



Asamblea General

Distr. limitada
2 de julio de 2008
Español
Original: inglés

[Sustit]

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

Grupo de Trabajo I (Contratación Pública)

14º período de sesiones

Viena, 8 a 12 de septiembre de 2008

Posibles revisiones a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios – Vías de recurso, conflictos de intereses y contratación pública de servicios en la Ley Modelo

Nota de la Secretaría

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción	1-4	2
II. Vías de recurso (disposiciones relativas al examen a nivel de los países)	5-9	2
III. Conflictos de intereses en la contratación pública	10-33	5
A. Antecedentes	10-16	5
B. El carácter de los conflictos de intereses en la contratación pública	17-18	7
C. Los requisitos de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción	19	8
D. Forma de enfocar la reglamentación de los conflictos de intereses	20-33	9
IV. Contratación de servicios	34-37	15



I. Introducción

1. Los antecedentes de la labor que realiza actualmente el Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) en lo relativo a la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (en adelante la “Ley Modelo”) (A/49/17 y Corr.1, anexo I) figuran en los párrafos 12 a 85 del documento A/CN.9/WG.I/WP.60, que está a disposición del Grupo de Trabajo en su 14º período de sesiones. La principal tarea del Grupo de Trabajo consiste en actualizar y revisar la Ley Modelo, a fin de tener en cuenta los últimos acontecimientos.

2. En su noveno período de sesiones, el Grupo de Trabajo observó que recientemente había entrado en vigor la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción¹ y que aunque los elementos principales de sus disposiciones relativas a la contratación pública se ajustaban a los de la Ley Modelo, los requisitos de las disposiciones relativas al examen a nivel de los países y los que trataban de las vías de recurso y los conflictos de intereses iban más allá de las disposiciones actuales de la Ley Modelo, y podrían justificar la atención del Grupo de Trabajo a su debido tiempo².

3. En su sexto período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió que en un período de sesiones ulterior consideraría otras directrices en apoyo del principal método de contratación pública de servicios conforme a lo previsto en el capítulo IV de la Ley Modelo (véanse además los párrafos 34 a 37 *infra*).

4. La presente nota ha sido preparada para el 14º período de sesiones del Grupo de Trabajo, a fin de abordar los temas del examen a nivel de los países y las disposiciones relativas a los conflictos de intereses y a la contratación de servicios, que en su 13º período de sesiones el Grupo de Trabajo acordó que consideraría en su 14º período de sesiones³.

II. Vías de recurso (disposiciones relativas al examen a nivel de los países)

5. En su sexto período de sesiones, el Grupo de Trabajo también examinó las disposiciones relativas a las vías de recurso contenidas en el capítulo VI del texto de la Ley Modelo de 1994. Observó que debido a que las vías de recurso y ejecución de la contratación afectaban a la legalidad de las medidas públicas y a la interacción de la rama ejecutiva y la rama judicial de un determinado Estado, las disposiciones del capítulo VI se habían redactado de manera que se limitaran a orientaciones de carácter general y fueran optativas.

¹ El texto de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción puede consultarse en <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/index.html>. La Convención entró en vigor el 14 de diciembre de 2005, a raíz de la ratificación del texto por 30 signatarios. Los objetivos de la Convención son promover, facilitar y apoyar las: i) las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción, ii) la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos, y iii) la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.

² A/CN.9/595, párr. 10.

³ A/CN.9/648, párr. 17, y anexo.

6. A título preliminar en ese período de sesiones el Grupo de Trabajo decidió que:

a) Convendría dar más orientaciones, probablemente en la Guía para la incorporación al derecho interno, sobre las vías de recurso de las que convendría disponer en el derecho interno;

b) En reconocimiento de que existían diferentes sistemas, algunos de los cuales favorecían la reconsideración judicial, mientras que otros reconocían una vía administrativa independiente, el Grupo de Trabajo debía dar a los Estados diversas opciones, habida cuenta de que la Ley Modelo era suficientemente flexible a este respecto y que la independencia de quien efectuara la revisión debía ser una consideración primordial. Si era preciso agregar observaciones respecto de la independencia, podrían formularse en la Guía;

c) La preparación del régimen de la vía de recurso judicial debía dejarse en manos de cada Estado promulgante; y

d) Debía suprimirse la lista de excepciones que figuraba en el párrafo 2) del artículo 52 de la Ley Modelo. Sin embargo, en la Guía para su incorporación al derecho interno debía indicarse que el Estado promulgante tal vez deseara excluir ciertos asuntos del proceso de reconsideración, entre los que podrían figurar algunas de las cuestiones que se enumeraban en dicho artículo, y alguna otra más. En la Guía se debían indicar los motivos que podía haber para dichas exclusiones y explicarse sus repercusiones, como, por ejemplo, el riesgo de que una exclusión impidiera revisar y controlar eficazmente la buena gestión del proceso de contratación⁴.

7. En su 14º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en examinar estas cuestiones remitiéndose a las disposiciones existentes del capítulo VI de la Ley Modelo, centrándose en particular en la excepción relativa a la elección del método de contratación pública conforme al apartado a) del párrafo 2 del artículo 52. Esta excepción se criticó por estimarse que el no tener que justificar la elección de un determinado método de contratación se prestaba a muchos abusos en la práctica. No obstante, también se manifestó inquietud en el Grupo de Trabajo y por parte de los comentaristas en el sentido de que si se permitía que la elección de los instrumentos de contratación dentro de cada método de contratación pública fuera objeto de reconsideración (como la utilización de subastas electrónicas inversas y acuerdos marco para adjudicar contratos de contratación), ello podía interferir con la buena realización del proceso de contratación. Además, tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar qué repercusiones tendría la presentación de una solicitud de reconsideración en la realización de un proceso de contratación, y si la suspensión del proceso de contratación, de conformidad con lo previsto en el artículo 56, sería apropiada en todos los casos.

