

NACIONES UNIDAS

ASAMBLEA
GENERAL



Distr. GENERAL

A/CN.9/376/Add.1
10 de junio de 1993

ESPAÑOL
Original: FRANCÉS e
INGLÉS

COMISION DE LAS NACIONES UNIDAS PARA
EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL
26° período de sesiones
Viena, 5 a 23 de julio de 1993

LEY MODELO DE LA CONTRATACION PUBLICA

Recopilación de observaciones de los gobiernos

Canadá

El Gobierno del Canadá considera que el proyecto de Ley Modelo de la Contratación Pública, aprobado por el Grupo de Trabajo de la CNUDMI sobre el Nuevo Orden Económico Internacional en su 15° período de sesiones, tiene en general un alto nivel de calidad y compagina de modo justo y razonable los intereses de las entidades adjudicadoras con los de los contratistas y proveedores. Además, puede promover la transparencia en el proceso de licitación.

No obstante, el Gobierno del Canadá estima también que, al no prever la mayor utilización posible del intercambio electrónico de datos en el proceso de contratación pública, el proyecto de Ley Modelo, en su forma actual, de promulgarse como legislación nacional, para muchos Estados constituiría, desde el punto de vista tecnológico, un paso atrás. Por consiguiente, el proyecto de Ley Modelo perderá interés como modelo legislativo para esos Estados. El Canadá ha expresado este criterio de forma consecuyente durante los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional y este punto de vista se ha reiterado en las observaciones escritas que hemos recibido durante las amplias consultas que hemos mantenido en relación con el proyecto de Ley Modelo adoptado por el Grupo de Trabajo. Habida cuenta de que actualmente la Comisión prepara la reglamentación que ha de regir el Intercambio Electrónico de Datos (IED), el enfoque restrictivo que se ha adoptado en el proyecto de Ley Modelo resulta aún más desacertado.

El Canadá, basándose también en sus consultas, considera asimismo que el proyecto de Ley Modelo es en cierto modo perfectible y, movido por el deseo de que resulte más aceptable para los Estados y de que pueda así incorporarse a las legislaciones nacionales, presenta las siguientes observaciones sobre el documento.

Artículo 2 c) Un caso en que la definición de "bienes" puede plantear problemas es la adquisición de material impreso. En muchas provincias del Canadá ese material se considera un servicio, pero en otras, un bien. No está

claro si ciertas cosas pueden considerarse como bienes o como servicios según los Estados. El Grupo de Trabajo amplió la definición incluyendo en ella la electricidad. Cabría modificar aún más esta definición previendo la posibilidad de que los Estados incluyeran específicamente ciertas cosas y excluyeran específicamente otras. Con ello se daría mayor transparencia al texto y haría menos probables las diferencias.

Artículo 2 e) Las palabras "proveedor o contratista", utilizadas en todo el texto del proyecto de Ley Modelo, parecen una redundancia, pues no parece haber ninguna diferencia entre un proveedor y un contratista en este contexto. Ambos términos designan a la misma persona. De hecho, no es correcto emplear ninguna de las palabras en la precalificación o incluso en el proceso de licitación, ya que esas personas aún no son proveedores ni contratistas sino aspirantes a la precalificación, licitante u ofertantes. En la definición del párrafo e) del artículo 2 se intenta eludir el problema con las palabras "a quien pueda adjudicarse". Cabría mejorar en cierto modo el documento aludiendo siempre al "proveedor" y dando al término una nueva definición que abarcara, según el contexto, a las personas que pretende abarcar.

Artículo 6 2 d) Sustitúyanse las palabras "el Estado", al final de la frase, por "un Estado", ya que el incumplimiento de esas obligaciones en otro lugar puede afectar a un Estado que se planteen la posibilidad de establecer relaciones contractuales con una persona que realizará su labor en el Estado. Ciertamente, puede no ser fácil obtener esta información, pero al menos, si se dispone de ella, existe la oportunidad de utilizarla.

Artículo 6 2 e) Después de "contratación" añádase ", ni se esté cumpliendo condena por ese delito, de ser ésta más larga,", a fin de evitar la situación anómala en que se seleccionara a una empresa mientras que su responsable o sus responsables cumplieran una pena de prisión por un delito relacionado con este párrafo.

Artículo 6 6; también 7 8 Sustitúyanse las palabras "falsa o inexacta" por "falsa, inexacta o incompleta".

Artículo 6 7 Las palabras "licitaciones, propuestas u" antes de la palabra "ofertas", en la penúltima línea, han quedado por alguna razón suprimidas y deberían reinsertarse.

Artículo 7 1 La ubicación de los artículos 11 y 12 plantea un problema estructural que se explicará ulteriormente. Este problema afecta también al párrafo 1 del artículo 7. Para resolverlo, suprimáanse las palabras "que se presenten licitaciones, propuestas u ofertas en", antes de las palabras "un proceso de contratación pública". y sustitúyanse por la palabra "entablar".

