



Asamblea General

Distr. limitada
20 de enero de 2011
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo I (Contratación Pública)
20º período de sesiones
Nueva York, 14 a 18 de marzo de 2011

Revisión de la Guía para la incorporación al derecho interno que acompañará a la nueva versión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública

Nota de la Secretaría

Adición

La presente adición contiene una propuesta de las siguientes secciones y subsecciones de la Parte I (Observaciones generales) de un proyecto de revisión de la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública: I. Introducción (“Antecedentes y finalidad de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública” y “Finalidad de la Guía”), y II. Principales características de la Ley Modelo (“Objetivos”, “Alcance” y “Enfoque general”).



GUÍA PARA LA INCORPORACIÓN AL DERECHO INTERNO DE LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Parte I. Observaciones generales

I. INTRODUCCIÓN

A. Antecedentes y finalidad de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública

1. Antecedentes

1. En su 27º período de sesiones (Nueva York, 31 de mayo a 17 de junio de 1994), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“la Comisión” o “la CNUDMI”) adoptó la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (“la Ley Modelo de 1994”)¹, y una Guía adjunta para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno². La Ley Modelo de 1994 prosperó y fue ampliamente aplicada. Constituyó la base de la legislación sobre contratación pública de más de 30 países del mundo y sus principios generales se han plasmado en mayor o menor grado en la legislación de muchos más países.

2. En su 37º período de sesiones de 2004, la Comisión decidió que cabría actualizar la Ley Modelo de 1994 para que recogiera ciertas prácticas comerciales nuevas, particularmente las nacidas del creciente empleo de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública, teniendo en cuenta además la experiencia adquirida en la utilización de la Ley Modelo como instrumento para la reforma del derecho interno, pero sin alterar los principios básicos de su régimen.

3. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, adoptada por la Comisión en su 44º período de sesiones (Viena, 27 de junio a ... de julio de 2011) (“la Ley Modelo revisada”)³ es fruto de la labor realizada por la Comisión para reformar la Ley Modelo de 1994. La presente Guía se adjuntará a la Ley Modelo revisada. En la presente Guía, salvo que se indique otra cosa, toda mención de la “Ley Modelo” se entenderá referida a la Ley Modelo revisada.

¹ El texto de esta Ley Modelo figura en el anexo I del informe de la CNUDMI sobre la labor realizada en su 27º período de sesiones (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/49/17)*) y puede consultarse también en el sitio www.uncitral.org.

² El primer texto de la CNUDMI sobre el tema de la contratación pública fue la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes y de Obras, aprobada en 1993 durante el 26º período de sesiones de la Comisión (anexo I del informe de la CNUDMI sobre la labor realizada en su 26º período de sesiones (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/48/17)*)). Ese texto regulaba la contratación pública de bienes y obras, pero no contenía disposiciones sobre los servicios no relacionados con obras.

³ El texto de la Ley Modelo revisada figura en el anexo I del informe de la CNUDMI sobre la labor realizada en su 44º período de sesiones (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/66/17)*), y puede consultarse también en el sitio www.uncitral.org.

2. Finalidad

4. La decisión de la CNUDMI de formular legislación modelo sobre el tema de la contratación pública obedeció al deseo de abordar el problema de la legislación inadecuada o anticuada que se había observado en muchos países a causa de la cual el proceso de contratación pública resultaba ineficaz, se producían abusos y, así, la entidad pública adquirente no obtenía una contrapartida adecuada por los fondos desembolsados.

5. Un régimen nacional inadecuado de la contratación pública crea obstáculos para el comercio internacional (cuyo fomento es uno de los principales mandatos de la CNUDMI), al depender una parte importante de ese comercio de esa contratación. La diversidad y las incertidumbres de ciertos regímenes jurídicos nacionales de la contratación pública puede limitar en parte el acceso de los entes públicos a precios competitivos y a la calidad que cabe esperar de la contratación de ámbito internacional. Al mismo tiempo, las insuficiencias y disparidades de los regímenes de la contratación pública de muchos países impiden que sus proveedores o contratistas vendan a organismos públicos extranjeros o les resta incentivos.

6. Por consiguiente, la Ley Modelo tiene tres finalidades: en primer lugar, servir de modelo a los países para evaluar y modernizar su régimen y sus prácticas de contratación pública o para establecer un régimen legal en la materia si no disponen de uno. La segunda finalidad es apoyar la armonización de los regímenes de la contratación pública a nivel internacional, fomentando así el comercio internacional. La tercera finalidad es ofrecer a los usuarios de la Ley Modelo de 1994 la posibilidad de enmendar sus respectivas legislaciones nacionales para dar cabida en ellas a las prácticas modernas de contratación pública.

3. Aplicación universal de la Ley Modelo

7. De conformidad con su enfoque general de la promoción del consenso entre gobiernos, la CNUDMI, al redactar la Ley Modelo, se ha basado en las experiencias de muchos países del mundo en la reglamentación de la contratación pública. Este enfoque sirve también para garantizar que el texto refleje las prácticas óptimas y que sus disposiciones logren una aplicación universal.

