



# Asamblea General

Distr. limitada  
7 de junio de 2004  
Español  
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para  
el Derecho Mercantil Internacional**  
**Grupo de Trabajo I** (Contratación pública)  
Sexto período de sesiones  
Viena, 30 de agosto a 3 de septiembre de 2004

## **Evolución reciente del derecho en materia de contratación pública: cuestiones que ha planteado la creciente utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública**

### **Nota de la Secretaría**

### Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción .....	1-5	2
II. Evolución reciente del régimen de contratación pública: aplicación de las comunicaciones y tecnologías electrónicas en la contratación pública .....	6-92	3
1. Publicación electrónica de información relacionada con la contratación pública .....	16-47	5
A. Antecedentes .....	16-20	5
B. Oportunidades de obtener contratos .....	21-35	6
C. Publicación de las leyes y reglamentos que rigen los contratos públicos	36-42	9
D. Publicación de la adjudicación de contratos .....	43-47	10
2. Utilización de las comunicaciones electrónicas en el proceso de contratación pública .....	48-78	11
3. Subasta electrónica (de oferta regresiva) .....	79-92	18
III. Recomendaciones .....	93	21



## I. Introducción

1. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (denominada en lo sucesivo “la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública” o “la Ley Modelo”) y la Guía para su incorporación eventual al derecho interno (denominada en lo sucesivo “la Guía”) tienen por finalidad servir de modelo para que los Estados promulguen legislación en la materia y promuevan mecanismos que permitan instituir un proceso de contratación pública competitivo, transparente, justo, económico y eficaz. En muchos Estados se ha promulgado legislación basada o inspirada en gran parte en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, y su utilización ha dado lugar a una armonización generalizada de las normas y los procedimientos de contratación pública.
2. En el informe sobre la labor realizada en su 36º período de sesiones, la Comisión apoyó firmemente la idea de incluir el tema de las normas sobre la contratación pública en su programa de trabajo, entre otras cosas, para que se examinaran las cuestiones y prácticas nuevas que habían surgido desde la aprobación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública en 1994 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/58/17)*, párr. 229). La Comisión señaló, además, que la labor del Grupo de Trabajo debía centrarse en dos temas principales, que podían servir de punto de partida para revisar la Ley Modelo: en primer lugar, las cuestiones que plantea la contratación pública efectuada por medios electrónicos y, en segundo, las cuestiones que se han planteado durante la aplicación de la propia Ley Modelo.
3. En la presente nota, que es el primero de dos documentos preparados por la Secretaría en previsión de la labor futura de la Comisión en materia de contratación pública, se analizan las cuestiones que han surgido a raíz de la utilización cada vez más frecuente en esa esfera de las comunicaciones y tecnologías electrónicas, incluso el recurso a métodos de contratación pública por Internet. El segundo de los dos documentos trata de las últimas novedades en la esfera de la contratación pública: cuestiones planteadas por las últimas actividades y experiencias de las organizaciones internacionales y las instituciones crediticias al aplicar la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (véase el documento A/CN.9/WG.I/WP.32). Para facilitar la lectura, en la presente nota se ha utilizado la expresión “contratación electrónica” para hacer referencia a la utilización de las comunicaciones y las tecnologías electrónicas en la contratación pública.
4. En la presente nota se tratan también algunas opciones normativas que el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar en relación con las cuestiones que plantea la utilización de la contratación electrónica en el marco de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si alguna de esas cuestiones podría resolverse en el marco de las disposiciones existentes (o mediante la interpretación de leyes y regímenes en vigor, inclusive las de la Guía). No obstante, en algunos casos puede ser necesario introducir nuevas disposiciones en la Ley Modelo. En esta etapa la Secretaría se ha centrado en las cuestiones normativas y no en la forma concreta de enunciar las disposiciones pertinentes, por lo que la presente nota no contiene sugerencias al respecto.

5. La Secretaría ha llevado a cabo su labor en estrecha cooperación con las organizaciones competentes en materia de contratación pública, como el Banco Mundial, y ha recibido el asesoramiento de expertos en la materia.

## **II. Evolución reciente del régimen de contratación pública: aplicación de las comunicaciones y tecnologías electrónicas en la contratación pública**

6. En el último decenio se han producido dos importantes acontecimientos tecnológicos que han modificado la forma en que se realiza la contratación pública: en primer lugar, se ha generalizado la utilización de medios electrónicos de comunicación y, en segundo, algunos Estados efectúan electrónicamente algunas etapas del proceso de contratación pública (por ejemplo, la presentación de ofertas de contrato u otros medios de adjudicación, se realizan en línea, utilizando comúnmente la Internet). La utilización de esos medios electrónicos de comunicación va en rápido aumento y se ha considerado en varias legislaciones nacionales y en convenios internacionales, como el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio (OMC), el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCA), y en relación con la labor de distintas entidades internacionales, como el Foro de Cooperación Económica de Asia y el Pacífico, la Organización de los Estados Americanos (OEA) y la Unión Europea.

### Posibles ventajas y dificultades de la utilización de la contratación electrónica

7. La práctica de la contratación electrónica podría aportar muchas ventajas, como una relación precio-calidad más favorable gracias a una mayor competencia en un mercado de proveedores más amplio, mejor información a los proveedores y técnicas más competitivas, el ahorro de tiempo y de costos, una mejor administración de los contratos adjudicados y, gracias a la posibilidad de ejercer una vigilancia más estricta y de disminuir los contactos directos entre proveedores y entidades adjudicadoras, un mayor cumplimiento de las normas y políticas pertinentes y menos corrupción y abusos. Además, la contratación electrónica ofrece valiosas posibilidades de aumentar la transparencia del proceso en sí y la confianza del público en él.

8. También es evidente que la contratación electrónica puede utilizarse en todas las etapas del ciclo de contratación pública y que sus ventajas podrían abarcar otros ámbitos, ya que podría generar valiosas sinergias con otras políticas internas. Por ejemplo, la contratación electrónica puede estimular una capacidad de oferta local más competitiva al acelerar la adopción de prácticas modernas de contratación pública por el sector privado y fomentar la normalización. El tema se examina más a fondo en la publicación del Centro de Comercio Internacional titulada *Public Procurement Training System, Module 5, E-Procurement*, párrafo 3.2, en el documento de análisis del Banco Mundial preparado por Eduardo Talero y titulado *Electronic Government Procurement: Concepts and Country Experiences*, sección B (septiembre de 2001) y en la publicación de la Oficina de Comercio Estatal del Reino Unido titulada *A Guide to Procurement for the Public Sector*, capítulo 2 (que puede consultarse en el sitio [www.ogc.gov.uk](http://www.ogc.gov.uk)).

9. En cambio, esas posibles ventajas pueden ser incompatibles con otros objetivos socioeconómicos de los Estados promulgantes; por ejemplo, el mejoramiento de la eficiencia mediante la utilización de contratos de más envergadura y de acuerdos marco puede tender a favorecer a las grandes empresas, en vez de a las pequeñas y medianas empresas, el fomento de las cuales como motor del crecimiento económico forma parte de muchas políticas nacionales.

10. Además, la relativa novedad de las comunicaciones electrónicas y los temores en relación con la confidencialidad y la autenticidad pueden disuadir a los proveedores de participar en procesos de contratación en los que es obligatorio utilizar comunicaciones electrónicas.