8. Al examinar estas cuestiones, el Grupo de Trabajo tal vez desee recordar también que en el apartado d) del párrafo 1 del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción se exige que los sistemas de contratación incluyan “un mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de apelación, para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos conforme al presente párrafo”.

⁴ A/CN.9/568, párr. 102 a 113.

Este requisito es más estricto que las normas equivalentes que figuran actualmente en la Ley Modelo, ya que es obligatorio y no optativo. El Grupo de Trabajo también podría examinar una nueva Directiva de la Unión Europea en materia de adjudicación de contratos públicos⁵. La Directiva contiene disposiciones detalladas, un “plazo suspensivo” parecido al consignado en el artículo 56 de la Ley Modelo, y da a los tribunales nacionales la facultad, en algunas condiciones, de descartar un contrato firmado, estableciendo que es “ineficaz”. Con la Directiva también se ha querido combatir la adjudicación directa de contratos públicos, que es ilegal, y que la Comisión Europea considera la infracción más grave de la legislación comunitaria en materia de contratación pública. También se procura fortalecer las vías de recurso mediante la concesión de una indemnización por daños, además de la anulación de la adjudicación. Según algunos comentaristas, uno de los objetivos manifiestos de la nueva Directiva, la eficacia, significa que los sistemas nacionales resultantes no sólo deben estar armonizados, sino que han de ser sólidos. A este respecto, el Grupo de Trabajo podría considerar hasta qué punto las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Unión Europea, cuyas disposiciones en materia de reconsideración no son optativas, concuerdan con las de la Ley Modelo, cuyas disposiciones sobre el particular sí son optativas. Las primeras constituyen una reflexión más reciente acerca de la actual forma de enfocar las vías de recurso en la contratación pública.

9. El Grupo de Trabajo también podría examinar si las directrices en apoyo de las disposiciones de reconsideración de la Ley Modelo deberían ampliarse. Las actuales directrices se refieren a la necesidad de que haya un sistema de reconsideración, los retos que plantean las disposiciones normativas de aplicación universal, y los propios procedimientos, pero no se centran en otras cuestiones de política, como la entidad pública en la que estaría situado el órgano de reconsideración, el alcance o la competencia de la reconsideración, si debería permitirse que aparte de los proveedores o contratistas otras personas también pudieran iniciar un proceso de reconsideración, las pruebas y la norma de la prueba, y las vías de recurso que podría ordenar el órgano de reconsideración⁶. Aunque habría grandes variaciones de un sistema a otro, el Grupo de Trabajo quizás estime que un análisis de estas cuestiones normativas podría ayudar a quienes redactan las leyes en los distintos Estados promulgantes.

⁵ Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007 por la que se modifican las directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, que puede consultarse en http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/remedies/remedies_en.htm.

⁶ Para un estudio más completo de las posibilidades normativas relativas a los mecanismos de reconsideración, véase “Constructing a bid protest process: the choices that every procurement challenge system must make”, Gordon. D.I., *Public Contract Law Journal*, Spring, 2006. El Grupo de Trabajo podría considerar la posibilidad de referirse expresamente a este artículo para facilitar la tarea del legislador.

III. Conflictos de intereses en la contratación pública

A. Antecedentes

10. La expresión “conflicto de interés” se utiliza ampliamente en las operaciones comerciales y jurídicas y en muchos códigos profesionales de conducta. Sin embargo, como señaló la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC), “a pesar de que la expresión se utiliza a nivel internacional, se ha producido una gran confusión y han surgido problemas graves, tanto reales como aparentes, porque no hay una definición universalmente aceptada de “conflicto de interés””⁷.

11. Sin embargo, hay un elevado grado de consenso respecto del concepto de conflicto de interés real. Se ha dicho que los conflictos de intereses en la esfera de la contratación pública son “circunstancias o situaciones en que el asesoramiento, las conclusiones o las recomendaciones respecto de un determinado procedimiento de adjudicación o proceso de selección para ese procedimiento pueden verse influidos por consideraciones extrínsecas resultantes de otro procedimiento o de los intereses privados de los funcionarios a cargo en la entidad procuradora”⁸. La Federación Internacional tiene una definición de conflicto de interés por lo que se refiere a los consultores, conforme a la cual: “en el caso de un consultor hay conflicto de interés cuando un consultor da a un cliente asesoramiento profesional falto de imparcialidad a fin de obtener de ese cliente un beneficio excesivo para sí o para un asociado, lo cual sitúa al consultor en una posición en que sus propios intereses podrían anteponerse a los del cliente.” Así pues, estas disposiciones se centran en los conflictos de intereses reales, y no en los aparentes o eventuales⁹.

12. En cambio, en el Programa SIGMA (Apoyo a la mejora de las instituciones y los sistemas de gestión pública, una iniciativa conjunta de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) y la Unión Europea), se adopta una visión más estricta de los conflictos de intereses, considerándolos “no sólo la situación en que hay efectivamente un conflicto inaceptable entre los intereses de un funcionario público en tanto que ciudadano privado y su deber como funcionario público, sino también las situaciones en que parece haber o puede haber un conflicto de interés”¹⁰.

⁷ Véase <http://www1.fidic.org/about/statement21.asp>. En la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción no se da una definición de la expresión “conflicto de interés”.

⁸ Descripción proporcionada a la Secretaría en unas consultas con el Banco Mundial.

⁹ La definición puede consultarse en <http://www1.fidic.org/about/statement21.asp>.