8. Tras la publicación de la Ley Modelo de 1994, su texto se utilizó, en la mayoría de los casos, como modelo para adoptar legislación sobre la contratación pública en países con economías en transición y en países en desarrollo. En los países con tal nivel de desarrollo, una parte sustancial de la contratación es entablada por el sector público y la contratación pública representa un porcentaje importante del producto interior bruto. Una parte considerable de la contratación total de un país puede realizarse con el fin de financiar proyectos que sean parte del proceso esencial de desarrollo económico y social del país, y la contratación puede tener la finalidad de fomentar ese desarrollo y crear capacidades. En las economías en transición, la introducción de legislación en materia de contratación pública obedece también al objetivo de dar a la economía una mayor orientación de mercado y de crear un instrumento para regular la relación entre los sectores público y privado.

9. Para los países desarrollados, muchos de los cuales ya habían promulgado legislación sobre la contratación pública antes de que se adoptara la Ley Modelo, las disposiciones flexibles y no imperativas de la Ley Modelo pueden servir para evaluar y modernizar los sistemas existentes y la legislación anterior a fin de que la contratación pública dé mejores resultados.

10. El potencial de la Ley Modelo como instrumento de armonización del comercio internacional se desplegará al máximo si es aplicada en todos los tipos de Estados. Por esta razón, el texto no se ha formulado de modo que respondiera a las necesidades de determinados grupos de países o de países en una determinada fase de desarrollo y no promueve la experiencia registrada o el enfoque seguido en una determinada región. Es preciso que todos los países dispongan de una legislación sólida y sigan buenas prácticas en la contratación a cargo del sector público, pues los recursos escasean en todas las regiones, aun cuando el grado de escasez varíe, y por ello la Ley Modelo está concebida con el fin de que los procedimientos de contratación se lleven a cabo de la forma más ventajosa posible.

4. Interacción con otros textos internacionales que reglamentan la contratación pública

11. Desde que se publicó la Ley Modelo de 1994 se han promulgado otros textos y acuerdos internacionales relativos a la contratación pública que imponen obligaciones a los Estados que los han promulgado que afectan a sus respectivas legislaciones sobre contratación. La Ley Modelo está expresamente sujeta a todo acuerdo internacional que concierte un Estado promulgante (con arreglo al artículo [3]), y la CNUDMI ha hecho lo posible por garantizar la coherencia con esos textos internacionales y con las disposiciones comunes de textos de ámbito regional con el fin de que las partes puedan aplicarlos sin necesidad de grandes enmiendas.

12. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Nueva York, 31 de octubre de 2003)⁴ (“la Convención contra la Corrupción”) regula la prevención de la corrupción fijando criterios obligatorios mínimos para la contratación en su artículo 9, en virtud del cual cada Estado Parte está obligado a “adoptar las medidas necesarias para establecer sistemas de contratación pública transparentes y competitivos en los que las decisiones se adopten en función de criterios objetivos y eficaces que permitan, entre otras cosas, prevenir la corrupción”. Si bien la Ley Modelo no es, en sí, un instrumento contra la corrupción, sus procedimientos tienen por objeto, entre otras cosas, evitar los abusos, permitiendo así que muchos Estados promulgantes que estarán sujetos a la Convención contra la Corrupción cumplan sus obligaciones.

⁴ Naciones Unidas, Treaty Series, vol. 2349. La Convención fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 58/4. De conformidad con el artículo 68 1) de la Convención, este instrumento entró en vigor el 14 de diciembre de 2005. El texto de la Convención puede consultarse también en el sitio www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf (consultado en enero de 2011).

13. El Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) de la Organización Mundial del Comercio (la OMC), que figuraba en el Acta Final de las negociaciones comerciales de la Ronda Uruguay (1986-1994) (el ACP de 1994)⁵ es un acuerdo plurilateral entre [28] miembros cuya finalidad es, según la OMC, abrir al máximo la contratación pública a la competencia internacional fomentando leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas de contratación pública más transparentes y asegurando que los gobiernos no protejan a los productores o proveedores nacionales o discriminen a los productos y proveedores extranjeros. [Se espera que en 2011 se publique oficialmente un nuevo Acuerdo sobre Contratación Pública⁶ [que será actualizado y que contendrá una referencia genérica a ambas versiones del ACP].] Existen además acuerdos comerciales y directrices de contratación de ámbito regional aplicables en otras agrupaciones económicas o políticas de Estados. La Ley Modelo se ha concebido con la suficiente flexibilidad para que los Estados promulgantes puedan ajustarla a sus obligaciones comerciales internacionales en lo que respecta a la contratación sin poner en peligro la eficacia del texto en sí.

14. En países en desarrollo y en países con economías en transición, muchos proyectos de contratación pueden ser financiados por donantes multilaterales o por inversiones directas extranjeras y, de hecho, los donantes pueden financiar la reforma de la contratación. La Ley Modelo contiene disposiciones que se ajustan a todos los tipos de contratación, inclusive los proyectos a gran escala y complejos, y que, por lo tanto, pueden aplicarse a los aspectos de contratación de proyectos con financiación privada o de donantes. Los bancos multilaterales de desarrollo han convenido en armonizar sus regímenes en lo que respecta a la contratación financiada por donantes. La Declaración de París sobre la Eficacia de la Ayuda al Desarrollo y el Programa de Acción de Accra⁷ prevén, entre otras cosas, la propiedad en los países copartícipes y la utilización de sistemas nacionales para el suministro de ayuda (cuando se considere que el sistema de contratación del país de que se trate cumple los requisitos necesarios). Dado que la Ley Modelo se ha concebido en función de las mejores prácticas, los Estados promulgantes pueden tener la certeza de que constituye una base sólida para recurrir al sistema de contratación de un país.