Posibles objetivos de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios en materia de contratación electrónica

11. Si bien las posibles ventajas de la contratación electrónica que se exponen brevemente en los párrafos anteriores son compatibles con los principales objetivos y con la finalidad de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública enunciados en su preámbulo, se ha sugerido que quizás sea preciso revisarla a fin de que los Estados promulgantes puedan aprovechar al máximo el método de la contratación electrónica.

12. La posibilidad de que un Estado se beneficie de la contratación electrónica dependerá de que disponga de una infraestructura apropiada y de otros recursos, así como de la idoneidad de la ley aplicable al comercio electrónico, y del grado de normalización en ese Estado. El marco jurídico general de un Estado (a diferencia de las medidas que regulen específicamente la contratación pública) podrá respaldar o no de forma adecuada la contratación pública por medios electrónicos. Por ejemplo, las leyes que regulan la utilización de las comunicaciones por escrito, la firma electrónica, lo que se entiende por documento original y la admisibilidad de las pruebas ante un tribunal pueden ser un obstáculo a la utilización de la contratación electrónica. Esas cuestiones se tratan en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico de 1996 y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas de 2001. Por ello, el Grupo de Trabajo tal vez estime conveniente que esas cuestiones se regulen mediante disposiciones distintas de las leyes que rigen la contratación pública en los Estados promulgantes. Por ejemplo, las mencionadas leyes modelo prevén el principio de la equivalencia funcional de los mensajes electrónicos y los consignados en papel. Pese a ello, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si en la Guía debería recomendarse que se promulguen leyes apropiadas sobre esas cuestiones en los Estados promulgantes.

13. Una idea conexas es que, como consecuencia de los rápidos adelantos tecnológicos y del grado divergente de complejidad técnica en los Estados Miembros, tal vez convenga que el Grupo de Trabajo decida que toda disposición que se incorpore a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública deberá ser tecnológicamente neutra. Es decir, que toda disposición que rija la utilización de la contratación electrónica deberá centrarse en los principios y no en la forma de las comunicaciones y tecnologías que se utilizarán. En consecuencia, en la presente nota no se examinan esas tecnologías siempre que no influyan en consideraciones normativas.

14. Las dos principales cuestiones de fondo en materia de contratación electrónica que se han determinado hasta la fecha se plantean en las dos esferas siguientes:

a) La divulgación de información relativa a la contratación pública, incluida la publicación de las leyes y reglamentos que rigen la contratación pública, el pliego de condiciones y la información conexa y la adjudicación de contratos; y

b) La utilización de las comunicaciones electrónicas en el procedimiento de contratación pública, incluido el recurso a las subastas electrónicas (regresivas).

15. Al abordar cada una de esas prácticas se resumirán las posibles ventajas y dificultades que pueden plantear, el actual nivel de utilización, examinando brevemente las disposiciones pertinentes de otros regímenes internacionales (de haberlos) y de algunas legislaciones nacionales, remitiendo a las disposiciones pertinentes del texto actual de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública y, por último, se esbozarán algunas opciones normativas que el Grupo de Trabajo podría examinar. Concretamente se analizan las disposiciones del Foro de Cooperación Económica en Asia y el Pacífico (APEC) y de la Organización Mundial del Comercio (OMC); los principales acuerdos comerciales objeto de análisis son los tratados de la Unión Europea y del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), el Acuerdo sobre Contratación Pública y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN); y las principales disposiciones nacionales examinadas son las del Brasil, los Estados Unidos de América, Francia, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Singapur, así como los del Canadá y Hong Kong, aunque en menor medida. Se seleccionaron el Canadá y Hong Kong por ser representativos de tradiciones reglamentarias diferentes y también porque tienen considerable experiencia en la práctica o reglamentación de la contratación electrónica.

## **1. Publicación electrónica de información relacionada con la contratación pública**

### **A. Antecedentes**

16. En el artículo 5 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública se establece el principio general de acceso del público al texto de la propia Ley y al “reglamento de la contratación pública, así como [a] todas las ... directrices administrativas de aplicación general referentes a contratos cuya adjudicación se rija por la presente Ley ...”; se añade que tal información será puesta “sin demora a disposición del público y sistemáticamente” actualizada. Al examinar el tema general de la publicación de la información relacionada con la contratación pública, el Grupo de Trabajo podría considerar si sería conveniente extender la aplicación de ese principio a toda la información relativa a la contratación pública en todos los medios.

#### Posibles ventajas y dificultades

17. La publicación electrónica de la información relacionada con la contratación pública permite difundir más ampliamente esa información que si se publicara en forma impresa como es tradicional, ya que es más accesible a un mayor número de proveedores. Las entidades adjudicadoras pueden poner al alcance del público por Internet información de mejor calidad y en mayor cantidad que la que podrían transmitir por medios impresos, ya que por ese método podría considerarse que llega un mayor número de proveedores. Ahora bien, esas posibles ventajas suponen disponer de buscadores eficientes en Internet o de medios de notificar

adecuadamente toda la información que se agregue. La notificación en sí exigiría a su vez que los proveedores se inscribieran en algún tipo de registro. (En la sección II A, titulada “Utilización de listas de proveedores”, del documento A/CN.9/WP.32 se examinan cuestiones interrelacionadas, como la de la inscripción y la lista de proveedores y la de los catálogos electrónicos.)

18. La publicación y la divulgación electrónicas suelen ser menos caras que la forma tradicional impresa, pero el costo que entrañaría la obligación de divulgar la información en medios impresos, además de hacerlo opcionalmente por vía electrónica, puede desalentar la utilización de la publicación electrónica. Este factor puede plantearse porque las ventajas de la publicación electrónica pueden quedar contrarrestadas por el aumento de los costos, sobre todo en las etapas iniciales de instalación de sistemas electrónicos, y porque si la información no estaba previamente archivada en computadora, habrá que ponerla en formato electrónico.

19. Se suele pensar que la publicación electrónica es más eficaz cuando es obligatoria (es decir, cuando no se permite publicarla además en forma impresa). No obstante, los beneficios pueden ser considerables incluso cuando la publicación electrónica es opcional; además, la publicación electrónica obligatoria no siempre será el método adecuado.

20. Por ejemplo, la publicación electrónica obligatoria puede limitar el acceso a la información sobre un contrato si la infraestructura no es adecuada, si el acceso es técnicamente difícil, si con la divulgación electrónica se desplaza a medios impresos más accesibles y si la consulta no es gratuita. Si bien esos factores pueden considerarse transitorios y limitarse a determinadas zonas geográficas, conviene que el Grupo de Trabajo los enfoque como un problema importante en estos momentos. Se plantea un problema conexo porque es más difícil asegurar la equivalencia funcional de la información electrónicamente disponible y de los medios impresos ya que en el primer caso la información se puede actualizar de forma más o menos instantánea, pero en el segundo deben enviarse documentos a los proveedores (lo que, además, puede ser caro y llevar tiempo).

## **B. Oportunidades de obtener contratos**

### Actual nivel de utilización y disposiciones pertinentes de los regímenes nacionales e internacionales

21. Los Estados que utilizan frecuentemente la publicación electrónica publican con antelación información relativa a proyectos en perspectiva o información de carácter general sobre las posibilidades de obtener contratos de determinadas entidades.

