



Asamblea General

Distr. limitada
15 de febrero de 2006
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo I (Contratación Pública)
Noveno período de sesiones
Nueva York, 24 a 28 de abril de 2006

Posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios - recopilación de material de redacción para abordar la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública

Nota de la Secretaría

Adición

Índice

[Los capítulos I a III se publican en el documento A/CN.9/WG.I/WP.42]

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
IV. Revisiones de los proyectos de textos normativos presentados al Grupo de Trabajo en su octavo período de sesiones	1-10	3
A. Equivalencia funcional de todos los métodos de comunicación, publicación, intercambio o almacenamiento de información o documentos.	1	3
B. Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno que hace referencia a las comunicaciones electrónicas durante el proceso de contratación pública.	2	3
C. Normas de accesibilidad	3	9
D. Forma de las comunicaciones	4-5	9
E. Validez jurídica de un contrato adjudicado por vía electrónica	6	13
F. Obligación de llevar un expediente del proceso de adjudicación.	7	15



G. Presentación por vía electrónica de las ofertas, propuestas o cotizaciones	8	16
H. Apertura de ofertas presentadas por vía electrónica	9	16
I. Publicación electrónica de información concerniente a la contratación pública	10	17

IV. Revisiones de los proyectos de textos normativos presentados al Grupo de Trabajo en su octavo período de sesiones

El texto que figura a continuación contiene las revisiones de los proyectos de textos normativos que se presentan al Grupo de Trabajo en su noveno período de sesiones, comparados con los textos presentados en el octavo período de sesiones.

A. Equivalencia funcional de todos los métodos de comunicación, publicación, intercambio o almacenamiento de información o documentos

1. Nuevo texto propuesto para la Ley Modelo: artículo 4 bis

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

Se entenderá que toda disposición de la presente Ley relativa al requisito de la forma escrita, a la publicación de información, a la presentación de ofertas en un sobre sellado, a la apertura de licitaciones, a un registro o a una reunión ~~incluira~~ incorporará [cualquier medio de tal actividad que incluya] medios electrónicos, ópticos o medios equivalentes [que incluya, aunque no exclusivamente, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el telex o la telecopia], siempre y cuando el medio elegido cumpla con las [disposiciones del/normas de accesibilidad enunciadas en el] artículo [4 ter].”; ~~con tal de que el Estado promulgante o la entidad adjudicadora se cerciore de que dicha vía:~~

- ~~— a) [no supone obstáculo alguno para el curso del proceso de contratación] [es una vía de comunicación generalmente accesible];~~
- ~~— b) promueve la economía y la eficiencia del proceso de contratación; y~~
- ~~— c) no da lugar a discriminación alguna entre los proveedores o contratistas eventuales, o frente a alguno de ellos, ni limita notablemente, por algún otro concepto, la competencia comercial] [con tal de que el Estado promulgante o la entidad adjudicadora obre en el convencimiento de que dicha vía cumple con las normas de accesibilidad enunciadas en el artículo [*].] [con inclusión de la lista que figura en la variante A de la Guía para la incorporación al derecho interno.] (A/CN.9/586, párr. 13).~~

B. Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno que hace referencia a las comunicaciones electrónicas durante el proceso de contratación pública

2. Observaciones generales introductorias en la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno

“i) Texto introductorio de las disposiciones concernientes al que rigen el empleo de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública

1) La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública (versión de 1994) fue aprobada en un momento en el que cabía prever las nuevas aplicaciones de la tecnología de la información y de las comunicaciones electrónicas, pero muchas de esas aplicaciones no se habían aún materializado. Pese a que algunas de sus disposiciones tal vez prevean el empleo, al servicio de la contratación pública, de la tecnología y las comunicaciones electrónicas, la Ley Modelo no presta particular atención a las cuestiones jurídicas suscitadas por el recurso a esta tecnología, mientras que algunas de sus disposiciones reflejan un sistema de intercambio de comunicaciones y de formación de expedientes o archivos y un régimen probatorio que dependen en gran medida de la información consignada sobre papel. Cabe citar como ejemplo los requisitos de “prueba documental” y otros conceptos similares enunciadados en los artículos 6 2), 7 3) a) iii), 10, 27 c), 36, 38 f) de la Ley Modelo de 1994, así como las reglas concernientes a la preparación, presentación, modificación, retirada y apertura de las ofertas, y el régimen aplicable a la conclusión del contrato adjudicado.