B. Finalidad de la Guía

15. Al preparar y adoptar la Ley Modelo, la CNUDMI es consciente de que la Ley Modelo ganaría en eficacia para los Estados que fueran a modernizar su legislación de la contratación pública si se facilitaba a los órganos ejecutivos y legislativos de los Estados la debida información de antecedentes y explicativa que les ayudara a aplicar la Ley Modelo, en particular si no estaban muy familiarizados con el tipo de procedimientos de contratación que prevé. Esta Guía también refleja la ampliación del alcance de la Ley Modelo revisada en comparación con la de 1994 y, cuando es

⁵ Disponible en el sitio www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gpr-94_01_e.htm (consultado en enero de 2011).

⁶ El texto provisionalmente convenido del ACP revisado (de 11 de diciembre de 2006) puede consultarse en el sitio www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/negotiations_e.htm (consultado en enero de 2011) [se actualizará].

⁷ Disponible en el sitio www.oecd.org/dataoecd/30/63/43911948.pdf (consultado en enero de 2011).

necesario, explica las principales novedades recientes que se han registrado en las prácticas de contratación y que han servido de base para las revisiones introducidas en la Ley Modelo de 1994.

16. La información presentada en esta Guía tiene la finalidad de explicar los objetivos de la Ley Modelo (enunciados en su Preámbulo), así como el modo en que se han formulado las disposiciones de la Ley Modelo para lograr tales objetivos. La información consignada en la presente Guía también puede ayudar a los Estados a seleccionar las opciones ofrecidas por la Ley Modelo que más les convengan y a estudiar si habría que modificar alguna de las disposiciones de la Ley Modelo para tener en cuenta alguna circunstancia nacional particular. Por ejemplo, se han incluido diversas variantes para ciertas cuestiones respecto de las que se ha previsto que pueda haber divergencias de un Estado a otro, tales como la definición del concepto de “entidad adjudicadora”, de gran interés para determinar el ámbito de aplicación de la Ley Modelo, y cuestiones relacionadas con los procedimientos para presentar recursos y apelaciones.

17. Habida cuenta de que la Ley Modelo es una ley “marco” y que prevé únicamente principios y procedimientos esenciales (véase también la sección [II.D] *infra*), en la presente Guía se aborda la necesidad de elaborar reglamentaciones para apoyar la legislación que se basen en la Ley Modelo, se enuncian las principales cuestiones que deberían abordarse en ellas y se examinan las infraestructuras jurídicas y de otra índole que serán necesarias para poder poner en práctica eficazmente el texto.

II. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA LEY MODELO⁸

A. Objetivos

18. La Ley Modelo tiene seis objetivos principales, enunciados en su Preámbulo, que pueden resumirse del modo siguiente:

- a) Lograr economía y eficiencia (contrapartida por el dinero desembolsado);
- b) Amplia participación de proveedores y contratistas, con una contratación abierta en general a la participación internacional;
- c) Incrementar al máximo la competencia;
- d) Asegurar un trato justo y equitativo;
- e) Asegurar la integridad, la equidad y la confianza del público; y
- f) Fomentar la transparencia.

19. Los objetivos mencionados se apoyan y refuerzan mutuamente. Los procedimientos y las salvaguardias previstos en la Ley Modelo tienen por objeto promover la objetividad en el procedimiento de contratación que, a su vez,

⁸ Es posible que algunas disposiciones de esta sección deban enmendarse cuando se haya concluido el comentario artículo por artículo, a fin de evitar repeticiones innecesarias.

debe facilitar la participación, la competencia, un trato equitativo y la transparencia. Estos conceptos son los principios clave que facilitarán el logro de los amplios objetivos de la Ley Modelo, que son la obtención de una contrapartida adecuada por el dinero desembolsado y la prevención de los abusos. Tanto la Convención contra la Corrupción como el Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) se basan también en principios muy similares, que en la Convención son la transparencia, la competencia y la objetividad en la adopción de decisiones y, en el ACP, la no discriminación y la transparencia.

20. La mera declaración de los objetivos tal vez no confiera ningún derecho sustantivo a los participantes reales o potenciales en el proceso de contratación. Los objetivos solo pueden plasmarse en hechos mediante procedimientos cohesivos y coherentes basados en esos principios fundamentales, supervisando su cumplimiento y, de ser necesario, haciéndolos aplicar. Al incorporar a su derecho interno los procedimientos prescritos en la Ley Modelo, el Estado promulgante creará por tanto las condiciones en que el público confiará en que la entidad gubernamental adquirente gastará los fondos públicos con sentido de responsabilidad, rindiendo cuentas de los gastos y obteniendo la contrapartida adecuada. Además, en esas condiciones, las partes que ofrezcan bienes, obras o servicios al Gobierno tendrán la certeza de que serán tratadas con equidad y de que no habrá abusos.