22. Esa información puede obtenerse en los sitios web de las entidades adjudicadoras o en sistemas electrónicos centralizados que se refieren a muchas entidades. En los Estados en que esos procedimientos de contratación pública están reglamentados, se suele exigir a las entidades adjudicadoras que utilicen un sistema electrónico centralizado para anunciar la información que deben publicar en virtud de la ley aplicable (por ejemplo, la que rige la convocatoria a licitación). Sin embargo, la Secretaría ha comprobado que en las legislaciones nacionales no se suele imponer el requisito de publicar información sobre las oportunidades de obtener contratos.

23. En cambio, en casi todas las legislaciones nacionales que se examinaron sí se impone el requisito de publicar electrónicamente la información sobre próximos contratos. Hay distintas formas de publicar la información: por ejemplo, un órgano regional sólo publica información sobre las oportunidades de obtener contratos electrónicamente, pero otros permiten que se utilice cualquier medio que satisfaga los requisitos de accesibilidad.

24. El régimen de la Unión Europea cuenta con un sistema centralizado de difusión y traducción de información al servicio de todos los Estados miembros, que debe utilizarse para todos los contratos objeto de reglamentación. Los anuncios aparecen en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, que sólo se publica en forma electrónica (Internet y CD-ROM). Sin embargo, las entidades adjudicadoras pueden poner más anuncios en otras publicaciones y con frecuencia lo hacen (las más de las veces en medios impresos o en otros medios electrónicos o ambas cosas). Conforme al régimen de la Unión Europea, las entidades deben publicar anuncios generales de oportunidades de contrato cuando sus adquisiciones de ciertas clases de productos y servicios sobrepasan una cantidad especificada, además de publicar con antelación un anuncio de los grandes proyectos de obras, aunque conforme a sus nuevas directivas ese requisito será opcional. (Las entidades que publican esa información pueden acortar los plazos en el caso de ciertos procedimientos de licitación. En virtud de las nuevas directivas de la Unión Europea, las entidades sólo deberán publicar anuncios con antelación si desean aprovechar esos plazos más cortos; también se les permitirá que los publiquen en su propia página web, y no en el Diario Oficial). En otro instrumento internacional -el Acuerdo sobre Contratación Pública- no se supone la obligación de proporcionar más información, ni electrónicamente ni de otra forma (aunque en la práctica muchas partes en el Acuerdo lo hacen).

#### Disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública

25. El artículo 24 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública tiene dos párrafos que se refieren a la publicación de convocatorias a licitación en un proceso de contratación pública. En el primer párrafo se estipula que deberán publicarse las convocatorias. Si bien en la Ley Modelo propiamente dicha no se precisa dónde habrán de publicarse, se sugiere entre paréntesis que deberá ser en una publicación oficial especificada por el Estado promulgante cuando aplique la Ley Modelo (como sería una gaceta oficial).

26. El segundo párrafo trata de la contratación pública internacional y se puede considerar que complementa el primero. Se estipula que la convocatoria a licitación deberá publicarse en un “periódico” o en “una publicación pertinente o una revista técnica o profesional” de amplia circulación internacional.

27. En ambos casos estas disposiciones suponen la publicación de anuncios en un medio impreso.

28. En cambio, el artículo 27 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública trata del contenido del pliego de condiciones. Aunque no se hace referencia específica a la utilización de medios electrónicos, en el inciso z) del artículo 27 se prevé que la entidad adjudicadora incluya cualquier otro requisito por ella establecido en relación con el proceso de contratación, disposición que cabe interpretar en el sentido de que se prevé la inclusión de información sobre la comunicación y la licitación por medios electrónicos. En la Guía se sugiere que los Estados que lo deseen podrán dictar nuevas reglamentaciones al respecto.

Opciones normativas

29. El Grupo de Trabajo podría considerar que sería oportuno introducir una disposición específica en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, respecto de la cuestión de la utilización obligatoria u opcional, de publicar electrónicamente información sobre las oportunidades de obtener contratos con el objetivo de ampliar la difusión de información a un costo limitado.

30. Sin embargo, el Grupo de Trabajo también puede considerar que de exigirse la publicación electrónica se podría comprometer el principio general de accesibilidad, en la medida en que en algunos Estados no se dispone de infraestructura adecuada. De ser así, en una disposición se podría hacer referencia únicamente a la publicación en términos de accesibilidad, sin especificar los medios técnicos que habrían de utilizarse, como ocurre en el mencionado ejemplo, y se podrían dar las oportunas indicaciones en los reglamentos y en la Guía. Una ventaja de este enfoque es que es tecnológicamente neutro, por lo que no habría que revisar ulteriormente la disposición a la luz de los futuros adelantos tecnológicos y, además, se mantendría la flexibilidad en cuanto al medio de publicación. Sin embargo, hay una desventaja, que radica en que en muchos ordenamientos podría ser difícil hacer cumplir el requisito de la accesibilidad, lo que podría minar la transparencia del sistema y la confianza del público en él. Esa desventaja podría atenuarse si en la Guía se dieran aclaraciones y orientaciones.

31. Con todo, como el texto actual de la Ley Modelo sólo impone la publicación en papel, es posible que, para promover la contratación electrónica, no baste con enumerar las ventajas y la conveniencia de la publicación electrónica y los posibles métodos de hacerlo en la Guía, en vez de incluir otra disposición en la Ley Modelo. Si el Grupo de Trabajo está de acuerdo con esa sugerencia, tal vez desee considerar la posibilidad de incluir una disposición al respecto en la Ley Modelo.

32. Si el Grupo de Trabajo estima que se justifica introducir una disposición específica:

a) Por lo que respecta al primer párrafo, podría optar por redefinir el concepto de “publicación”, de modo que incluya la publicación por medios electrónicos accesibles (opcional) o que se realice por esos medios (obligatoria). Otra posibilidad consistiría en indicar entre paréntesis que, de ser posible, el Estado promulgante deberá incluir una referencia a un medio electrónico (especificado);

b) Si se opta por el principio de la publicación electrónica opcional, pero se desea fomentar que con el tiempo la publicación electrónica sea obligatoria, se podría exigir la publicación electrónica de convocatorias si es posible o llega a ser posible en el Estado interesado o si se ha llegado a un determinado umbral de utilización de comunicaciones electrónicas. Ese umbral se podría especificar en una reglamentación (que es más fácil de modificar en épocas de cambio que la legislación primaria) o tratarse en la Guía. Otra posibilidad sería que, si el Grupo de Trabajo considera que podría llegarse a un consenso respecto de ese umbral y con ánimo de preservar la transparencia, así se indicara en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública propiamente dicha;

c) En cuanto al segundo párrafo, el Grupo también podría optar por redefinir los conceptos de “periódico” o “una publicación pertinente o una revista técnica o profesional”, en el sentido de que son publicaciones electrónicas o las incluyen, o establecer un equivalente de la opción descrita en el apartado precedente. Conviene observar que la publicación de anuncios electrónicos



internacionales en Internet supone una accesibilidad casi universal a esta información, pero (como se indica en el párrafo 17 *supra*), hay entidades, sobre todo entidades extranjeras, que pueden no saber dónde encontrar la información si no disponen de buscadores eficaces, o pueden no enterarse de los cambios que se introduzcan en ella.