¹⁰ “Conflict-of-interest policies and practices in nine EU member states: a comparative review” (Estudio comparativo de las políticas y prácticas sobre conflictos de intereses en nueve Estados Miembros de la Unión Europea, documento N° 36 de SIGMA, GOV/SIGMA(2006)1/REV1, que puede consultarse en [http://www.oecd.org/olis/2006doc.nsf/linkto/gov-sigma\(2006\)1-rev1](http://www.oecd.org/olis/2006doc.nsf/linkto/gov-sigma(2006)1-rev1) (el “documento SIGMA”). En el documento de SIGMA se agrega que “hay un conflicto de interés aparente cuando existe un interés personal que otros pueden razonablemente considerar que influye en los deberes del funcionario público, aunque de hecho puede que no sea así o que esa influencia no sea excesiva. Las posibilidades de que se cuestione la integridad del funcionario y/o la integridad de la organización a que pertenece el funcionario hacen que sea imperativo considerar que es preciso evitar las situaciones de conflicto de interés aparente. Puede haber conflicto de interés aparente cuando un funcionario tiene intereses particulares que en algún momento podrían dar lugar a un conflicto de interés. Sirva de ejemplo el caso de un

13. También se ha observado que “si bien en última instancia los conflictos de intereses pueden dar lugar a comportamientos corruptos o colusorios, o a fraude por abstenerse deliberadamente de divulgar intereses conflictivos, en sí mismos esos conflictos, no constituyen actos de corrupción, colusión o fraude¹¹, por lo que suelen abordarse en el marco del fomento de la integridad. En otras palabras, se considera que forman parte de la aplicación del principio general de que las decisiones en materia de contratación pública deben adoptarse de manera justa y transparente, sin parcialidad ni discriminación, y no deben verse influidas por intereses propios ni ventajas personales.

14. Se da un ejemplo de este enfoque en la publicación de la OCDE “Integrity in public procurement: Good practice from A to Z” (Integridad en la contratación pública: Buenas prácticas de la A a la Z), que contiene orientaciones sobre la necesidad de evitar y de encarar las situaciones en que hay conflictos de intereses¹². En el proyecto revisado del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio¹³, figura la siguiente declaración de principios sobre los conflictos de intereses:

“Ejecución de la contratación

4. Las entidades contratantes realizarán las contrataciones abarcadas de una manera transparente e imparcial que:

a) sea compatible con el presente Acuerdo, utilizando métodos tales como la licitación pública, la licitación selectiva y la licitación restringida;

b) evite conflictos de intereses; y

c) impida las prácticas corruptas.”

15. Conforme a lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción los sistemas de contratación pública deben abordar, entre otras cosas, la cuestión de los conflictos de intereses en la contratación pública. A este respecto, en el párrafo 1 del artículo 9 se estipula que:

funcionario público cuyo cónyuge fuera a ser nombrado en las semanas siguientes director ejecutivo o funcionario ejecutivo principal de una sociedad a la que afectara una decisión adoptada recientemente por el funcionario, y que éste estuviera enterado de que su cónyuge iba a ser nombrado. Por consiguiente, en la definición básica utilizada aquí se presupone que una persona razonable, sabedora de todas las circunstancias pertinentes, llegaría a la conclusión de que los intereses privados del funcionario podrían influir indebidamente en su conducta o en la adopción de decisiones por su parte.”

¹¹ Observación facilitada a la Secretaría en unas consultas con el Banco Mundial.

¹² Integrity in Public Procurement: Good Practice from A to Z (OECD, 2007). Puede consultarse el texto en http://www.oecd.org/document/60/0,3343,en_2649_34135_38561148_1_1_1_1,00.html.

¹³ Según el sitio web de la OMC, en diciembre de 2006, los negociadores llegaron a un acuerdo provisional sobre la revisión del texto del Acuerdo multilateral de 1994. El acuerdo de los negociadores es provisional porque será objeto de i) una comprobación jurídica; ii) un resultado mutuamente satisfactorio del otro aspecto de las negociaciones de un nuevo convenio sobre contratación pública, a saber, relativo a la expansión de la cobertura (es decir las listas de entidades públicas que van a iniciar procesos de contratación). El texto revisado puede consultarse en <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/t/PLURI/GPA/W297.doc>.

“Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción. Esos sistemas, en cuya aplicación se podrán tener en cuenta valores mínimos apropiados, deberán abordar entre otras cosas: ...

e) cuando proceda, en la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación.”

16. A la luz de esta recomendación, el Grupo de Trabajo “examinó la recomendación formulada por la Comisión en su 39º período de sesiones de que el Grupo de Trabajo, al actualizar la Ley Modelo y la Guía, tuviera en cuenta los problemas que planteaban los conflictos de intereses y estudiara la posibilidad de si se justificaría incorporar a la Ley Modelo disposiciones concretas que abordaran esos problemas (A/61/17, párr. 192). El Grupo de Trabajo convino en agregar la cuestión suscitada por los conflictos de intereses a la lista de temas que habrían de examinarse al revisar la Ley Modelo y su Guía (A/CN.9/615, párr. 11)”¹⁴.

B. El carácter de los conflictos de intereses en la contratación pública

17. Entre los ejemplos de conflictos de intereses en la contratación pública que se han proporcionado a la Secretaría cabe mencionar los siguientes:

a) Los conflictos entre actividades de consultoría y la contratación de bienes o de obras;

b) Algunos conflictos al realizar actividades de consultoría, por ejemplo, la preparación de las condiciones y la participación en las consiguientes licitaciones;

c) La ejecución de un proyecto o de un estudio y la evaluación de esos proyectos o estudios;

d) El diseño de un proyecto y el estudio de sus repercusiones en el medio ambiente;

e) El asesoramiento dado a la Administración y al comprador, por ejemplo, en casos de privatización;

f) Un conflicto resultante de relaciones familiares o de relaciones personales de otro tipo, como el caso de un proveedor cuya empresa pertenezca total o parcialmente a un funcionario de contratación pública o a su familia, o en el que una actividad de consultoría esté supervisada por un pariente de uno de los principales expertos en el proyecto de que se trate;

¹⁴ A/CN.9/623, párr. 4.

g) Otras situaciones en que la perspectiva de obtener una ventaja privada puede influir en la objetividad de una decisión de contratación pública¹⁵.