1. Contrapartida por el dinero desembolsado

21. El concepto de contrapartida en la contratación engloba dos objetivos: la economía (lo que implica que los gastos de las operaciones o los costos administrativos de la contratación y de los sistemas de contratación sean razonables) y la eficiencia (lo que significa que debe haber una relación óptima entre el costo y otros factores, entre ellos la calidad del objeto de la contratación). El precio puede ser el único o el principal factor determinante de la oferta ganadora, pero también pueden prevalecer la calidad u otras consideraciones, según el tipo de contratación de que se trate. Al evaluar la contrapartida adecuada por el dinero desembolsado en una determinada contratación, la entidad adjudicadora tal vez desee tomar en consideración una amplia gama de elementos, como los costos del ciclo de vida útil (que pueden incluir los gastos de disposición, es decir, de venta o de puesta fuera de servicio) y los efectos de las modificaciones convenidas durante la administración del contrato adjudicado. También puede considerarse pertinente el concepto de sostenibilidad, a saber, los costos y beneficios para la sociedad en su conjunto, más que para la entidad adjudicadora en sí, que pueden incluir a su vez las repercusiones sociales y ecológicas de la contratación. [Agréguese una remisión al análisis que se hace en la Guía sobre la contratación sostenible.]

22. La Ley Modelo permite flexibilidad al fijar los requisitos mínimos que las licitaciones u otras ofertas deben cumplir para ser consideradas conformes (artículo [10]), y al formular los criterios de evaluación (artículo [11]), de modo que las entidades adjudicadoras puedan determinar la oferta más ventajosa de acuerdo con las prácticas seguidas en el país en lo que respecta a los criterios para una contrapartida adecuada del dinero desembolsado. (Véanse además los párrafos 33 a 35 *infra* en relación con las medidas de transparencia concebidas, entre otras cosas, para facilitar la rendición de cuentas de los encargados de la contratación por las decisiones que hayan adoptado.)

2. Participación y competencia

23. La Ley Modelo prescribe la licitación abierta como principal método de contratación, pues se reconoce que es el más eficaz para promover los objetivos de la Ley Modelo. Ello obedece principalmente a que esta contratación está “abierta” a todos los posibles proveedores y a que sus condiciones se determinan y se divulgan previamente, de modo que se alienta a los proveedores a participar y a competir por la obtención de un contrato del Gobierno.

24. La participación tanto a nivel nacional como internacional es un requisito para la competencia y, por lo tanto, esa participación internacional constituye la regla supletoria para la contratación en virtud de la Ley Modelo. Las escasas circunstancias en las que cabe limitar la participación internacional (directa o indirectamente) se enuncian en los artículos [8] a [11] de la Ley Modelo, tal como se explica más detalladamente en la sección [II.F] *infra*. Los Estados promulgantes, al incorporar a su derecho interno esas disposiciones, deberán tener en cuenta las obligaciones comerciales internacionales pertinentes que afecten a su participación internacional en la contratación.

25. En el comentario sobre la sección II del capítulo II de la Ley Modelo se explica la regla supletoria de la convocatoria abierta para los métodos de contratación distintos de los que implican o permiten necesariamente el recurso a la convocatoria directa (método de contratación que no es “abierto” en el sentido antes explicado).

26. Por último, existen reglas que fijan un número mínimo de participantes en la contratación para evitar que su número sea insuficiente y garantizar, entre otras cosas, que la competencia siga siendo una consideración importante, independientemente de si la convocatoria es “abierta” o no (véanse, por ejemplo, las disposiciones del artículo [48] relativas a la solicitud de propuestas con diálogo).

27. Los Estados promulgantes tal vez deseen adoptar medidas para incrementar la participación de pequeñas y medianas empresas, y también de microempresas, en sus procedimientos de contratación nacional. [Texto que se ultimaré cuando se haya concluido la redacción de las secciones sobre observaciones artículo, por artículo a fin de evitar repeticiones.]

28. Si bien en algunos mercados de la contratación habrá muchos posibles proveedores, la contratación de bienes y servicios de mayor amplitud y complejidad se realizará normalmente en un mercado más concentrado. Los Estados promulgantes tal vez deseen supervisar el grado de competencia real en la contratación pública y adoptar medidas para evitar las colusiones o la creación de oligopolios cuando haya contrataciones repetidas o a largo plazo en mercados con un escaso potencial de proveedores. Los riesgos pueden aumentar cuando las adquisiciones del Estado contribuyan a consolidar aun más el mercado.

3. Trato justo y equitativo

29. El sentido del concepto del trato justo y equitativo de los proveedores en la Ley Modelo es que no haya discriminación y que las decisiones sobre contratación que afecten a los proveedores se adopten con objetividad. La Ley Modelo contiene varias disposiciones en que se plasman esos principios. En primer lugar, la entidad adjudicadora, salvo que lo permita o requiera el reglamento de la contratación