33. En cuanto a la cantidad de información que se ha de proporcionar, es posible que la publicación electrónica requiera una cantidad de información mayor. No obstante, el Grupo de Trabajo podría considerar que exigir la publicación de una cantidad considerable de información sobre las oportunidades futuras, que vaya más allá del anuncio de un contrato futuro, sería demasiado oneroso si tradicionalmente esa información sólo se ha mantenido en forma impresa. Por consiguiente, y en vista de que la información complementaria que habría que publicar variaría de un caso a otro y de un Estado a otro, el Grupo de Trabajo podría estimar que ese tipo de orientación debería darse en la Guía y en recomendaciones relativas a los reglamentos de los propios Estados promulgantes y no en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública propiamente dicha.

34. Además, el Grupo de Trabajo debería considerar si sería necesario dar orientaciones detalladas, sea en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, sea en la Guía, que se refirieran a cuestiones como la flexibilidad en la utilización de un medio de difusión, quién habría de decidir el medio de publicación, si se justificaría o no utilizar sólo la publicación electrónica o la no utilización de medios electrónicos, en qué habrían de basarse las decisiones, si esas decisiones podrían ser objeto de revisión y otras (véase, además, la sección II E del documento A/CN.9/WG.I/WP.32), así como quién sería responsable de una omisión. Por último, debería examinarse la cuestión de asegurar la equivalencia entre la publicación electrónica y la publicación en forma impresa.

35. El Grupo de Trabajo también podría examinar si las disposiciones del inciso z) del artículo 27 son suficientemente amplias o si debería revisarse la Ley Modelo para hacer referencia específica a la utilización de comunicaciones electrónicas en esas circunstancias.

### **C. Publicación de las leyes y reglamentos que rigen los contratos públicos**

#### Actual nivel de utilización y disposiciones de otros regímenes internacionales

36. Muchos Estados proporcionan amplia información en forma electrónica sobre las normas jurídicas que rigen la contratación pública, las sentencias en que se interpretan esas normas y las políticas y procedimientos de contratación pública de determinadas entidades adjudicadoras, en algunos casos, en sitios web centralizados y, en otros, en los sitios web de las propias entidades.

37. Conforme al artículo XIX del Acuerdo sobre Contratación Pública, deben publicarse ciertas medidas relativas a la contratación pública, aunque no se especifica en qué medio. (En la Organización Mundial del Comercio (OMC), la contratación pública queda casi siempre excluida de las obligaciones de no discriminación previstas en los acuerdos multilaterales clave, pero no de las obligaciones de transparencia previstas en el párrafo 1 del artículo X del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y en el párrafo 1 del artículo III del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS)). Pese a

ello, la secretaría de la OMC ha procurado dar a conocer en su propia página web la información más importante sobre los sistemas nacionales. En el artículo 10 del proyecto de acuerdo del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) se dispone que esa información se publicará en medios impresos o electrónicos “de amplia difusión y fácil acceso para el público según se identifican en el Anexo XX” del ALCA. Además, se estipula que los Estados “procurarán desarrollar un sistema electrónico” que permita el acceso a esa información. En los principios no vinculantes sobre contratación pública del Foro de Cooperación Económica en Asia y el Pacífico (véase *APEC Government Procurement Experts Group, Non-binding Principles on Government Procurement*, párrafo 5, en el sitio [http://www.apecsec.org.sg/content/apec/apec\\_groups/committees/committee\\_on\\_trade/government\\_procurement](http://www.apecsec.org.sg/content/apec/apec_groups/committees/committee_on_trade/government_procurement)) se indica que esa información debe poder obtenerse a través de un medio accesible y el Foro procura facilitar el acceso a la información por vía electrónica en su propio sitio web.

#### Disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública

38. En el artículo 5 de la Ley Modelo se dispone que el reglamento de la contratación pública, las decisiones y directrices administrativas de aplicación general referentes a contratos públicos “serán puestos sin demora a disposición del público y sistemáticamente actualizados”.

#### Opciones normativas

39. El artículo 5 parece ser de alcance suficientemente amplio para incluir cualquier forma de publicación, electrónica o impresa, y plantea la cuestión en función de la accesibilidad de la información.

40. Aún así, el Grupo de Trabajo podría incluir disposiciones más detalladas sobre el particular, como una disposición por la que se permita o se exija expresamente que se publique electrónicamente toda la información que los Estados deben publicar en virtud de las disposiciones actuales de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. Las mismas consideraciones de índole normativa expuesta en los párrafos 29 a 31 *supra* se aplicarían en este caso a las cuestiones relativas a la publicación electrónica, opcional u obligatoria, la accesibilidad y los umbrales.

41. También puede ser conveniente que en la Guía se den orientaciones en cuanto al valor de la publicación electrónica y se insista en la relativa facilidad de mantener y actualizar la información por medios electrónicos.

42. Además, podría incluirse en las nuevas disposiciones u orientaciones la información pertinente de interés para los posibles proveedores (como las políticas u orientaciones internas), que actualmente, conforme a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, no es obligatorio publicar.

### **D. Publicación de la adjudicación de contratos**

#### Actual nivel de utilización y disposiciones de otros regímenes internacionales

43. Muchos Estados utilizan medios electrónicos para publicar amplia información acerca de los procedimientos de adjudicación en curso o ya concluidos. Por ejemplo,

Singapur informa de todas las ofertas presentadas tras su apertura (véase el sitio <http://www.gebiz.gov.sg> under Business Opportunity-> More opportunities -> Tender Schedules) y en el Brasil se está examinando un proyecto de ley en virtud del cual se exigiría a las entidades que publicaran en Internet la información relativa a las licitaciones en curso y a los contratos adjudicados, indicando el nombre de los adjudicatarios y de las entidades dominantes a que pertenecen. (El anteproyecto de ley N° 75 de 2000 de la Cámara de Diputados fue sustituido por uno del Senado.)

44. En la mayoría de los regímenes internacionales, las entidades adjudicadoras deben publicar anuncios de la adjudicación de un contrato en que se dé cierta información básica al respecto, con sujeción a las disposiciones relativas a la confidencialidad. En el artículo XVIII del Acuerdo sobre Contratación Pública, en el párrafo 7 del artículo 1015 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y en el párrafo 3 del proyecto de artículo 24 del capítulo XVIII del proyecto de acuerdo del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) se exige a las entidades que publiquen avisos de las adjudicaciones de contratos sin hacer referencia a ningún medio específico (aunque del último se deduce que sería aceptable recurrir únicamente a la publicación electrónica). En virtud de las directivas de la Unión Europea las entidades adjudicadoras deberán publicar las adjudicaciones de contratos sólo en forma electrónica.

#### Disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública

45. En el artículo 14 de la Ley Modelo se dispone que la entidad adjudicadora anunciará públicamente las adjudicaciones de contratos cuando el precio supere un umbral especificado por el Estado promulgante y que la reglamentación de contratación pública podrá disponer la manera en que se ha de efectuar el anuncio. Una vez más, el alcance de este artículo parece ser suficientemente amplio para incluir la publicación por cualquier medio electrónico o de otro tipo.

#### Opciones normativas

46. Se plantean cuestiones parecidas a las que se analizaron respecto de la publicación de las leyes y los reglamentos que rigen los contratos adjudicados.

47. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública debería incluir alguna disposición relativa a la publicación por medios electrónicos de la información que, conforme a la Ley Modelo, los Estados están obligados a publicar o no, o si es preferible que en la Guía se haga referencia a la utilidad de publicar esa información. (Como ya se ha señalado, a los Estados no se les exige que den a conocer las políticas u orientaciones internas de las entidades, que no constituyen “directrices” en el sentido que tiene esa palabra en la Ley Modelo.)