2) Desde la aprobación de la Ley Modelo en 1994, se ha registrado un rápido aumento en las aplicaciones de la electrónica al servicio de la contratación pública (que incluye la utilización de equipo electrónico para el procesamiento, la compresión digital y el almacenamiento de los datos transmitidos, transferidos y recibidos por cable, por radio, por medios ópticos o por otros medios electromagnéticos), difundiéndose, en particular, diversos métodos de contratación por Internet, que la presente Guía designará por el término genérico de “contratación electrónica”. La contratación electrónica ha reportado numerosos beneficios, entre los que cabe citar la mayor rentabilidad de una contratación más competitiva en el marco de un mercado más amplio, el suministro de información más completa a los proveedores y contratistas, el recurso a prácticas más competitivas, y el ahorro de gastos y de tiempo que supone una mejor administración del contrato adjudicado, junto con una mejor observancia de la normativa aplicable y una notable disminución de las oportunidades de corrupción o de abuso. La contratación por vía electrónica ofrece, además, muchas oportunidades para reforzar la confianza pública y la transparencia del proceso de contratación. La CNUDMI Comisión considera, por ello, que la Ley Modelo debe facilitar el recurso a la contratación por vía electrónica.

3) Ahora bien, ~~se han expresado también inquietudes de que~~ tal vez se hayan de introducir controles que permitan ~~no sólo supervisar ciertos aspectos novedosos de las comunicaciones intercambiadas por vía electrónica, sino~~ evitar toda discriminación dimanante de la falta de acceso a la infraestructura necesaria, garantizar la seguridad, confidencialidad y autenticidad de las comunicaciones electrónicas y vigilar el impacto de los modernos métodos de contratación sobre [otras] metas socioeconómicas del país. Las revisiones efectuadas en el texto ~~original~~ de la Ley Modelo ~~[de 1994]~~ tratan de responder a estas inquietudes, mientras que la presente Guía señala cuáles son los objetivos de esas revisiones.

4) Aunque algunas de las cuestiones suscitadas por la contratación electrónica puedan resolverse en el marco de la Ley Modelo ~~[de 1994] actual~~ (o a tenor de las normas legales o reglamentarias y existentes, así como conforme a lo indicado en la Guía ~~de 1994~~ para la incorporación de dicha ley al derecho interno),

la ~~CNUDMI~~ Comisión ha revisado el texto de la Ley Modelo a fin de que su texto prevea o aclare adecuadamente las soluciones que cabe dar a esas cuestiones y a fin de promover ~~en lo posible en su caso~~, el recurso a la vía electrónica como medio de facilitar el logro de los objetivos de la propia Ley Modelo. El objetivo de las disposiciones es asegurar que todos los [medios/métodos] de comunicación reciban un trato equivalente en la Ley Modelo y que su utilización esté sujeta a salvaguardias apropiadas para que las entidades adjudicadoras, a la hora de seleccionar los medios de comunicación para una contratación pública, [no hagan discriminaciones entre los proveedores y contratistas] [seleccionen los medios [generalmente] [razonablemente] [comúnmente] disponibles [y que sean compatibles [o intercambiables] con los medios de utilización común o general]. Cabe señalar que esas disposiciones tienen la finalidad de ser aplicables a la contratación pública internacional y nacional, a fin de asegurar el acceso a los mercados nacionales de proveedores no nacionales, incluso cuando pueda haber una desigualdad entre las infraestructuras electrónicas disponibles de los posibles proveedores y contratistas.

ii) Interacción del marco legal de la contratación electrónica con el marco legal del comercio electrónico