Artículo 7 3 Esta disposición se refiere al inciso j) del párrafo 1 del artículo 19 y pediría a la entidad adjudicadora que especificara el lugar y el plazo para la presentación de licitaciones en los documentos de precalificación. Es posible que la entidad adjudicadora no esté siempre en condiciones de proporcionar esta información en ese momento. No se entiende por qué se formula este requisito. Por consiguiente, añádase el inciso j) a las excepciones relativas al artículo 19.

Artículo 7 4 No es práctica común que las entidades adjudicadoras faciliten a todas las partes detalles sobre todas las solicitudes de aclaración durante el proceso de precalificación, si bien ello se hace durante el proceso de licitación. En la forma en que está redactada, la disposición excluye toda facultad discrecional por parte de la entidad adjudicadora y podría dar lugar a una comunicación de información innecesaria y posiblemente costosa. En la antepenúltima línea, sustitúyase la palabra "comunicada" por "podrá comunicarse", a fin de eliminar la obligatoriedad de la disposición.

Artículo 7 5 La decisión se basa en los criterios y en la información que presenta el candidato a precalificación. Este hecho no está debidamente reflejado en la última frase, que debería modificarse y decir "la entidad adjudicadora adoptará la decisión basándose exclusivamente en los criterios enunciados en los documentos de precalificación".

Artículo 7 8 Véase la observación sobre el párrafo 6 del artículo 6, también aplicable a este artículo. En cualquier caso, las palabras "y podrá descalificarlo si descubre en cualquier momento que la información presentada ... era falsa o inexacta" reiteran y repiten la facultad conferida a la entidad adjudicadora en el párrafo 6 del artículo 6, por lo que son innecesarias y podrían suprimirse.

Artículo 8 Este artículo confiere, en efecto, un trato nacional a las empresas extranjeras, sujetas únicamente a las reglamentaciones sobre contratación pública u otras disposiciones jurídicas. No parece haber ninguna razón poderosa que justifique que un Estado suscriba acuerdos como el GATT, el Acuerdo de Libre Comercio entre el Canadá y los Estados Unidos o el Tratado de Libre Comercio de Norteamérica, y que al mismo tiempo dé en general a todos los nacionales extranjeros libre acceso a la contratación pública. Aun admitiendo que las reglamentaciones podrían contener una disposición sobre reciprocidad, en aras de la transparencia y, por tanto, de la seguridad, habría que refundir el artículo 8 y basarlo en la reciprocidad haciendo referencia a la participación de proveedores procedentes de Estados que hubieran adoptado la Ley Modelo.

Artículo 9 (en general) Este artículo trata de la forma de las comunicaciones y no del momento en que una comunicación se considera válida; por consiguiente, el artículo no es satisfactorio como disposición de aviso. En la forma en que está redactada, la Ley Modelo parece abordar esta cuestión sólo en el contexto del párrafo 4 del artículo 32. Habría que acordar e insertar una regla general que dispusiera que la comunicación es válida, por ejemplo, a partir del momento en que se expide el aviso, si se envía por intercambio electrónico de datos o por telefax, o del momento en que se recibe, si se envía por correo; o podría no reglamentarse dejando que el Estado promulgante lo decidiera libremente.

Artículo 9 1 Tal como se ha indicado desde un principio, el proyecto de Ley Modelo no responde adecuadamente a las necesidades de los Estados que hacen un gran uso del intercambio electrónico de datos en el proceso de contratación pública. Existen varias disposiciones de este tipo en el documento. En el párrafo 1 del artículo 9 estas disposiciones condicionan la facultad para utilizar el intercambio electrónico de datos. A fin de tener en cuenta las preferencias de los Estados que usan el intercambio electrónico de datos, debería modificarse el párrafo 1 del artículo 9 previendo la posibilidad de supeditar esas disposiciones a este artículo, con objeto de que los Estados que utilizan el intercambio electrónico de datos puedan seguir haciéndolo, mientras que otros puedan continuar utilizando papel si lo prefieren.

Artículos 11 y 12 En estos artículos se plantea un problema de redacción estructural, ya que en ellos se hace referencia a licitaciones, propuestas y ofertas en el contexto de expedientes e incentivos, pero estos tipos de contratación pública no se han descrito y ni siquiera se ha hecho referencia a ellos en artículos anteriores. Por consiguiente, las referencias que contienen esos dos artículos carecen de fundamento estructural lógico. Cabría mejorar el proyecto de Ley Modelo colocando los artículos 11 y 12 después del artículo 16.