## **2. Utilización de las comunicaciones electrónicas en el proceso de contratación pública**

#### Antecedentes

48. Además de las cuestiones jurídicas mencionadas en el párrafo 12 *supra*, a los Estados promulgantes tal vez les interese asegurarse de que los contratos adjudicados electrónicamente conforme a su ordenamiento serán plenamente

ejecutables, así como proteger los intereses correspondientes de sus proveedores. En la medida en que puedan ser objeto de reglamentación, sería conveniente que esas últimas cuestiones se rigieran por disposiciones específicas de los regímenes de contratación pública y no por otras leyes de los Estados.

49. Desde esa perspectiva se plantean cuatro importantes cuestiones normativas:

a) Si las normas relativas a la contratación pública deberían permitir o exigir a las entidades adjudicadoras que utilizaran las comunicaciones electrónicas previo consentimiento de los proveedores;

b) Si esas normas deberían permitir u exigir a las entidades adjudicadoras que impusieran a los proveedores la utilización de comunicaciones electrónicas;

c) Si esas normas deberían imponer como condición que los proveedores exigieran a las entidades adjudicadoras que utilizaran comunicaciones electrónicas;

d) Si esas normas deberían imponer condiciones para la utilización de medios electrónicos a fin de salvaguardar los objetivos del régimen de contratación pública, para impedir que los medios electrónicos escogidos dificulten el acceso a la información y para asegurar la confidencialidad, la autenticidad y la seguridad de las operaciones, así como la integridad de los datos.

50. Cada una de estas cuestiones se examinará en las secciones que figuran a continuación.

51. Otra cuestión es la de determinar cómo debe abordarse el requisito de que las ofertas se presenten “por escrito”. Se ha observado que en algunas normativas generales o en leyes sobre la contratación pública figuran disposiciones en las que se define lo que se entiende por comunicaciones “escritas” o “por escrito” en el sentido de que incluyen los medios electrónicos (a veces de forma parecida a la de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico). El Grupo de Trabajo podría recomendar, por ejemplo en la Guía, que los Estados promulgantes aborden esas cuestiones en su ordenamiento interno.

#### Actual nivel de utilización y disposiciones de otros regímenes internacionales

52. Muchos regímenes internacionales incluyen o proponen disposiciones en que se reconoce la práctica de utilizar comunicaciones electrónicas en la contratación pública, incluida su utilización obligatoria.

53. Se han propuesto enmiendas a los regímenes de la Unión Europea y del Acuerdo sobre Contratación Pública, en los que actualmente hay pocas disposiciones, o ninguna, relativas a la utilización de comunicaciones electrónicas, a fin de que se puedan utilizar las comunicaciones electrónicas previo consentimiento de las partes, permitir que las entidades adjudicadoras puedan insistir en que se utilicen, e introducir mecanismos de control para garantizar la accesibilidad de los medios electrónicos y asegurar la autenticidad, la confidencialidad y la integridad de la información.

54. En virtud de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 1015 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) está permitido transmitir ofertas por cualquier medio electrónico, aunque no se dice nada de la utilización obligatoria de las comunicaciones electrónicas. En el proyecto de acuerdo del Área de Libre

Comercio de las Américas (ALCA) se presupone que las entidades adjudicadoras podrán utilizar medios electrónicos y parece preverse que podrán exigir a los proveedores que en sus operaciones utilicen medios electrónicos. Los principios no vinculantes relativos a la contratación pública del Foro de Cooperación Económica en Asia y el Pacífico no tratan expresamente de las comunicaciones electrónicas en el proceso de contratación pública, salvo que destacan el valor de Internet como medio transparente y no discriminatorio de suministrar información y dar a conocer las normas que rigen la contratación pública. No obstante, recientemente el fomento de la utilización por sus miembros de sistemas electrónicos de contratación es uno de los principales objetivos del Foro.

55. En Francia, las entidades adjudicadoras pueden utilizar medios para el envío de diversos documentos electrónicos, sin que medie acuerdo de los proveedores, pero lo contrario no será posible hasta enero de 2005. Se controlan la exactitud de la fecha de recepción y la autenticidad y confidencialidad de la información. En Hong Kong ahora también se usa la convocatoria a licitación por vía electrónica, pero los proveedores pueden optar por presentar sus ofertas en forma impresa. En Singapur se usan mucho las comunicaciones electrónicas, que en algunos casos son obligatorias, incluso para la presentación de ofertas. Asimismo, en el Brasil las entidades adjudicadoras en la práctica exigen que los proveedores utilicen medios electrónicos de comunicación. En el Reino Unido es común la utilización obligatoria de comunicaciones electrónicas (a discreción de las propias entidades adjudicadoras). Se controlan las normas de autenticación y confidencialidad, en la actividad pública en general. Análogamente, en los Estados Unidos, a nivel federal, los medios de comunicación con los proveedores se dejan a discreción de las entidades adjudicadoras, algunas de las cuales han exigido la presentación de ofertas electrónicas.

#### Disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública

##### a) Utilización de la contratación electrónica previo consentimiento de las partes

56. El párrafo 1) del artículo 9 de la Ley Modelo se refiere a la forma de las comunicaciones que habrán de utilizarse en el proceso de contratación pública. Se dispone que las comunicaciones se harán de tal forma que se deje constancia de su contenido (de otro modo, en el caso de la mayoría de las comunicaciones, por un medio que no deje constancia del contenido, con tal de que se dé seguidamente confirmación al destinatario por algún medio que sí deje constancia, como se prevé en el párrafo 2) del artículo 9, disposición que podría incluir las comunicaciones electrónicas). De ello se desprende que está permitido utilizar medios electrónicos de comunicación previo consentimiento de las partes.

##### b) Utilización obligatoria de las comunicaciones electrónicas

57. En el párrafo 1) del artículo 9 se dispone que la norma general que regula la forma de las comunicaciones está sujeta “a los requisitos de forma impuestos por la entidad adjudicadora al dirigir su primera invitación a los proveedores o contratistas”. Aunque este artículo podría interpretarse en el sentido de que autoriza la utilización obligatoria de comunicaciones electrónicas, hay documentos básicos de los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo en que se examinó el (entonces)

proyecto de ley Modelo de la CNUDMI sobre la contratación pública que indican que en ese momento se quería permitir la utilización de comunicaciones electrónicas sólo previo consentimiento de las partes. Véanse, por ejemplo, las opiniones de las delegaciones de Australia y el Canadá sobre el artículo 9 del proyecto de ley modelo en el Anuario de la CNUDMI, Volumen XXIV: 1993 (puede consultarse en el sitio [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org), bajo “Anuario, Volumen XXIV, I. Contratación pública, D. Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública: compilación de observaciones presentadas por los gobiernos” (documentos A/CN.9/376 y Add.1 y 2)), y los párrafos 82 a 90 del Informe del Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional acerca de la labor realizada en su 15º período de sesiones, celebrado en Nueva York del 22 de junio al 2 de julio de 1992 (documento A/CN.9/371), que figura en el mismo sitio de la CNUDMI.