18. El Grupo de Trabajo también observó que pueden surgir conflictos de intereses, en particular cuando la contratación pública se subcontrata a organismos comerciales, como puede suceder en los sistemas en que se utilizan instrumentos de contratación como acuerdos marco (recurriendo a organismos centralizados de compras públicas) y subastas electrónicas inversas, en relación con las cuales el Grupo de Trabajo observó que “la subasta electrónica inversa había suscitado ciertas inquietudes, mencionándose en particular que: e) podía dar lugar a conflictos de intereses entre los agentes del mercado, por ejemplo, entre las empresas de programas informáticos y comercializadores o “agentes del mercado electrónico” y ciertos organismos centralizados de compras públicas que cobraban comisiones”¹⁶.

C. Los requisitos de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

19. Los requisitos del apartado e) del párrafo 1 del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, junto con las disposiciones de su artículo 8 (“Códigos de conducta para funcionarios públicos”), que requiere que cada Estado Parte promueva, entre otras cosas, “la integridad, la honestidad y la responsabilidad” entre sus funcionarios públicos, y que procure aplicar códigos o normas de conducta¹⁷, se suelen entender en el sentido de que significan que la legislación o las reglamentaciones relativas a la contratación pública deben exigir que se declaren y se hagan constar todos los intereses, bienes, atenciones sociales y obsequios. La divulgación de esta información permite identificar los eventuales conflictos entre la posición oficial de un empleado y sus intereses privados, de manera que pueden adoptarse medidas apropiadas de protección contra esos conflictos. Este enfoque suele ser el que adoptan los órganos legislativos nacionales que se ocupan de los conflictos de intereses, es decir, el recurso a disposiciones que obligan a divulgar esta información para determinar si puede haber un conflicto no ya eventual, sino real, contra el que hay que tomar medidas¹⁸.

¹⁵ Ejemplos tomados de las orientaciones de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC), (véase la nota a pie de página 1, *supra*) y proporcionados a la Secretaría y al Banco Mundial.

¹⁶ A/CN.9/575, párr. 54.

¹⁷ En el párrafo 5 del artículo 8 se estipula que “Cada Estado Parte procurará, cuando proceda y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, establecer medidas y sistemas para exigir a los funcionarios públicos que hagan declaraciones a las autoridades competentes en relación, entre otras cosas, con sus actividades externas y con empleos, inversiones, activos y regalos o beneficios importantes que puedan dar lugar a un conflicto de intereses respecto de sus atribuciones como funcionarios públicos”.

¹⁸ Véase, por ejemplo, las disposiciones canadienses, que pueden consultarse en http://www.tbs-sct.gc.ca/pubs_pol/dcgpubs/ContPolNotices/2007/0813_e.asp, y las disposiciones australianas, que pueden consultarse en http://www.nt.gov.au/dcis/procurement_policy/documents/policy/po7_conflict_interest.pdf.

D. Forma de enfocar la reglamentación de los conflictos de intereses

20. Además de las declaraciones generales de los objetivos de los sistemas de contratación pública indicados antes, en que se plantea el principio de la integridad y la necesidad de evitar los conflictos de intereses en la contratación pública, hay ejemplos recientes de Estados promulgantes que han adoptado legislación en la que se abordan los conflictos de intereses como tema distinto. Por ejemplo, en el Canadá, los conflictos de intereses se tratan en la Conflict of Interest Act (Ley de conflictos de intereses), que entró en vigor el 9 de julio de 2007¹⁹. Conforme a las disposiciones aplicables a la contratación pública, que figuran en los capítulos 14, 15, 35 y 36 de la ley, los funcionarios públicos de los correspondientes organismos empleadores tienen prohibido celebrar contratos en los que algún familiar del funcionario público tenga un interés. Se dispone que: “14. 1) Ninguna persona que ocupe un cargo público y tenga autoridad para ello podrá, en ejercicio de sus funciones, deberes y facultades oficiales, celebrar un contrato o mantener una relación laboral con su cónyuge o compañero (o compañera), o con un hijo, un hermano o uno de sus padres.” Se aplican disposiciones parecidas a quienes ocupen cargos de categorías concretas. Según estas disposiciones también se prohíbe a los funcionarios públicos que ejerzan actividades externas, en particular empleo externo o actividades profesionales o comerciales, que ocupen un cargo en un sindicato o asociación profesional, que efectúen consultorías pagadas o que sean miembros activos de una asociación. La legislación también prohíbe a los funcionarios públicos aceptar empleo en entidades con las que anteriormente tuvieron tratos directos y tratos oficiales importantes “durante un año a partir de la fecha en que dejaron de ejercer sus funciones públicas”²⁰.

21. En Australia, la Public Sector Employment and Management Act (Ley de gestión del sector público), Instrucción de Empleo N° 13, contiene un código de conducta que se aplica a todos los funcionarios de contratación pública, en tanto que funcionarios públicos. Se prevén sanciones penales por las violaciones de los requisitos legislativos y de procedimiento, junto con sanciones civiles, como el despido²¹.

22. Los Estados Unidos, la Procurement Integrity Act (Ley de integridad en la contratación pública)²² aborda los conflictos de intereses, y en las reglamentaciones federales sobre adquisición hay más reglamentaciones. El principio general consiste en evitar todo conflicto de intereses o incluso la apariencia de un conflicto de interés en las relaciones entre la Administración y los contratistas. Estas disposiciones imponen restricciones a la actuación de los funcionarios públicos y

¹⁹ El texto completo de esta ley puede consultarse en http://laws.justice.gc.ca/en/showdoc/cs/C-36.65//20070709/en?command=search&caller=SI&search_type=all&shorttitle=conflict%20of%20interest%20act&day=9&month=7&year=2007&search_domain=cs&showall=L&statuteyear=all&lengthannual=50&length=50.

