitación abierta.

88. El Grupo de Trabajo tomó nota de las novedades registradas en el empleo y la reglamentación de las subastas electrónicas inversas en el ámbito tanto nacional como regional, así como de la postura adoptada por los bancos multilaterales de desarrollo respecto de dicho método. Al reiterar que las SEI entrañaban nuevos riesgos y pudieran agravar los riesgos ya existentes en el método tradicional, basado en la práctica del sobre sellado, el parecer predominante en el Grupo de Trabajo fue que se examinaran todos los problemas que las SEI pudieran suscitar y que se intentara mitigarlos mediante la imposición de alguna reglamentación apropiada.

89. Se reconoció que, dado el carácter novedoso de las subastas electrónicas inversas, resultaría difícil determinar las mejores prácticas para su empleo. Por ello, se expresó el parecer de que la normativa de la Ley Modelo concerniente a las SEI se formulara en términos que fueran lo bastante latos para dar margen para una evolución eventual de la práctica actual. Se dijo, al mismo tiempo, que sería importante formular un marco legal básico para el funcionamiento de este método inspirado tanto en los principios generales de la contratación pública como en los principios que fueran peculiares al funcionamiento de las SEI. Se citaron como principios importantes al respecto el de que se respetara el anonimato de los concursantes y el de que se definieran claramente las especificaciones del contrato, y se dieran a conocer a los concursantes antes de iniciarse la subasta. También se insistió en la importancia de que se salvaguardara el anonimato de los concursantes, con el objetivo más amplio de preservar la libertad y equidad de la competencia comercial.

90. A la luz de la experiencia de uno, al menos, de los países, se dijo que la subasta electrónica inversa podía resultar un instrumento caro para la adjudicación del contrato de una única entidad adjudicadora, ya que se solía contratar a terceros proveedores. Por ello, se alentó la práctica de fundir varios pedidos en uno.

91. Prevaleció inicialmente el parecer de que se formulara la normativa de la subasta de modo que el precio fuera el único criterio de adjudicación aplicable en el marco de una SEI. Permitir todo otro criterio daría pie a abusos, dado que propiciaría que se recurriera a factores subjetivos para cuantificar esos otros criterios. Se expresó la opinión de que fijar un límite inferior al precio de toda

oferta admisible sentaría una base sólida para la buena gestión de las SEI y constituiría una salvaguardia contra la presentación de ofertas anormalmente bajas.

92. Se prefirió también que se limitara la aplicabilidad de las subastas electrónicas inversas a las mercancías y demás productos básicos normalizados. Se señaló que incluso ciertos servicios normalizables (por ejemplo, los servicios de limpieza) podían tener elementos cualitativos, que harían que su adjudicación por medio de una SEI supusiera riesgos para la calidad del servicio prestado. Se dijo, en sentido contrario, que no convenía circunscribir las SEI a ciertas categorías particulares de contrato, dado que en la etapa actual no era posible prever aún cómo evolucionaría este método. Conforme sugería la experiencia de algunos países, cabía adjudicar contratos de servicios por conducto de una SEI, incluso en supuestos en los que la calidad fuera importante, mediante el recurso a un método estructurado en dos etapas, en la que la primera se destinara a la evaluación de los aspectos cualitativos del contrato.

93. Se formularon varias objeciones a que se previera exclusivamente el Modelo 1 de las subastas electrónicas inversas, ya que dicho modelo presuponía un procedimiento plenamente automatizado que sería difícil de instaurar, particularmente en la etapa de transición o de desarrollo inicial, sin incurrir en el riesgo de excluir a un número importante de proveedores eventuales.

94. Se convino en que las subastas electrónicas inversas no se limitaran a un único método de contratación, a fin de no prejuzgar su evolución. También debería permitirse que esas subastas constituyeran una fase optativa de algunos métodos de contratación pública .

2. Condiciones para el empleo de la subasta electrónica inversa (A/CN.9/WG.I/WP.43, párrafos 9 a 37)

95. Se propuso incluir el texto que figura a continuación al final del capítulo III (“Procedimiento de licitación”), como nueva sección IV titulada “Subastas electrónicas inversas” en la que se agruparían todas las disposiciones relacionadas con esas subastas, incluidos los proyectos de artículo 47 bis y ter.