58. En el párrafo 3) del artículo 9 se dice que la entidad adjudicadora no discriminará contra ningún proveedor o contratista ni entre unos proveedores o contratistas en razón de la forma en la cual transmitan o reciban comunicaciones, y es evidente que cabría interpretar que las comunicaciones electrónicas obligatorias podrían suponer una transgresión de esta disposición. Por ejemplo, incluso si los plazos de presentación de los documentos de precalificación o de las ofertas son los mismos para todos los proveedores, sería *prima facie* discriminatorio, conforme a lo dispuesto en el párrafo 3) del artículo 9, que esos plazos se fijaran en función del tiempo que necesitan sólo quienes se comunican por medios electrónicos. En cambio, en la práctica, puede que la igualdad de trato se logre aplicando formas de trato diferentes.

59. Además de cuestiones relacionadas con el trato equitativo y no discriminatorio de los proveedores, es preciso examinar la utilización obligatoria de comunicaciones electrónicas a la luz de los requisitos formales de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. Sólo se impone el requisito de presentar comunicaciones por escrito en el caso de las ofertas, que, en virtud de lo dispuesto en el inciso a) del párrafo 5) del artículo 30 deberán “presentarse por escrito, firmadas y en sobre sellado” o, con sujeción a ciertas condiciones, “de cualquier otra forma que se especifique en el pliego de condiciones”. Así pues, la presentación electrónica de ofertas está permitida cuando ambas partes la aceptan, aunque no se dice expresamente si la “otra forma” de que se habla en el inciso b) del párrafo 5) del artículo 30, incluye la presentación electrónica obligatoria. En el inciso b) del párrafo 5) del artículo 30 se prevé específicamente el derecho de los proveedores de presentar una oferta en la forma “habitual” referida en el inciso a) del párrafo 5) del artículo 30, es decir, por escrito, firmada y en sobre sellado. Según la Guía se trata de una “salvaguardia... importante por no tener todo el mundo igual acceso a ciertos medios no tradicionales de comunicación como el IED [intercambio electrónico de datos]”. En consecuencia, parecería que conforme a lo previsto en el texto actual de la Ley Modelo no se puede exigir a los proveedores que presenten sus ofertas electrónicamente.

c) Mecanismos de control de la utilización de medios electrónicos

60. Aparte de las normas sobre el requisito de que se deje constancia de las comunicaciones en el párrafo 1) del artículo 9, y de disposiciones generales relativas a la transparencia, en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública no se prevé expresamente ningún mecanismo de control de la utilización de

los medios electrónicos, aparte de los aplicables a la presentación electrónica de ofertas.

#### Opciones normativas

61. El Grupo de Trabajo tal vez estime conveniente aplicar a los procedimientos electrónicos las mismas normas y principios que se aplican a los procedimientos en papel (por ejemplo, para asegurar que las ofertas sean confidenciales durante el procedimiento de licitación), así como tomar medidas para que los proveedores y el público en general tengan el mismo grado de confianza en los procedimientos electrónicos que en los procedimientos en que la información se consigna en papel. Las disposiciones específicas que se incluirán en la ley de contratación pública de un Estado dependerán en cierta medida de la legislación general pertinente, como el tratamiento de las firmas electrónicas y el correspondiente marco jurídico en un determinado país.

62. Entre las esferas concretas que el Grupo de Trabajo podría abordar cabe mencionar las siguientes:

a) Posibilidad de que la entidad adjudicadora exija a los proveedores que utilicen comunicaciones electrónicas

63. Esta cuestión reviste dos aspectos: primero, si la entidad adjudicadora debería poder exigir que se utilicen comunicaciones electrónicas en general y, en segundo lugar, si debería poder exigir la presentación electrónica de ofertas. Visto que las condiciones del mercado han variado desde que se prohibió la licitación obligatoria por medios electrónicos y que Internet ha desplazado a los sistemas privados de intercambio electrónico de datos (IED), cabría aducir que para algunos Estados, en determinadas circunstancias, exigir que la convocatoria a licitación y otras comunicaciones se hagan electrónicamente es un requisito comercial razonable que también promueve los objetivos de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. El Grupo de Trabajo también podría tener en cuenta la importancia de que la Ley Modelo no constituya una barrera, o sea vista como una barrera que obstaculiza la utilización de las comunicaciones electrónicas con la máxima eficacia posible y de que no vaya a la zaga de las prácticas que vayan surgiendo en la forma de encarar la utilización obligatoria de comunicaciones electrónicas.

64. Ahora bien, el Grupo de Trabajo también podría reconocer que las circunstancias que se dan actualmente en algunos Estados son tales que no sería conveniente exigir que se utilicen comunicaciones electrónicas.

65. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo tal vez desee reconocer que hay distintos criterios que son adecuados en diferentes países y circunstancias y que las circunstancias pueden seguir evolucionando, y considerar la posibilidad de proponer en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública opciones apropiadas respecto de la utilización obligatoria de comunicaciones electrónicas.

66. Cabría disponer que no se podrá imponer como requisito general la utilización de comunicaciones electrónicas, salvo que así esté autorizado en los reglamentos sobre la contratación pública. A continuación, se podrían examinar en la Guía las cuestiones que habría que abordar al redactar los reglamentos pertinentes, como la cuestión del momento y las circunstancias en que debe levantarse la prohibición,

aunque entretanto podría ser conveniente alentar la utilización de las comunicaciones electrónicas, disponiendo que están permitidas y que en algunas circunstancias (especificadas) podrán exigirse. Este criterio tendría la ventaja de permitir que se adaptaran los reglamentos para abordar las cuestiones del modo que más conviniera a cada Estado, teniendo presentes los factores expuestos en los párrafos precedentes. Por ejemplo, en los reglamentos se podría estipular que entidades adjudicadoras podrían imponer la presentación electrónica de ofertas, en qué circunstancias y en qué condiciones, posiblemente con sujeción a un requisito de justificación o aprobación.

67. También cabría la posibilidad de prever la utilización obligatoria de comunicaciones electrónicas en la propia Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, con sujeción a condiciones apropiadas (como sería la obligación de justificarla), permitir la utilización obligatoria de comunicaciones electrónicas a discreción de las entidades adjudicadoras (con o sin que medie un requisito de justificación) o en unos pocos casos bien definidos, como ciertos tipos o métodos de contratación pública.

68. El Grupo de Trabajo podría tener presente que la definición e imposición de límites a la utilización obligatoria de comunicaciones electrónicas, en particular en la propia Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, podría considerarse rígido y difícil de adaptar a la evolución de las condiciones del mercado. Por ello, podría adoptar la posición de que la Ley Modelo debe seguir permitiendo que a los Estados que lo deseen concedan en toda ocasión a los proveedores el derecho de comunicarse por medios no electrónicos, dejando la posibilidad de modificar esta posición por vía reglamentaria. Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee permitir que los Estados exijan a los proveedores que utilicen comunicaciones electrónicas en las licitaciones oficiales, quizás dejando que la decisión de permitir su utilización se adopte en los reglamentos o se deje a criterio de la entidad adjudicadora en cada licitación.

69. En todos los casos sería útil dar indicaciones exhaustivas en la Guía.

b) Posibilidad de que los proveedores pidan a la entidad adjudicadora que utilice medios electrónicos

70. El Grupo de Trabajo debería tener presente que, si bien dejar que los proveedores pidan que se utilicen medios electrónicos de comunicación puede servir para aumentar la eficiencia, también puede causar dificultades, como se señala en el párrafo 20 *supra*.