pública o alguna otra norma aplicable de ese Estado, no fijará “ningún otro requisito destinado a limitar la participación de proveedores o contratistas en un proceso de contratación que entrañe alguna discriminación frente a un proveedor o contratista, o frente a alguna categoría de ellos” (artículo [8 2]). En segundo lugar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo [8], “la entidad adjudicadora no establecerá criterio, requisito ni procedimiento alguno para determinar la idoneidad de los proveedores o contratistas que entrañe alguna discriminación frente a un proveedor o contratista, o frente a alguna categoría de ellos, o que no sea objetivamente justificable (artículo [9 6]). En tercer lugar, el artículo [10 2]), relativo a la descripción del contrato adjudicable, dispone que la entidad adjudicadora, también a reserva de lo dispuesto en el artículo [8], no dará descripción alguna del objeto del contrato adjudicable que pueda suponer un obstáculo para la participación de proveedores o contratistas en el proceso de adjudicación o una limitación de su acceso a dicho proceso, evitándose en particular todo obstáculo basado en la nacionalidad. En el artículo [10] figura otro requisito para el trato justo y equitativo, concretamente el de que las descripciones del objeto del contrato adjudicable deberán ser objetivas, claras y completas. Juntamente con las salvaguardas enunciadas en el artículo [11], sobre los criterios de evaluación, este requisito del artículo [10] tiene por objeto asegurar que los proveedores compitan en pie de igualdad. (Véanse además el comentario sobre el artículo [7] sobre las reglas de comunicación, cuya finalidad es que no se excluya a ningún proveedor de forma discriminatoria; el artículo [9], en que se establecen las reglas sobre la idoneidad de los proveedores y se especifica que solo podrán quedar descalificados por motivos previamente establecidos; los artículos [10 y 11], que regulan los criterios de examen y de evaluación y disponen en particular que las ofertas habrán de examinarse y evaluarse con arreglo a criterios previamente divulgados; y el artículo [39], relativo a la presentación de ofertas, y, en particular, a que no podrán aceptarse las ofertas tardías).

30. El principio de la igualdad de trato en los acuerdos de libre comercio presupone normalmente que los proveedores de todos los Estados participantes deberán tratarse en pie de igualdad; el principio del trato justo y equitativo en la Ley Modelo tiene otros matices, pues se reconoce que un trato estrictamente igual puede tener resultados discriminatorios (por ejemplo, si se aplicaran los mismos plazos a los proveedores que enviaran sus comunicaciones sobre papel que a los proveedores que lo hicieran en forma electrónica). No obstante, la Ley Modelo y los regímenes de libre comercio parten del principio de que la apertura de los mercados nacionales de la contratación a la competencia internacional es beneficiosa y de que, por consiguiente, las obligaciones que tengan los Estados en virtud de esos acuerdos deberían ser recíprocas.

4. Integridad

31. La integridad en la contratación implica la ausencia de corrupción y de abusos y una actuación ética y equitativa del personal encargado de la contratación que, en particular, evite los conflictos de interés.

32. Los Estados promulgantes pueden regular en otras leyes y reglamentos las normas generales de conducta de los funcionarios. Dado que la Convención contra la Corrupción exige que los regímenes de contratación aborden los conflictos de interés del personal encargado de la contratación, el artículo [25] de la Ley Modelo

subraya la necesidad de que se promulgue un código de conducta para ese personal que regule los conflictos de interés y otras cuestiones pertinentes. Los Estados promulgantes, de acuerdo con sus respectivas legislaciones, tal vez deseen agregar a esos códigos disposiciones sobre la integridad y la prevención de la corrupción o hacer remisiones a otras leyes que regulen esas cuestiones.

5. Transparencia

33. El principio de la transparencia en la contratación consiste en cinco elementos principales: la divulgación de las reglas aplicables al proceso de contratación; la publicación de los contratos próximamente adjudicables; la determinación y publicación previas del objeto de la contratación y del modo en que se examinarán las ofertas; la administración visible del proceso de contratación conforme a las reglas y a los procedimientos prescritos; y la existencia de un sistema que permita supervisar el cumplimiento de esas normas (y, de ser necesario, obligar a los encargados a cumplirlas). La transparencia se considera un elemento clave del régimen de la contratación cuyo objetivo consiste, en parte, en limitar la discreción de los encargados o funcionarios, evitando así los abusos y la corrupción. Con la transparencia se apoya decisivamente la integridad en la contratación y la confianza pública en los procedimientos; al mismo tiempo, la transparencia facilita la rendición de cuentas por parte de las personas encargadas del proceso de contratación.

34. La Ley Modelo prevé medidas de transparencia en todos sus capítulos. Entre esas medidas cabe destacar los requisitos de que todos los textos jurídicos que regulen la contratación se comuniquen y se divulguen sin demora (artículo [5]), la determinación de los criterios de evaluación al principio del proceso de contratación y su publicación en el pliego de condiciones (artículo [11]), la publicación del plazo para la presentación de ofertas (artículo [14]), la revelación a todos los participantes de toda otra información importante que se haya comunicado durante el procedimiento a cualquiera de los participantes (artículo [15]), la publicación de los anuncios de adjudicación de contratos (artículo [22]), la amplia divulgación de las convocatorias y de las condiciones de participación (artículos [32 y 34]), lo cual debe hacerse en un idioma apropiado (artículo [13]), y, en los procedimientos de licitación, la apertura de las ofertas en presencia de los proveedores o contratistas que las hayan presentado (artículo [41]). Además, cierta información sobre la administración de un determinado procedimiento de contratación debe hacerse pública posteriormente, y los participantes tienen derecho a recibir demás información, todo lo cual debe consignarse en un expediente de la contratación (artículo [24]). La Ley Modelo fija también los requisitos para los métodos de comunicación no discriminatorios (artículo [7]), establece la forma en que entrará en vigor el contrato adjudicado (artículo [21]), y permite, en virtud de su capítulo VIII, recurrir contra todo presunto incumplimiento de esos requisitos.