²⁰ El texto completo de estas secciones puede consultarse en http://www.tbs-sct.gc.ca/pubs_pol/dcgpubs/ContPolNotices/2007/0813_e.asp.

²¹ Véase http://www.nt.gov.au/dcis/procurement_policy/documents/policy/po7_conflict_interest.pdf.

²² Véase “Integrating Integrity and Procurement: The United Nations Convention Against Corruption and the UNCITRAL Model Procurement Law”, Yukins, C. R., *Public Contract Law Journal*, Vol. 36, N° 3, 2007, footnote 46, citing 41 U.S.C., 423.

exigen que su conducta oficial sea tal que no tengan el menor reparo en hacer públicas todas sus actuaciones²³.

23. La política del Banco Mundial en lo que respecta a los conflictos de intereses se expone en el párrafo 1.08 b) de sus Normas de Adquisiciones con préstamos del BIRF y créditos de la AIF” (las “Normas sobre Adquisiciones”) y en los párrafos 1.9 y 4.12 de las Normas: Selección y contratación de consultores por prestatarios del Banco Mundial (las “Normas sobre Consultores”)²⁴. El Banco observa que las disposiciones, que figuran a continuación, se pueden transponer o utilizar como una serie de disposiciones modelo en los instrumentos legislativos nacionales y suelen ser aceptadas por los proveedores por ser sólidas, justas y previsibles:

a) Normas sobre Adquisiciones, 1.8 b), que trata de la elegibilidad y las calificaciones: “Toda firma contratada por el Prestatario para proveer servicios de consultoría respecto de la preparación o ejecución de un proyecto, al igual que todas sus filiales, quedará descalificada para suministrar bienes o construir obras o servicios que resulten directamente relacionados con los servicios de consultoría para la preparación o ejecución. Esta disposición no se aplica a las diversas firmas (consultores, contratistas o proveedores) que conjuntamente estén cumpliendo las obligaciones del contratista en virtud de un contrato llave en mano o de un contrato de diseño y construcción”;

b) Normas sobre Consultores, 1.9, que trata de los conflictos de intereses: “La política del Banco establece que los consultores deben dar asesoramiento profesional, objetivo e imparcial, y que en todo momento deben otorgar máxima importancia a los intereses del contratante, sin consideración alguna respecto de cualquier trabajo futuro y que, en la provisión de servicios de asesoría, prevengan conflictos con otros servicios que les sean asignadas o con los intereses de las instituciones a las que pertenecen. No se contratará a consultores para servicios que puedan crear conflicto con sus obligaciones previas o vigentes con respecto a otros contratantes, o que puedan ponerlos en situación de no poder prestar sus servicios en la forma que mejor convenga a los intereses del Prestatario. Sin que ello constituya limitación al carácter general de lo expresado anteriormente, no se contratará a consultores en las circunstancias que se indican a continuación:

i) Conflicto entre servicios de consultoría y contratación de bienes, obra civil o servicios (distintos a los considerados en estas Normas). Una firma contratada en un proyecto por el Prestatario para suministrar bienes, ejecutar obras o para prestar algún servicio (distinto a los servicios de consultoría regulados por estas Normas), así como sus filiales, estará descalificada para prestar servicios de consultoría relacionados con tales bienes, obras o servicios del mismo proyecto. Por lo contrario, ninguna firma contratada para prestar servicios de consultoría en la preparación o ejecución de un proyecto, así

²³ Federal Acquisition Regulation 3.101, 3.104-1 et seq. Véase, además, Yukins, op. cit., notas a pie de página 46 y 47.

²⁴ Las Normas sobre Adquisiciones pueden consultarse en <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/PROJECTS/PROCUREMENT/0,,contentMDK:20060840~pagePK:84269~piPK:60001558~theSitePK:84266,00.html>, Normas sobre Consultores en <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/PROJECTS/PROCUREMENT/0,,contentMDK:20060656~menuPK:93977~pagePK:84269~piPK:60001558~theSitePK:84266,00.html?>

como ninguna de sus filiales, podrá posteriormente suministrar bienes o ejecutar obras o prestar servicios (distintos a los servicios de consultoría regulados por estas Normas) que se generen como resultado de los servicios de consultoría para la preparación o ejecución del mismo proyecto;

ii) Conflicto entre los servicios de consultoría asignados: ninguno de los consultores (incluyendo su personal y sub-consultores) o cualesquiera de sus filiales pueden ser contratados para proporcionar servicios que, por su naturaleza, puedan estar en conflicto con otros servicios asignados a los consultores. Por ejemplo, los consultores contratados para preparar diseños de ingeniería de un proyecto de infraestructura no deben ser contratados para preparar una evaluación ambiental independiente para el mismo proyecto, y los consultores que estén asesorando a un contratante respecto de la privatización de bienes públicos no pueden contratar dichos bienes ni asesorar a quienes los contraten. De manera similar los consultores contratados para preparar Términos de Referencia (TR) para un proyecto no deben ser contratados para realizar dicho proyecto;

iii) Relaciones con el personal del Prestatario: Los Consultores (incluyendo su personal y sus consultores sub-contratados) que tengan una relación de trabajo o de familia con algún miembro del personal del Prestatario (o con el personal de la entidad ejecutora del proyecto o con algún beneficiario del préstamo) que estén directa o indirectamente involucrados con cualquier parte de: i) la preparación de los TDR del contrato, ii) el proceso de selección de dicho contrato, o iii) con la supervisión de dicho contrato, no pueden ser beneficiarios de la adjudicación del contrato, a menos que se resuelva, de manera aceptable para el Banco, el conflicto generado por estas relaciones, ya sea durante el proceso de selección y de ejecución del contrato;

iv) Normas sobre Consultores, 1.10, que trata de la ventaja obtenida debido a competencia desleal: “Para que exista equidad y transparencia en el proceso de selección se requiere que los consultores o sus asociados que concursen para un proyecto específico no obtengan una ventaja competitiva por haber prestado servicios de consultoría relacionados con el trabajo de que se trate. Para este fin, junto con el Pedido de propuestas, el Prestatario debe poner a disposición de todas las firmas incluidas en la lista corta toda la información que le proporcione a un consultor una ventaja competitiva.”