“Artículo [36 bis]. Condiciones para el empleo de subastas electrónicas inversas

Una entidad adjudicadora podrá entablar un procedimiento de contratación pública recurriendo a una subasta electrónica inversa de conformidad con lo dispuesto en los artículos 47 bis y ter cuando se den las siguientes circunstancias:

- a) Cuando sea posible para la entidad adjudicadora formular especificaciones detalladas y precisas para los bienes, las obras y los servicios;
- b) Cuando exista un mercado competitivo de proveedores o contratistas de los que se sepa que están cualificados para participar en la subasta electrónica inversa de modo que se garantice una competencia efectiva;
- c) Cuando se trate de
 - i) bienes comúnmente utilizados cuyas características sean generalmente conocidas en el mercado; o

- ii) servicios u obras generalmente utilizados cuyas características sean generalmente conocidas en el mercado y siempre y cuando los servicios o las obras sean de carácter simple; y
- d) Cuando el precio sea el único criterio determinante para seleccionar la oferta ganadora;
- e) [opción para el legislador: cuando el precio y otros criterios que puedan expresarse en cifras o transformarse en unidades monetarias y puedan evaluarse automáticamente se vayan a utilizar para determinar la oferta ganadora.]”

96. Se apoyó el enunciado sugerido que, según se observó, representaba una solución de transacción redactada en términos lo suficientemente amplios y flexibles para permitir la evolución de las subastas electrónicas inversas dentro de ciertos parámetros. Hubo acuerdo en el Grupo de Trabajo en que todas las disposiciones del artículo 36 bis propuesto deberían tomarse como una única disposición, a fin de preservar el efecto de todas las salvaguardias que contienen.

97. Por otra parte, se observó que el texto propuesto favorecía las consideraciones relativas al precio en detrimento de la calidad y que convendría reconsiderar este enfoque. Se respondió que esta situación era inherente a las subastas electrónicas inversas y que, por tanto, en los procesos de contratación pública en que la calidad fuera tan importante como el precio, o incluso más, serían más adecuados otros procedimientos de contratación pública. También se expresaron reservas sobre si el artículo daba suficientes garantías acerca de la conformidad de las ofertas. No obstante, se puntualizó que la cuestión de la conformidad de las ofertas se abordaba en el artículo 47 bis.

98. Se propusieron diversas enmiendas al texto. Concretamente, se propuso que a lo largo de todo el texto las palabras “obras o servicios” figuraran siempre entre corchetes (a fin de ajustarse a la terminología de la Ley Modelo); en el párrafo a), se pidió que se suprimiera la referencia a la entidad adjudicadora; en el párrafo c) se pidió que se suprimieran las palabras “las características de”; en el inciso ii) del párrafo c), se pidió que se pusieran entre corchetes las palabras “sean generalmente conocidas en el mercado”; y en el párrafo e) optativo se pidió que se insertara el término “únicamente” antes de las palabras “otros criterios”; que se estudiara la idoneidad y la ubicación de las palabras “opción para el legislador”; que se examinaran otras variantes de “puedan evaluarse automáticamente”, como por ejemplo “puedan evaluarse en procesos automáticos”; en la versión inglesa se sustituyera la palabra “bid” (oferta) por “tender”; y que se considerara el párrafo d) con el párrafo optativo e) como variante del párrafo d).

99. Con respecto al párrafo a) se observó también que ese párrafo podría resultar redundante si se tenía en cuenta el párrafo d) del artículo 27 de la Ley Modelo y se pidió que el Grupo de Trabajo reexaminara la cuestión. Con respecto al párrafo e), se expresaron dudas sobre si en ese párrafo debería permanecer en la Ley Modelo o trasladarse a la Guía.

100. Se sugirió que en la Guía se explicara que las obras o los servicios normalmente no cumplirían los requisitos de las subastas electrónicas inversas, a menos que fueran de un carácter sumamente simple. Esta sugerencia recibió un firme apoyo y a este respecto se hizo una referencia al párrafo 35 del

documento A/CN.9/WG.I/WP.43, en particular a sus disposiciones sobre los productos básicos que, según se dijo, deberían mantenerse como texto de la Guía que acompañara al artículo 36 bis propuesto. Se señaló asimismo que, si bien el artículo propuesto preveía criterios distintos del precio para las subastas electrónicas inversas, en la Guía debería advertirse de los posibles peligros que podrían surgir si se incluían en ella otros criterios. En otra propuesta, se sugirió que se aclarara que el término “cualificados”, utilizado en el apartado b), no debería significar que en las subastas electrónicas inversas hubiera de recurrirse necesariamente a una precalificación.