35. No obstante, las disposiciones del texto se han formulado también de modo que pueda ejercerse discreción cuando sea apropiado y necesario. Teniendo en cuenta las distintas etapas de desarrollo y de madurez de los sistemas de contratación de los Estados promulgantes, en la presente Guía se comentan las características de determinados métodos de contratación que pretenden dar un mayor o menor grado de discreción y la capacidad y la infraestructura necesarias para administrar esos métodos eficazmente, a fin de que cada Estado promulgante

pueda decidir si cada uno de los métodos se ajusta o no a las circunstancias respectivas del país. Algunas medidas importantes en el proceso de contratación concebidas como obligaciones jurídicas respecto de los proveedores se rigen por normas, a fin de limitar el ejercicio del poder discrecional (como la elección de los métodos de contratación, que se examina en detalle en la sección [...] *infra*). Hay otras medidas que presuponen una discreción mucho más amplia, como la formulación de los criterios de evaluación, que puede ser muy flexible, haciendo primar el precio sobre la calidad, o viceversa. El ejercicio del poder discrecional en virtud de la Ley Modelo supone un equilibrio que permite a la entidad adjudicadora determinar el objeto de la contratación y la forma óptima de llevar el proceso pero, en tal caso, el poder discrecional queda circunscrito de modo que la entidad adjudicadora debe atenerse subsiguientemente a las reglas y procedimientos prescritos al aplicar las decisiones pertinentes (así, los criterios de evaluación y sus elementos constitutivos deben publicarse por adelantado y a continuación ser objeto de adhesión). Así pues, la transparencia es un medio que permite supervisar y evaluar el ejercicio del poder discrecional (y, si es necesario, impugnarlo).

B. Alcance de la Ley Modelo

1. Aplicación a toda la contratación pública

36. La Ley Modelo está concebida para ser aplicable a todos los procedimientos de contratación pública en un Estado promulgante; si sus disposiciones se aplican lo más ampliamente posible, se cumplirán al máximo los objetivos de la Ley Modelo. Por consiguiente, el artículo [1] del texto dispone que la Ley Modelo será aplicable a todo tipo de contratación pública en el Estado promulgante. En el texto se presentan varias opciones para definir el concepto de “entidad adjudicadora”, según la envergadura del sector público en cada Estado (véase además el comentario sobre las disposiciones pertinentes del artículo [2]).

37. Por la misma razón no existe ningún límite general por debajo del cual las disposiciones de la Ley Modelo no sean aplicables. La Comisión es consciente de que los costos del cumplimiento pleno de todas las disposiciones de la Ley Modelo pueden ser superiores a sus ventajas en algunas contrataciones de bajo valor, por lo que ofrece a las entidades adjudicadoras varias opciones para tales casos. En primer lugar, el procedimiento de solicitud de cotizaciones, en el artículo [45], es un método simple y rápido, particularmente cuando se lleva a cabo electrónicamente, que es aplicable por debajo del límite que fije el Estado promulgante; las subastas y los acuerdos marco, reguladas en los capítulos VI y VII, respectivamente, pueden utilizarse para amortizar los gastos de las operaciones y son, por lo tanto, útiles en contrataciones de bajo valor. En segundo lugar, para contrataciones por debajo [del mismo límite], se puede dispensar del requisito de la moratoria, previsto en el artículo [21 2]) y de los anuncios individuales de adjudicación de contratos, conforme al artículo [22 2]), siempre y cuando se publique, por lo menos una vez al año, un anuncio de todas las contrataciones que estén por debajo del límite. Para tales contrataciones, ciertos requisitos detallados de publicidad relativos a los idiomas y a las monedas son optativos (véanse, por ejemplo, los artículos [13 1) y 32 4])).

2. Contratación en el sector de la defensa y en cuestiones delicadas

38. La contratación en el sector de la defensa representa una parte importante del mercado nacional de la contratación de muchos Estados promulgantes. Tradicionalmente (inclusive en la Ley Modelo de 1994), este tipo de contratación estaba exenta en su conjunto de la aplicación de la legislación y de los reglamentos que rigen la contratación. En el presente texto se incorporan los sectores de defensa y seguridad nacional, donde procede, al ámbito general de la Ley Modelo, a fin de promover un régimen legal de la contratación armonizado y válido para todos los sectores de los Estados promulgantes y para que todos los tipos de contratación puedan beneficiarse de las disposiciones de la Ley Modelo. No obstante, se reconoce que las amplias obligaciones de transparencia que prevé la Ley Modelo tal vez no resulten compatibles con todas las contrataciones en el sector de la defensa, y en algunos procedimientos de contratación en materia de defensa y seguridad nacional habrá que hacer modificaciones apropiadas para dar cabida a la información delicada o confidencial.

39. Sin embargo, la Ley Modelo permite tales modificaciones no porque se trate de contratación en materia de defensa sino por la información reservada, y por ello puede clasificarse como contratación delicada. Los Estados promulgantes observarán que las modificaciones se permiten únicamente caso por caso, a fin de evitar que se haga accidentalmente o a propósito una exención general. Por “información reservada” se entiende la información definida como tal por un Estado promulgante de conformidad con el derecho interno aplicable y que en muchos Estados, en virtud de sus leyes o reglamentos, no es accesible para determinadas categorías de personas. El concepto de “información reservada” y la flexibilidad que se le da no afecta únicamente a la contratación en los sectores en que con más frecuencia se da este tipo de información, como los de seguridad y defensa nacional, sino también a la contratación en cualquier otro sector en que la ley permita vetar la divulgación de cierta información como, por ejemplo, en el sector de la salud. Es importante señalar que las disposiciones no confieren un poder discrecional a la entidad adjudicadora para ampliar la definición de “información reservada”, puesto que ello podría propiciar abusos. Por lo general, el tratamiento de la “información reservada” se regula a nivel legislativo y está, por tanto, sujeto al examen de las asambleas parlamentarias.