71. Asimismo, el Grupo de Trabajo podría disponer que el hecho de permitir que los proveedores pidan que se utilicen medios electrónicos de comunicación no influirá en el derecho de las entidades adjudicadoras de insistir en que se utilice un determinado medio de comunicación. Una disposición de ese tipo tendría por finalidad preservar la primacía de la posición de la entidad adjudicadora. También se podría abordar en la Guía la cuestión de que es probable que los Estados deseen dar a los proveedores el derecho de utilizar comunicaciones electrónicas en ciertos casos, que podrían estipularse en reglamentos sobre el particular.

72. Además, el Grupo de Trabajo podría considerar que las diferencias en la utilización de las comunicaciones electrónicas en diferentes Estados indican que el



ejercicio de ese derecho debería limitarse a las situaciones en que la entidad adjudicadora tenga posibilidades razonables de acceso a los medios electrónicos escogidos. Al igual que en el caso de las entidades adjudicadoras, las opciones previstas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública podrían ser una forma apropiada de proceder.

73. El Grupo de Trabajo también podría considerar la posibilidad de incluir una disposición general según la cual los medios de comunicación impuestos por la entidad adjudicadora no deberán limitar excesivamente la posibilidad de participar en el proceso de contratación pública y enumerar en la Guía normas más detalladas sobre el tipo de medios que podrán utilizarse y las formas de control que deberá haber.

c) Discriminación

74. Por los motivos expuestos en el párrafo 58 *supra*, el Grupo de Trabajo también podría aclarar las disposiciones del párrafo 3) del artículo 9.

d) Mecanismos de control de la utilización de medios electrónicos

75. El Grupo de Trabajo podría considerar la conveniencia de establecer mecanismos de control respecto de la seguridad, la confidencialidad y la autenticidad de las ofertas, así como de la integridad de los datos. En el comentario de la Guía sobre el artículo 30 se indica que, cuando existe la posibilidad de utilizar medios electrónicos en una licitación, pueden hacer falta “reglas y técnicas” complementarias que permitan resolver algunas de esas cuestiones, así como cuestiones de otra índole, por ejemplo, la forma que adoptaría la garantía de oferta.

76. No obstante, convendría que el Grupo de Trabajo decidiera si los principios generales aplicables a todos los medios de comunicación deben enunciarse en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública.

77. El Grupo de Trabajo podría considerar si los principios rectores que se enumeran a continuación serían apropiados:

a) Que los medios de comunicación impuestos no representen una barrera excesiva a la participación en el proceso de contratación pública (principio que en circunstancias apropiadas permitiría la utilización de medios de comunicación impresos o electrónicos);

b) Que se pueda determinar el origen de las comunicaciones (autenticidad);

c) Que los medios y mecanismos utilizados sean tales que aseguren que se preserve la integridad de los datos;

d) Que los medios utilizados permitan determinar el momento de recepción de los documentos, cuando esa información tenga importancia en la aplicación de las normas que rigen el proceso de contratación pública (es decir, la presentación de solicitudes de participación y la presentación de ofertas o propuestas);

e) Que los medios y mecanismos utilizados aseguren que ni la entidad adjudicadora ni otras personas tengan acceso a las ofertas y otros documentos importantes antes de que haya expirado el plazo correspondiente, a fin de impedir que la entidad adjudicadora pase información sobre otras ofertas a sus proveedores

preferidos y que los competidores puedan conseguir por sí mismos esa información (seguridad);

f) Que se mantenga la confidencialidad de la información presentada por otros proveedores o referente a ellos.

78. El Grupo de Trabajo podría optar por una formulación que abarque todos los medios de comunicación, quizás utilizando el concepto de equivalencia funcional de las comunicaciones electrónicas (por ejemplo, a efectos de incluir el requisito de que las ofertas en papel deberán presentarse firmadas y en sobre sellado) y examinar las cuestiones relativas al almacenamiento y el manejo de los datos electrónicos. Tal formulación podría enunciarse en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública o en la Guía a modo de orientación sobre los reglamentos apropiados que habría que promulgar, de conformidad con las disposiciones de la Ley Modelo.

### **3. Subasta electrónica (de oferta regresiva)**

#### Antecedentes

79. El método de subasta electrónica de oferta regresiva, y sus diversas variantes, es un método de licitación cada vez más difundido. Consiste en que los proveedores obtienen información sobre las ofertas presentadas por los demás concursantes y modifican constantemente su propia oferta a la luz de las ofertas competidoras, sin que suelen tener conocimiento de quiénes son los demás licitadores. Según el método de subasta electrónica regresiva, los proveedores proceden seguidamente a presentar su oferta por medios electrónicos, en alguna página o sitio web de subastas, normalmente a través de Internet (que ha desplazado en buena parte las redes de propiedad privada), sirviéndose de la información disponible sobre la valoración de las ofertas de los demás proveedores o sobre la cuantía requerida para pujar. Los proveedores van siguiendo el desarrollo de la puja por vía electrónica y pueden mejorar su propia oferta en consecuencia. La subasta se desarrolla durante un período determinado o puede prolongarse hasta que ha transcurrido un período especificado, sin que se haya presentado ninguna oferta.

80. Las subastas electrónicas de oferta regresiva suelen utilizarse sobre todo en las licitaciones de productos y servicios normalizados, en las que el precio es el único criterio de adjudicación, o por lo menos uno de los más importantes, ya que por lo general es el único factor que forma parte del proceso de “subasta”. Sin embargo, pueden utilizarse otros factores e incorporarse en la etapa de subasta o evaluarse en una etapa distinta del procedimiento global de licitación.

#### Posibles ventajas y dificultades

81. Las subastas electrónicas obligan a los proveedores a ofrecer el mejor precio posible y alientan a la entidad adjudicadora a especificar los criterios de adjudicación no relacionados con el precio. Se hacen de forma transparente (en el sentido de que se conocen las demás ofertas y todos los participantes ven los resultados del procedimiento de licitación, lo que desalienta los abusos y la corrupción) y también pueden acelerar el procedimiento de licitación y reducir los costos de transacción. Las tecnologías electrónicas han facilitado la utilización de

las subastas electrónicas de oferta regresiva, al reducir considerablemente los costos de transacción.

82. No obstante, también pueden surgir dificultades. La que con más frecuencia suele mencionarse es la de que se dé excesiva importancia al precio. Además, como se trata de un proceso tan rápido, puede provocar una “fiebre de las subastas”, es decir, puede hacer que un proveedor ofrezca precios que no son realistas. Si ese es el proveedor a quien se adjudica el contrato, pueden surgir graves problemas en la etapa de administración del contrato. El problema podría resolverse seleccionando cuidadosamente el tipo de contratos a los que se presta este método de licitación pública.

#### Actual nivel de utilización y disposiciones de otros regímenes internacionales

83. Algunos Estados y órganos internacionales han empezado a regular la utilización de subastas electrónicas de oferta regresiva o a dar orientaciones al respecto. Éstas se refieren a los aspectos prácticos de organizar una subasta electrónica y a cuestiones jurídicas, como la capacidad de modificar considerablemente las ofertas -incluido el precio- después de su presentación.