101. Entre otras consideraciones que se sugirió que figuraran en la Guía cabe destacar la necesidad de asegurar el anonimato de los licitantes (señalándose el requisito de que, por consiguiente, las subastas electrónicas inversas se celebraran únicamente por vía electrónica); que las subastas electrónicas inversas serían una ronda única y final antes de seleccionar al ganador a fin de impedir abusos; el precio de la oferta ganadora figuraría en el contrato, inclusive en los casos de acuerdos marco; se especificarían claramente por adelantado la apertura y la clausura de las subastas; y la importancia de que en la subasta participe un número suficiente de proveedores a fin de asegurar la competencia. Se comentó que el tipo de criterios distintos del precio que se preveían eran, entre otros, los plazos de entrega y consideraciones técnicas. El Grupo de Trabajo convino en que no se tuvieran en cuenta para una subasta más que los criterios del apartado d) y del apartado facultativo e).

102. Además, para preservar los beneficios de las subastas electrónicas inversas como instrumento eficaz y para mitigar las dificultades en la redacción de especificaciones precisas, se sugirió que en la Guía se aconsejara un vocabulario común para la contratación pública en que se identificaran los bienes, las obras o los servicios mediante códigos o mediante una referencia a normas generales definidas en el mercado (es decir, productos normalizados). También se sugirió que se elaboraran listas de bienes, obras o servicios que no fueran apropiados para subastas electrónicas inversas o que se elaborara una lista en la que se describieran las características de los bienes, obras o servicios, que, de existir, harían que las subastas electrónicas inversas resultaran adecuadas (en vez de elaborar una lista positiva que sería difícil de actualizar). A este respecto se hizo referencia al párrafo 35 del documento A/CN.9/WG.I/WP.43.

103. Con respecto al término “normalizado”, que figuraba en artículo 19 bis propuesto en el documento A/CN.9/WG.I/WP.43 y que no se reflejaba en el artículo 36 bis propuesto, se prefirió evitar ese término, pues podía dar pie a distintas interpretaciones y por lo tanto dar lugar a una revisión. La expresión “comúnmente utilizados” se consideró que tenía el mismo objetivo que la de “generalmente disponibles”, con un significado fácilmente comprensible y más uniforme, aunque cabía retener ambas expresiones. Se convino también en que no se requeriría la aprobación de ningún tercero para realizar una subasta electrónica inversa. Tal como se desprendía del lugar de inserción propuesto para el artículo, se entendía en el Grupo de Trabajo que las subastas electrónicas inversas serían esencialmente una parte de procedimientos de licitación, sin que se excluyera la posibilidad de utilizarlo como método único o como una fase en acuerdos marco con varias etapas.

104. Se pidió a la Secretaría que reconsiderara el ejemplo enunciado en el párrafo 32 del documento A/CN.9/WG.I/WP.43, así como la adición en el párrafo 5 del texto de la Guía propuesto para el artículo 19 bis.

3. Procedimientos durante el período anterior a la subasta (A/CN.9/WG.I/WP.43, párrafos 38 a 53)

105. En lo que respecta a la propuesta de artículo 47 bis se preguntó si ese artículo preveía la posibilidad de que los proveedores se retiraran de la subasta electrónica inversa antes de que finalizara. Se dijo que en el artículo no había ninguna disposición expresa, pero la obligación continua que tenía la entidad adjudicadora de asegurar un nivel suficiente de competencia implicaba que los proveedores podían efectivamente retirarse. También se comentó que en algunos ordenamientos no se permitía a los proveedores retirarse una vez que se hubieran comprometido a participar en la subasta electrónica inversa.

106. Se indicó además que había dos tipos distintos de subastas electrónicas inversas que cabía prever: en la primera se realizarían toda la serie de pasos de un procedimiento ordinario de licitación, incluida la evaluación de la conformidad de la oferta inicial y de las calificaciones de los proveedores, con todas las salvaguardias del sistema del sobre sellado. Subsiguientemente, todos los proveedores cualificados serían invitados a participar en la subasta electrónica inversa en la que se determinaría la oferta ganadora. En tal sistema, sería posible que los proveedores se retiraran, dado que la evaluación previa a la subasta aseguraba que el ganador podía cumplir el contrato.