24. En el documento de SIGMA se enumeran los instrumentos más importantes para prevenir y evitar conflictos de intereses ... :

- “a) Restricciones con respecto a los empleos secundarios;
- b) Declaración de ingresos personales;
- c) Declaración de ingresos familiares;
- d) Declaración de bienes personales;
- e) Declaración de bienes familiares;
- f) Declaración de obsequios o regalos;
- g) Seguridad y control del acceso a información interna;
- h) Declaración de intereses privados en relación con la gestión de contratos;

- i) Declaración de intereses privados en relación con la adopción de decisiones;
- j) Declaración de intereses privados en relación con la preparación o prestación de asesoramiento normativo;
- k) Divulgación de las declaraciones de ingresos y bienes;
- l) Restricciones y control de las actividades posteriores al empleo o con ONG;
- m) Restricciones y control de obsequios o regalos y beneficios de otro tipo;
- n) Restricciones y control del desempeño simultáneo de cargos externos (por ejemplo, con una ONG, una organización política o una empresa pública);
- o) Recusación y retirada automática de funcionarios de sus funciones públicas cuando su participación en una reunión o en una determinada decisión pueda situarlos en una posición de conflicto;
- p) Restricciones personales y familiares a los títulos de propiedad de empresas privadas;
- q) Liquidación de bienes, vendiendo intereses comerciales o inversiones o colocándolos en un fideicomiso ciego, establecimiento de un fondo fiduciario o un acuerdo de gestión ciego.²⁵

25. Como primera medida el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la cuestión de si todos los requisitos contenidos en el apartado e) del párrafo 1 del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción o alguno de ellos deberían abordarse en el texto de la Ley Modelo o en reglamentos u otras normas. Se recordará que, conforme a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción estas cuestiones deberían abordarse en el sistema de contratación pública (y no necesariamente en su principal legislación sobre el particular), y que la aplicación de los correspondientes requisitos debe hacerse “de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico [el del Estado Parte]”.

26. El Grupo de Trabajo recordará asimismo que el alcance de la Ley Modelo, descrito en la Guía que lo acompaña, es el siguiente: en primer lugar, se trata de “una ley marco, destinada a ser complementada por un reglamento de la contratación pública, para pormenorizar los procedimientos de cada uno de los métodos autorizados por la Ley Modelo”²⁶, y enuncia “los procedimientos que habrán de aplicar las entidades adjudicadoras para seleccionar al proveedor o contratista al que vaya a adjudicar algún contrato”²⁷. En consecuencia, no trata de la estructura administrativa de apoyo u otras cuestiones jurídicas que sí figuran en otros instrumentos jurídicos (derecho administrativo, contractual y de procedimiento

²⁵ Documento de SIGMA, op. cit

²⁶ Guía para la incorporación al derecho interno, una ley marco que habrá de ser complementada por un reglamento de la contratación pública, párr. 12.

²⁷ En la Guía también se indica que en la Ley Modelo no se abordan las condiciones del contrato, el cumplimiento o ejecución del contrato (Introducción, párr. 12), incluida la solución de las controversias relativas a su cumplimiento e, implícitamente, la fase de planificación de la contratación.

judicial)²⁸. En la Guía se indica que se parte del supuesto “de que el Estado promulgante dispone ya de estructuras institucionales y burocráticas adecuadas y del personal necesario para organizar y dirigir los métodos de contratación en ella previstos, y que de no ser así los introducirá”²⁹, por lo que esas cuestiones no se abordan en el texto de la Ley Modelo propiamente dicho. Sin embargo, a continuación en la Guía se analizan las funciones administrativas y de supervisión que el Estado promulgante puede querer institucionalizar. En el apartado d) del párrafo 37 de la Guía se considera importante la formación del personal, como ejemplo de las funciones relacionadas con la supervisión general de los procesos de contratación pública, funciones que cabría encomendar a un único órgano o autoridad (por ejemplo, Ministerio de Hacienda o de Comercio, Junta Central de Contratación) o distribuirla entre dos o más órganos o autoridades.

27. Si el Grupo de Trabajo estima que el texto de la Ley Modelo debería contener disposiciones sobre los conflictos de intereses, podría considerar la posibilidad de formular disposiciones basadas en el principio de la integridad, como se hace en el Acuerdo sobre Contratación Pública o adoptar un enfoque que se base más en las normas, como el contenido en las demás disposiciones citadas en los párrafos precedentes. Si opta por este segundo enfoque, tal vez desee determinar el grado de pormenorización de estas normas. Por ejemplo, si una lista como la contenida en el documento de SIGMA podría ser una buena orientación o si sería más apropiado incluir esas normas pormenorizadas en la Guía o en reglamentos. Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee prever un período durante el cual un ex funcionario de contratación pública no podrá aceptar empleo en una entidad cuyas actividades guarden relación con las funciones que ese funcionario desempeñaba anteriormente³⁰.

28. El Grupo de Trabajo también podría considerar hasta qué punto en la Ley Modelo o en la Guía para la incorporación al derecho interno deben abordarse las consecuencias de las violaciones de las disposiciones relativas a los conflictos de intereses. A modo de ejemplo de una consecuencia de medidas inapropiadas que ya figura en la Ley Modelo, el Grupo de Trabajo recordará la disposición del artículo 15 (Incentivos ofrecidos por proveedores o contratistas) en que se prevé que “La entidad adjudicadora ... rechazará una oferta, propuesta o cotización cuando el

²⁸ Guía para la incorporación al derecho interno, una ley marco que habrá de complementarse con un reglamento de la contratación pública, párr. 14.