40. La autorización dada a las entidades adjudicadoras para que adopten medidas especiales e impongan requisitos especiales para la protección de la información reservada, inclusive la concesión de una exención de la aplicación de las disposiciones que requieren la divulgación de información, es únicamente aplicable en la medida en que lo permitan las reglamentaciones de la contratación u otras normas jurídicas del Estado promulgante. En virtud del artículo [7] de la Ley Modelo, la entidad adjudicadora, al solicitar por primera vez la participación en un procedimiento de contratación con información reservada, está obligada a especificar si se requiere alguna medida para proteger debidamente esa información y cuál sería esa medida. En tal caso, la entidad adjudicadora deberá hacer constar las razones en el expediente; con estas salvaguardias se pretende asegurar que se tome debidamente en cuenta la importancia que pueden tener las exenciones y que la entidad adjudicadora (que es la que determina si existen suficientes motivos para suspender los requisitos normales de transparencia) pueda explicar y justificar sus medidas.

41. En la aplicación del principio general enunciado en los párrafos 11 a 14 *supra*, las disposiciones de la Ley Modelo que permiten hacer excepciones a los mecanismos de transparencia para proteger intereses esenciales en materia de seguridad, por ejemplo, en relación con la compra de armas, municiones o material de guerra, o cualquier otra compra indispensable para la seguridad nacional o para fines de defensa nacional, son flexibles y permiten a los Estados cumplir con sus correspondientes obligaciones internacionales.

42. Otras cuestiones que revisten especial interés en la contratación en el sector de la defensa son la complejidad de algunas contrataciones y la necesidad de garantizar la seguridad de la información y de los suministros. Las disposiciones de la Ley Modelo, en particular las de los capítulos V y VII, permiten tener en cuenta esas necesidades (inclusive la debida protección de la información reservada, cuando sea necesario).

[3 Obligaciones internacionales

43. Debe recordarse también la prelación sobre la Ley Modelo que el artículo [3] reconoce a las obligaciones internacionales de carácter intergubernamental del Estado promulgante. En ese artículo se dispone que las obligaciones internacionales (por ejemplo, los acuerdos de donación o de préstamo con organismos de asistencia bilateral o multilateral en los que se haya impuesto algún requisito de procedimiento para la gestión de la suma aportada; las directivas de contratación de las agrupaciones económicas de integración regional) prevalecerán sobre la Ley Modelo, de haber alguna incompatibilidad con ella.]

4. Planificación de la contratación y administración del contrato

44. La Ley Modelo prevé los procedimientos esenciales para la selección de proveedores y contratistas para un determinado contrato adjudicable, de conformidad con los objetivos descritos en los párrafos 18 a 35 *supra*, y establece un mecanismo eficaz de recursos para el caso en que las reglas o los procedimientos sean infringidos o no sean respetados. La Ley Modelo no pretende regular la planificación de la contratación ni la fase de cumplimiento o ejecución del contrato. En consecuencia, en sus disposiciones no se abordan temas como la presupuestación, la evaluación de las necesidades, la investigación del mercado y las consultas, la administración del contrato, la solución de controversias relativas a su cumplimiento o la resolución eventual del contrato.

45. No obstante, la Comisión reconoce la importancia que tienen esas fases del proceso de contratación para el buen funcionamiento general del sistema de adjudicación. El Estado promulgante deberá ocuparse de que exista un marco legislativo y administrativo adecuado para llevar adelante esas fases del proceso de contratación; de no existir tal marco, los objetivos de la Ley Modelo pueden verse frustrados.

46. En lo que respecta a la planificación de la contratación, los regímenes internacionales y regionales de la contratación han ido alentando la publicación de información sobre los contratos próximamente adjudicables, y algunos Estados promulgantes pueden requerir, en su derecho administrativo, la publicación de esa información. En algunos otros regímenes se reducen los plazos para los anuncios y avisos de contratación cuando ya se hayan publicado por anticipado. En general,

esta práctica redundaría en una mejor administración de la contratación, una mejor gestión y una mayor transparencia. Concretamente con ello se promueve la planificación de la contratación y una mayor disciplina en los procedimientos y se pueden reducir los casos en que, por ejemplo, se recurra sin justificación a métodos concebidos para contrataciones urgentes (si la urgencia es fruto de la falta de planificación) y se dividan los contratos para evitar la aplicación de reglas más estrictas. Esta práctica también puede beneficiar a los proveedores y contratistas al permitirles determinar las necesidades, planificar la asignación de los recursos necesarios y adoptar otras medidas preparatorias para participar en próximas contrataciones.

47. [La Ley Modelo no requiere la publicación de tal información; las disposiciones de su artículo [6] son permisivas. Se requiere flexibilidad, dado que la información y las necesidades pueden cambiar con las circunstancias; es posible que no solamente se desperdicien el tiempo y los costos de la entidad adjudicadora sino que además los proveedores o contratistas tengan que realizar gastos innecesarios. Si se difunde información abundante, no pertinente o que induce a error en vez de información debidamente planificada, útil y pertinente, puede desvirtuarse la finalidad de la divulgación de este tipo de información. Del mismo modo, y con esas reservas, se alienta la publicación de los planes de contratos adjudicables en los próximos meses. En el comentario sobre el artículo [6] se dan más detalles sobre el enfoque de la Ley Modelo.]