107. En el segundo tipo de subasta electrónica inversa no habría evaluación inicial y no se haría un control de la conformidad de la oferta o de las calificaciones del proveedor hasta que se cerrara la subasta electrónica inversa. Se señaló al Grupo de Trabajo la existencia de subastas electrónicas inversas que ya se desarrollaban de esta manera y que esos procedimientos podían reducir al mínimo el riesgo de fraude en el transcurso de la subasta, dado que la información confidencial que se presentaría en la oferta inicial no estaría disponible antes de la subasta propiamente dicha. En este sistema, los proveedores simplemente confirmaban su aceptación de las especificaciones y que estaban cualificados para participar en el proceso por vía electrónica cuando diera comienzo la subasta electrónica inversa. Se observó que la evaluación de la conformidad y de las calificaciones realizada posteriormente a la subasta planteaba el riesgo de que se comprobara entonces que el proveedor ganador no estaba cualificado o que su oferta no cumplía los requisitos, en cuyo caso se adjudicaría el contrato a otro proveedor (de conformidad con reglas definidas). En este sistema, dado que no había garantía de que el proveedor ganador pudiera cumplir el contrato, tal vez no fuera aconsejable permitir que los proveedores se retiraran.

108. El Grupo de Trabajo consideró que la Ley Modelo debería ser suficientemente flexible para permitir ambos tipos de procedimiento, siempre y cuando hubiera salvaguardias suficientes para la protección contra el fraude y los abusos. El Grupo de Trabajo pidió que se enmendara el artículo 47 bis propuesto para dar al texto suficiente flexibilidad a este respecto. En cuanto al texto actual, se convino en que el párrafo 2 debería disponer que cuando se previera el primer tipo de subastas electrónicas inversas, los proveedores o contratistas deberían presentar, antes de la subasta, ofertas iniciales que fueran completas en todos los aspectos. También se

convino que en la versión inglesa del artículo se empleara el término “tenders”, en vez de “bids”, y en que se buscaría un término más apropiado que “elementos” para las partes de la licitación que estuvieran sujetas a la subasta electrónica inversa.

109. El Grupo de Trabajo consideró que en la Guía para la incorporación al derecho interno debería explicarse que las disposiciones de la Ley Modelo tenían la finalidad de prever la suficiente flexibilidad para que las subastas electrónicas inversas pudieran realizarse de las dos formas, descritas en los párrafos 106 y 107 *supra*, en función de las circunstancias que prevalecieran en el país pertinente. Además, en la Guía deberían regularse las salvaguardias que deberían existir para que ambos sistemas pudieran funcionar conforme a los objetivos y a los procedimientos principales de la Ley Modelo, inclusive cuando hubiera diferencias entre las subastas y dichos procedimientos principales.

110. En lo que respecta a la posibilidad de que los proveedores se retiren de la subasta electrónica inversa y de que se garantice una competencia efectiva, se convino en que el párrafo 3 d) dispusiera lo siguiente:

“La entidad adjudicadora se asegurará de que el número de proveedores o contratistas invitados a participar en la subasta es suficiente para asegurar una competencia efectiva. Si en cualquier momento antes de la clausura de la subasta el número de proveedores o contratistas es insuficiente para asegurar una competencia efectiva, en opinión de la entidad adjudicadora, ésta [podrá/deberá] retirar la subasta electrónica inversa.”

111. El Grupo de Trabajo convino en examinar en su siguiente período de sesiones si la entidad adjudicadora debería tener la opción, o la obligación, de retirar la subasta electrónica en tales circunstancias, teniendo en cuenta si los proveedores deberían poder o no retirarse de la subasta. El Grupo de Trabajo consideró que en la Guía para la incorporación al derecho interno debería concretarse en qué casos podían los proveedores retirarse de la subasta electrónica inversa antes de su clausura y de qué forma podían hacerlo.

Notas

¹ Representantes del BAfD, el COMESA, el BID, y la OMC informaron al Grupo de Trabajo al respecto. El documento A/CN.9/598/Add.1 contiene un resumen de la labor de estas entidades en el ámbito de la contratación pública.

² Resolución 60/21 de la Asamblea General.