²⁹ Guía para la incorporación, párr. 36.

³⁰ En el apartado e) del párrafo 2 del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción se prevé que los Estados Parte prevengan los conflictos de intereses “imponiendo restricciones apropiadas, durante un período razonable, a las actividades profesionales de ex funcionarios públicos o a la contratación de funcionarios públicos en el sector privado tras su renuncia o jubilación cuando esas actividades o esa contratación estén directamente relacionadas con las funciones desempeñadas o supervisadas por esos funcionarios públicos durante su permanencia en el cargo”. Como se ha indicado antes, el Canadá cuenta con disposiciones parecidas, al igual que los Estados Unidos en 5.C.F.R., 2635.604, y como recomienda la OCDE en “Integrity in public procurement”. La reglamentación de los Estados Unidos es detallada y amplia: por ejemplo, impide que un contratista ofrezca empleo al funcionario que supervisa las actividades de ese contratista, o a un hijo de ese funcionario (véase Yukins, op. cit., en el que se cita 18.U.S.C., 208, y se hace referencia a una recopilación de leyes de los Estados Unidos que rigen la ética en el servicio público, véase U.S. Office of Government Ethics, *Compilation of Federal Ethics Laws* (2004), que puede consultarse en http://www.usoge.gov/pages/laws_regs_fedreg_stats/comp_fed_ethics_laws.pdf).

proveedor o contratista que la presentó ofrezca, dé o convenga en dar, directa o indirectamente ... una oferta de empleo o cualquier otro objeto de utilidad o de valor a título de incentivo ...” durante el proceso de contratación. El Banco Mundial observa que la consecuencia apropiada debería reflejar el conflicto de que se trate: por ejemplo, inadmisibilidad de un proveedor para la contratación si el conflicto surge durante el proceso de contratación, e inadmisibilidad de un proveedor para futuros procesos de contratación si ya se ha terminado el proceso (sin embargo, observa que esta última disposición se considera difícil de aplicar porque las personas jurídicas o naturales de que se trate pueden cambiar).

29. En cuanto a las relaciones que pueden dar lugar a conflictos, conforme a las disposiciones del Banco Mundial o bien el funcionario de contratación debe declararse inhabilitado para participar en el proceso de contratación o bien el proveedor de los servicios debe quedar descalificado, por lo que no se le podrá adjudicar el contrato³¹. Estos conflictos de intereses basados en relaciones no pueden mitigarse, por lo que las sanciones como las mencionadas antes son la única consecuencia eficaz, mientras que sí puede remediarse el haber dado a un proveedor una ventaja competitiva desleal, por ejemplo, informando de ello a los demás proveedores.

30. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en sus disposiciones sobre penalización y aplicación de la ley, contiene sanciones que serían apropiadas para los casos de corrupción (artículos 19 a 50), pero quizás el Grupo de Trabajo consideren que serían de escasa asistencia en una situación de conflictos de intereses.

31. De otro modo, o además, el Grupo de Trabajo podría abordar el tema de los conflictos de intereses en la Guía para la incorporación al derecho interno, por ejemplo, desarrollando las observaciones que figuran en los párrafos 36 y 37 del texto actual³². La publicación “Integrity in Public Procurement” de la OCDE³³, que contiene un capítulo sobre la forma de evitar los conflictos de intereses y la corrupción, puede considerarse un ejemplo de orientación adicional. Se aborda el tema desde un punto de vista funcional, y se presenta observando que los sistemas de contratación pública requieren: ... un conjunto de valores y normas éticas claros para precisar la forma de lograr esos objetivos. En varios países se han desarrollado normas éticas concretas en las que se definen claramente las restricciones y prohibiciones que se aplican a los funcionarios de contratación pública para evitar

³¹ El Banco Mundial incorpora normas sobre este particular en sus documentos de licitación y de contrato. La Oficina Nacional de Auditoría del Reino Unido refiriéndose a los conflictos de intereses relacionados con las auditorías en la contratación pública observa que: 7.27. Al seleccionar proveedores, deberá tenerse en cuenta hasta qué punto hay conflictos de intereses entre las empresas y las personas a quienes emplean y hasta qué punto pueden influir en el proceso. No se considera que las barreras dentro de la empresa para evitar que se filtre información (“Chinese Walls”), por sí solas, sean una forma eficaz de gestionar los conflictos. No obstante, pueden utilizarse junto con otros métodos. Al redactar un contrato, deberá considerarse la posibilidad de prever cláusulas contractuales para evitar que aumenten los conflictos de intereses en las empresas. En los casos difíciles, en aras de la consistencia y para no sentar malos precedentes, deberá consultarse al Central Procurement Team (Equipo Central de Contratación Pública). (Véase <http://www.nao.org.uk/manuals/procurement/chapter7.htm#conflict>).

³² Párrafo 26 y nota a pie de página 29, *supra*.

³³ OCDE, *Integrity in Public Procurement*, op. cit.

situaciones de conflictos de intereses y prevenir la corrupción a nivel individual e institucional. A continuación se abordan los aspectos siguientes de las disposiciones sobre conflictos de intereses: aspectos organizacionales (separación de deberes y funciones autorizadas), definición de las normas éticas aplicables a los funcionarios públicos, definición de las normas específicas aplicables a los funcionarios de contratación pública, aplicación de esas normas, y los tratos con concursantes para evitar los conflictos de intereses y la corrupción. Se dan ejemplos de medidas tomadas en diversos países de la OCDE y en otros que se supervisaron expresamente para esta publicación.