48. Si la fase de administración del contrato se lleva a cabo de forma deficiente, puede minarse la integridad del proceso de contratación y ponerse en peligro los objetivos de la Ley Modelo, concretamente el trato equitativo, la competencia y la ausencia de corrupción, por ejemplo, si a raíz de las modificaciones del contrato aumenta notablemente el precio final, si se acepta un nivel de calidad por debajo de lo normal, si los pagos tardíos se convierten en práctica habitual, y si la ejecución del contrato se ve interrumpida por controversias. En la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada (2000)⁹ figuran sugerencias detalladas para la administración de contratos en contrataciones complejas que tengan un componente de financiación privada; muchos de los argumentos expuestos en ese instrumento son igualmente aplicables a la administración de todo tipo de contratos, en particular cuando el contrato se refiera a un proyecto complejo. La Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales (1987)¹⁰ contiene disposiciones específicas para los contratos de obras industriales¹¹.

C. Enfoque general de la Ley Modelo

49. En las disposiciones de la Ley Modelo se fijan los requisitos generales para un régimen sólido de la contratación y se enuncian procedimientos para cada contratación. Dada su finalidad de ser aplicable a todas las regiones, el enfoque del

⁹ Disponible en el sitio www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html (consultado en enero de 2011).

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ El Grupo de Trabajo tal vez considere que se justifica un análisis más detallado del tema de la planificación de la contratación y de la administración del contrato, en cuyo caso tal vez podría orientar a la Secretaría indicándole los parámetros de tal análisis.

texto es flexible y no prescriptivo. Los Estados pueden adaptar el texto a las circunstancias del país respectivo, por ejemplo, al definir el alcance de la contratación en el sector público, sin que ello vaya en detrimento de los principios y procedimientos esenciales de la Ley Modelo.

50. La Ley Modelo ofrece procedimientos que compaginan un cierto poder discrecional de los encargados de la contratación (a fin de darles la capacidad para obtener el máximo rendimiento del dinero) con la regulación o restricción del ejercicio de ese poder discrecional (mediante reglas sobre la transparencia y sobre la administración del procedimiento), todo ello para evitar que se adopten decisiones poco acertadas o que obedezcan a prácticas corruptas.

51. Las prescripciones generales de la Ley Modelo para el sistema de contratación pueden resumirse del modo siguiente:

a) Deben revelarse la ley aplicable, la reglamentación de la contratación y demás información (artículo [5]);

b) Cada procedimiento de contratación debe anunciarse previamente (con los detalles pertinentes) (artículos [32 a 34]) y subsiguientemente debe darse aviso de la adjudicación de los contratos pertinentes (artículo [22]);

c) Los bienes que vayan a contratarse deben describirse de conformidad con el artículo [10] (es decir, objetivamente y, en general, sin mencionar marcas concretas, a fin de que las ofertas puedan prepararse y compararse con un criterio común y objetivo);

d) La ley debe enunciar los procedimientos de calificación y los criterios permisibles para determinar qué proveedores podrán participar, y deben comunicarse a todos los posibles proveedores los criterios concretos en función de los cuales se decidirá si los proveedores quedan o no calificados para un determinado procedimiento de contratación (artículos [9 y 17]);

e) La licitación abierta es el método de contratación recomendado y las normas requieren que se justifique objetivamente el recurso a todo otro método de contratación (artículo [27]). La ley debe enunciar las condiciones que deberán cumplirse para recurrir a cada uno de los métodos (artículos [28 a 30]);

f) La ley prescribe los procedimientos ordinarios para la sustanciación de cada procedimiento (capítulos III a VII);

g) Las comunicaciones con los proveedores deberán realizarse de modo que no obstaculicen el acceso a la contratación (artículo [7]);

h) Se establece un requisito legal de una moratoria entre el momento de la selección de la oferta ganadora y la adjudicación del contrato, a fin de que todo incumplimiento de las disposiciones de la Ley Modelo pueda abordarse antes de que el contrato adjudicado entre en vigor (artículo [21 2]); e

i) De infringirse las reglas o los procedimientos, se prevén disposiciones para presentar recursos y apelaciones (capítulo VIII).

52. En cada procedimiento de contratación, la entidad adjudicadora tendrá las siguientes obligaciones:

- a) Determinar a los posibles proveedores y comunicarles toda información pertinente para la contratación desde el principio del procedimiento, de conformidad con las reglas establecidas en la Ley Modelo (artículos [36, 38, 46, 48, 52 y 57 a 60] por ejemplo). Esta información incluirá los procedimientos que deben seguirse en cada método de contratación y los criterios y procedimientos para la adjudicación de los contratos;
 - b) Recurrir a procedimientos abiertos y plenamente competitivos, a menos que haya un motivo que justifique que se proceda de otro modo (capítulo II, secciones I y II);
 - c) Seguir los procedimientos prescritos para cada proceso de contratación (capítulos III a VII); y
 - d) Hacer pública la adjudicación del contrato (artículo [22]).
-