84. A nivel internacional, actualmente ni en el Acuerdo sobre la Contratación Pública, ni en las directivas de la Unión Europea ni en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) se hace referencia a las subastas electrónicas de oferta regresiva; tampoco se hace referencia a ellas en el proyecto de acuerdo del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) ni en el régimen del Foro de Cooperación Económica en Asia y el Pacífico (lo que no es sorprendente, ya que en ese último régimen se enuncian principios generales y no normas detalladas). Sin embargo, en el actual proyecto de revisión del Acuerdo sobre Contratación Pública (artículo XI.3 *bis* del proyecto de texto al 4 de noviembre de 2003), sí hay una disposición explícita sobre las subastas electrónicas de oferta regresiva, en virtud de la cual se podrá utilizar este método y por la que se regula su funcionamiento. Las nuevas directivas de contratación pública de la Unión Europea también incluyen una disposición específica sobre las subastas electrónicas, con el fin de eliminar la incertidumbre jurídica que había hasta ese momento y de aplicar los correspondientes mecanismos de control. (Véanse, en particular, el artículo 54 de la nueva directiva relativa al sector público y el artículo 56 de la nueva directiva relativa a las empresas de servicios públicos.)

85. A nivel nacional, por ejemplo, el Brasil y Francia han promulgado disposiciones vinculantes. (En el Brasil: Ley federal N° 10.520/2002, de 17 de julio de 2002, párrafo 1 del artículo 2), por la que se autoriza la realización de subastas electrónicas de conformidad con normas que habrán de especificarse, y el Decreto N° 3697, de 21 de diciembre de 2000, en el que se precisan las normas que regirán la organización de subastas electrónicas; y en Francia, el Código de contratación pública, párrafo 3 del artículo 56 y el Decreto N° 2001-846, de 18 de septiembre de 2001). En cambio, en los Estados Unidos, no se han promulgado normas jurídicas específicas ni se han dado orientaciones oficiales respecto de las subastas electrónicas. En el Reino Unido, la mayoría de las normas de contratación pública se limitan a las previstas en la legislación de la Unión Europea, que por el momento no reglamenta las subastas electrónicas de oferta regresiva. Sin embargo, el Gobierno del Reino Unido estima que la legislación de la Unión Europea permite autorizar ese tipo de subastas, ha aprobado su utilización y ha dado orientaciones al respecto

(véase “eAuctions” en el sitio <http://www.ogc.gov.uk/index.asp?docid=1001034>). Hay algunos ejemplos que parecen indicar que la falta de reglamentación en los Estados Unidos y en el Reino Unido es un elemento que ha hecho que algunas entidades adjudicadoras se abstengan de utilizar este tipo de subastas.

#### Disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública

86. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública no hace referencia a las subastas. En el método de contratación pública de bienes y servicios se supone que la licitación sólo tiene una etapa y se prohíbe que se introduzcan modificaciones importantes en cuanto al fondo de la oferta -incluido el precio- una vez presentada (inciso a) del párrafo 1) del artículo 34). También se prohíbe a las entidades adjudicadoras revelar información sobre la licitación (párrafo 8) del artículo 34), lo que impide la realización de subastas por acuerdo entre la entidad y los proveedores. La disposición mediante la que se concede el derecho de presentar una oferta por escrito y en sobre sellado también impide la realización de una subasta si los proveedores no dan su consentimiento (incisos a) y b) del párrafo 5) del artículo 30). Las mismas normas se aplican al procedimiento de licitación restringida (párrafo 3) del artículo 47).

87. Los motivos para utilizar procedimientos distintos de la licitación para la contratación pública de bienes y obras rara vez se aplicarán a casos de contratación pública en los que pueda efectuarse una subasta, incluso si técnicamente es posible incluir una etapa de subasta en los parámetros jurídicos de algunos de esos procedimientos. Lo mismo puede decirse de los procedimientos de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública para la contratación de los servicios que no pueden considerarse esencialmente como un bien corporal, a veces denominados servicios intelectuales, en cuyo caso los criterios de adjudicación no relacionados con el precio son proporcionalmente importantes y se suelen considerar difíciles de cuantificar.

#### Opciones normativas

88. Como se señaló en el párrafo 82 *supra*, no siempre se considera que la subasta electrónica de oferta regresiva es el método adecuado de licitación para todos los tipos de contratación pública. No obstante, y en vista de su creciente utilización, el Grupo de Trabajo podría considerar la conveniencia de abordar esta cuestión en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. Además, el Grupo de Trabajo podría considerar hasta qué punto deberían incorporarse también en el régimen de la Ley Modelo otros tipos de subastas, no reguladas en el texto actual.

89. En vista de eso, quizás el Grupo de Trabajo desee examinar primero qué tipo de licitación pública se presta o no a una subasta electrónica de oferta regresiva. Por ejemplo, se podría reconocer que las posibles ventajas de las subastas sólo se materializarán si se puede formular una especificación inicial común con arreglo a la cual se presentarán las ofertas, y en el caso de las contrataciones en que puedan cuantificarse los criterios distintos del precio. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar la posibilidad de dar orientaciones en la Guía acerca de los tipos de servicios que se prestarían a procedimientos de subasta, quizás con disposiciones opcionales en la propia Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública.

90. Si el Grupo de Trabajo estima que sí deberían incluirse disposiciones relativas a las subastas electrónicas de oferta regresiva en la propia Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, se plantea la cuestión de determinar si las subastas deberán presentarse como una versión de los métodos tradicionales de contratación pública o como método distinto. Se ha sugerido que, de considerarlas como una versión de los métodos tradicionales de licitación, deberían introducirse normas adicionales en que se regularan ciertas características especiales de las subastas, entre las que cabe mencionar la publicación de los precios (prohibida en otras formas de contratación) durante el proceso de licitación y una evaluación de las ofertas en dos etapas. Sin embargo, esto puede considerarse más apropiado que tratar las subastas electrónicas como método de contratación diferente, lo que requeriría disposiciones nuevas y específicas.

91. De ser así, el Grupo de Trabajo debería asegurar la concordancia de fondo y de forma entre los procedimientos de subasta y los aplicados en la Ley Modelo a la contratación pública sin subasta, como la licitación, que es el método más común de contratación pública de bienes y obras. En tal caso, el Grupo de Trabajo podría disponer, por ejemplo, que un procedimiento de subasta habría de ajustarse a las pautas de los métodos de contratación por “licitación” o por “licitación restringida”, adaptados para incluir una etapa de subasta (en determinados casos, podría seguirse la pauta del procedimiento de licitación en dos etapas).

92. Por otra parte, el Grupo de Trabajo podría optar por incluir disposiciones relativas a la realización de la etapa de subasta en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, o por dar orientaciones en la Guía acerca del contenido de los reglamentos que habrán de promulgarse de conformidad con lo dispuesto en la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo también podría considerar la conveniencia de que la Ley Modelo siga siendo “tecnológicamente neutra”, como se explica al hablar de la publicación electrónica en el párrafo 13 *supra*.

### III. Recomendaciones

93. En la presente nota sobre la contratación pública por vía electrónica, la primera destinada al Grupo de Trabajo en su sexto período de sesiones, se describen las principales cuestiones respecto de esa forma de contratación que se han determinado hasta la fecha. Se recomienda que el Grupo de Trabajo seleccione las que desea abordar y dé orientaciones en cuanto a los objetivos de política que deban tenerse en cuenta en los proyectos de disposición que tal vez el Grupo de Trabajo desee pedir a la Secretaría que prepare para examinarlos ulteriormente.