Artículo 11 l Existen ordenamientos jurídicos en que una entidad adjudicadora central realiza la contratación pública en nombre de los departamentos interesados, que preparan los expedientes. Para tener en cuenta todas las situaciones, sustitúyase la palabra "constituirá" por "llevará".

Artículo 11 l k) En aras de la coherencia con el resto del documento, esta disposición no debería hablar únicamente de "motivos" sino de "motivos y circunstancias".

Artículo 11 3 No es práctica habitual de algunas entidades adjudicadoras someter automáticamente a inspección toda esta información, sino más bien examinar con un licitador, si lo solicita en una sesión de comunicación de resultados, las razones por las que su licitación no ha prosperado o se ha considerado deficiente. Asimismo, la información puede presentarse previa solicitud concreta con arreglo a la legislación sobre acceso a la información. Se sugiere que se supriman las palabras "su inspección por", en las líneas segunda y tercera, a fin de que el artículo prevea la disponibilidad sin especificar el modo.

Artículo 12 En su enunciado actual, este artículo no comprende los sobornos, las comisiones u otros incentivos ofrecidos a través de un agente. A fin de corregir esta omisión, insértense las palabras ", directa o indirectamente," en la tercera línea, después de las palabras "convenido en dar". Insértense las palabras "del Estado o" después de la palabra "empleado", en la cuarta línea, a fin de abarcar a otras personas que estén en condiciones de influir en el proceso de contratación pública.

Artículo 17 b) Las palabras "monto o valor" no están del todo claras. Cabría expresar mejor la idea con las palabras "pequeña cantidad o bajo valor monetario".

Artículo 18 2 El requisito de publicar convocatorias a licitación o a precalificación en un diario, en una publicación comercial o en una revista técnica de gran difusión internacional podría crear notables dificultades y gastos a las entidades adjudicadoras de algunos Estados, a menos que pudieran utilizarse medios electrónicos. Este es precisamente uno de los problemas que plantea el artículo 9 en su redacción actual.

Artículo 19 l b) o c) El lugar de suministro de los bienes debería figurar en la convocatoria a licitación.

Artículo 25 5 El Grupo de Trabajo convino en añadir las palabras "cada una en un" antes de las palabras "sobre sellado" (párr. 125 del informe) y esta decisión no se refleja en el proyecto de Ley Modelo. No obstante, para algunos Estados se plantea un problema más grave debido a que esta disposición, en su enunciado actual, no permite la licitación por medios electrónicos. Véanse las observaciones sobre el artículo 9 con respecto al intercambio electrónico de datos.

Artículo 26 1 Las palabras "tendrán validez" resultan en cierto modo ambiguas y deberían sustituirse por otras más explícitas, a saber, "podrán aceptarse".

Artículo 26 3) En su forma actual, esta disposición es contraria a la legislación y a las prácticas contractuales del Canadá y de otros ordenamientos jurídicos de origen anglosajón; la delegación del Canadá ya se expresó en este sentido ante el Grupo de Trabajo cuando sugirió la supresión de este artículo. La ley del Canadá dispone que, en ausencia de otras condiciones y cláusulas específicas, al presentarse una licitación en respuesta a una convocatoria a licitación nace automáticamente un contrato. El párrafo 3 del artículo 26, en su forma actual, alteraría este principio de tal forma que probablemente contrariaría y confundiría a muchas entidades adjudicadoras. Por consiguiente, se sugiere que se modifique el artículo para permitir que en el pliego de condiciones se especifique si en algún momento el licitador puede retirar su licitación sin perder su garantía de licitación.

Artículo 29 1 b) Esta disposición impone una excesiva carga a la entidad adjudicadora, ya que podría hacerle determinar a posteriori si a primera vista la oferta presentaba o no una posibilidad de error. Debería modificarse la disposición para que dijera que la entidad adjudicadora "podrá corregir" en vez de "corregirá", o que "corregirá los errores... que descubra a simple vista del examen de la licitación".

Artículo 32 3 Se supone que la finalidad de la última frase es disponer que en caso de que la entidad adjudicadora no obtenga las aprobaciones necesarias en el plazo consignado, no se prorrogará automáticamente el plazo de validez de la licitación o de la garantía de licitación, aunque el licitador lo desee. El texto de la disposición, en su redacción actual, no ofrece absoluta claridad al respecto. Debería modificarse la disposición insertando la palabra "automáticamente" después de la palabra "lugar", en la sexta línea.

Artículos 38 a 43 Estas disposiciones sobre vías recurso son optativas. Habida cuenta de que el Canadá dispone de sistemas de derecho administrativo bien desarrollados, tanto a nivel federal como provincial (common law y derecho de tradición romanística), no es probable que un ámbito jurisdiccional canadiense adopte esas disposiciones. Por consiguiente, no sería apropiado que el Canadá formulara observaciones al respecto.