32. Las orientaciones también pueden tratar, por ejemplo, de las cláusulas y condiciones de servicio apropiados, controles de procedimiento (como el funcionamiento de los indicadores, o la rotación del personal, para evitar el riesgo de los incentivos resultantes de ocupar un mismo puesto durante mucho tiempo), evaluaciones periódicas e informes confidenciales, y pueden dar lugar a que se evalúen las anteriores normas de conducta al seleccionar a los candidatos para puestos de contratación pública. En las reglamentaciones se puede exigir que los candidatos tengan formación especializada en contratación y conducta ética.

33. El Grupo de Trabajo tal vez considere oportuno también formular directrices respecto de la interpretación de afiliaciones, relaciones familiares y de otro tipo, ventajas competitivas desleales y si deben aplicarse estrictamente o con una cierta flexibilidad³⁴, pero en vez de dar orientaciones detalladas en la propia Guía para la incorporación al derecho interno, quizás estime preferible hacer referencia a otras publicaciones, en particular teniendo en cuenta la constante evolución de este aspecto de la reglamentación de la contratación pública. A este respecto, el Grupo de Trabajo recordará que en el párrafo 40 de la actual Guía se remite al lector a la Guía N° 23 para ("Improving Public Procurement Systems" - Mejora de los sistemas de adquisición pública), publicada por el Centro de Comercio Internacional UNCTAD/GATT (Ginebra) en la que se analizan diversas cuestiones institucionales, de formación y perfeccionamiento del personal y de política que influyen en la contratación pública.

IV. Contratación de servicios

34. En su sexto período de sesiones el Grupo de Trabajo se centró en la cuestión de determinar si debía revisarse el texto de la Ley Modelo a fin de limitar el ámbito de los servicios adjudicables por el "método principal para la contratación pública de servicios" previsto en los artículos 37 a 45 de la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo consideró que este método había dado resultado en la práctica, principalmente para la adjudicación de servicios intelectuales (servicios que no se prestan a ser medidos en función de un producto material, tales como los servicios de consultoría y otros servicios profesionales), pero se cuestionó su idoneidad para la adjudicación de servicios respecto de los cuales la entidad adjudicadora pudiera dar, por adelantado, especificaciones cualitativas y cuantitativas. También se

³⁴ Puede ser apropiado actuar con flexibilidad cuando el comportamiento pueda remediarse. Así pues, cuando se ha dado a un proveedor una ventaja competitiva desleal, se puede mitigar el daño informando a todos los proveedores, de los datos pertinentes y puede que no sea necesario tomar otras medidas como parte del proceso de contratación (a diferencia de la situación del funcionario de contratación pública de que se trate, que sí puede requerir otras medidas).

observó que como en la Ley Modelo se habían considerado los servicios como categoría aparte, había dado lugar a que se prestara atención a las características especiales de algunos servicios en detrimento de los rasgos comunes de la contratación de muchos servicios con la contratación de bienes y obras³⁵.

35. En el sexto período de sesiones, habiendo examinado si a) la utilización del principal método para la contratación de servicios debía limitarse a los servicios intelectuales; b) el principal método para la contratación de servicios debía ser la licitación; y c) si el proceso de licitación debía ser el principal método o la segunda opción ofrecida, tras la solicitud de propuestas (o viceversa), el Grupo de Trabajo acordó preliminarmente que en la Ley Modelo debían mantenerse todos los distintos métodos de contratación de servicios. De ahí que el Grupo de Trabajo considerara que el texto de la Ley Modelo no requería revisión. Sin embargo, se respaldó la disposición de que se formularan más directrices en la Guía para la incorporación al derecho interno sobre la conveniencia de recurrir a uno u otro de los tres procedimientos de selección previstos en las disposiciones sobre la contratación de servicios, según cuál fuera la índole de los servicios contratados y las circunstancias del caso. Así pues, por ejemplo, en las directrices podría abordarse la conveniencia de utilizar el principal método para la contratación de servicios principalmente para los servicios intelectuales, la forma de abordar las definiciones (de “servicios intelectuales” y otros conceptos de servicios), la forma de abordar los proyectos que entrañaban diversas etapas y los proyectos mixtos, y el grado de pormenorización de las directrices, a la luz del deseo del Grupo de Trabajo de que las disposiciones de la Ley Modelo y de la Guía para la incorporación al derecho interno no fueran excesivamente prescriptivas.

36. Además, a fin de abordar algunas de las inquietudes planteadas en el sexto período de sesiones en cuanto a la utilización excesiva o inapropiada de las disposiciones relativas a la contratación de servicios, en la Guía podría desarrollarse el criterio básico inherente al capítulo II de la Ley Modelo (conforme al cual la contratación de bienes y obras debe efectuarse utilizando procedimientos de licitación, a menos que se justifique uno de los métodos alternativos) y la forma en que ese criterio básico podría aplicarse a la contratación de servicios. Por ejemplo, podría hacerse referencia a una presunción en favor de la licitación para la contratación de servicios (en vez de la elección más libre de que se dispone actualmente), a menos que las circunstancias justificaran la utilización de disposiciones de servicios más flexibles. Estas circunstancias podrían incluir las enumeradas en los párrafos 88 a 93 del informe del Grupo de Trabajo sobre su sexto período de sesiones³⁶.

37. Por consiguiente, tal vez el Grupo de Trabajo desee dar ulteriores directrices a la Secretaría en cuanto a la cuestión de la contratación de servicios, basándose en las deliberaciones que mantuvo en su sexto período de sesiones y en los párrafos 41 a 44 de una nota preparada por la Secretaría para ese período de sesiones (A/CN.9/WG.I/WP.32), en particular en lo que respecta al grado de pormenorización de las ulteriores directrices que habrán de introducirse en la Guía para la incorporación al derecho interno.

³⁵ A/CN.9/568, párrs. 79 a 93.

³⁶ A/CN.9/568.