5) La contratación electrónica depende por naturaleza de la reglamentación general del comercio electrónico y de la difusión actual de este comercio. La presente Guía se referirá, por ello, a la interacción entre el régimen legal del comercio electrónico y el régimen de la contratación electrónica. No procedería que una ley de la contratación pública regule cuestiones propias del comercio electrónico general por lo que la Ley Modelo no tratará de regular ninguna cuestión que deba ser resuelta por el régimen legal general aplicable al comercio electrónico. Ahora bien, sí se ocupará de esas cuestiones en la medida en que el contexto especial de la contratación pública requiera alguna medida adicional (por ejemplo, en lo concerniente a la presentación de ofertas). A la luz de lo antedicho, el Estado promulgante tal vez desee cerciorarse de que su derecho interno aplicable al comercio electrónico reconoce la validez de las comunicaciones electrónicas y resuelve adecuadamente las cuestiones planteadas en los párrafos siguientes. Para facilitar su consulta, se hace asimismo remisión a las soluciones que se haya dado a esas cuestiones en el régimen modelo de la CNUDMI para el comercio electrónico (Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico de 1996)¹.

6) Uno de las principales ~~barreras contra~~ requisitos para la utilización eficaz de las comunicaciones electrónicas en la negociación de un contrato es la ~~falta de seguridad o~~ certeza en cuanto al reconocimiento jurídico, la validez ~~o y~~ la ejecutoriedad de las comunicaciones intercambiadas por vía electrónica en el proceso de negociación. ~~Ese obstáculo puede materializarse en forma de un~~

¹ El texto de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico figura en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/51/17)*, anexo I (también publicada en el Anuario de la CNUDMI, vol. XXVII:1996 (publicación de las Naciones Unidas, número de venta, S.98.V.7), tercera parte, anexo I). La Ley Modelo y la Guía para su incorporación eventual al derecho interno, que la acompaña, han sido objeto de una publicación de las Naciones Unidas cuyo número de venta S.99.V.4, y también está disponible en forma electrónica en la página de la CNUDMI en Internet (<http://www.uncitral.org/english/texts/electcom/ml-ecomm.htm>).

~~requisito legal por el que se requiera un “escrito” o un “original”, así como en ciertas formalidades requeridas para la formación de un contrato o para la admisibilidad del valor probatorio de un texto ante los tribunales (A/CN.9/568, párr. 30 y A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, párr. 44). En consecuencia, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico trata de hacer posible la negociación por vía electrónica de las operaciones comerciales, eliminando esos obstáculos y tratando de dar certeza jurídica a las comunicaciones intercambiadas por esa vía, de modo que los requisitos de comunicaciones y documentos “escritos” u “originales”, las formalidades de la formación de los contratos y la admisibilidad de las pruebas ante los tribunales engloben tanto las comunicaciones y documentos realizados por escrito como las comunicaciones y los documentos electrónicos.~~

7) ~~La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico prevé el principio general de la equivalencia funcional entre las comunicaciones, de modo que las comunicaciones electrónicas gozan del mismo grado de reconocimiento que los documentos sobre papel, siempre que sean universalmente legibles, permanezcan inalterados con el paso del tiempo y puedan ser reproducidas (cada parte debe tener una copia de los mismos datos), puedan ser autenticadas por medio de una firma y se presenten de una forma aceptable para las autoridades públicas y los tribunales. En el párrafo 16 de la Guía adjunta a dicha Ley Modelo se describen las funciones que debe cumplir todo documento para ser reconocido como tal, indicándose que deberá: “ser legible para todos; permanecer inalterado a lo largo del tiempo; prestarse a ser reproducido a fin de que cada parte disponga de un mismo texto; ser autenticable por medio de una firma; y estar en una forma que sea aceptable para las autoridades públicas y los tribunales”.~~

8) ~~Los artículos 5, 6, 7 y 8 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico prevén la importancia de la equivalencia funcional entre las comunicaciones sobre papel y las electrónicas y regulan el “reconocimiento jurídico de los mensajes de datos [comunicaciones electrónicas]” y los conceptos de “escrito”, “firmas” y “original”. Al leer conjuntamente estas disposiciones, el efecto resultante es que las comunicaciones electrónicas tienen el mismo grado de reconocimiento jurídico y de validez que las comunicaciones sobre papel, de modo que no se les denegará eficacia jurídica, validez ni ejecutabilidad por la mera razón de que sean comunicaciones electrónicas, y no comunicaciones sobre papel.~~

~~9) La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico resuelve estas cuestiones como sigue:~~

~~a) Artículo 5: “[n]o se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza ejecutoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos”. En el comentario de ese artículo que aparece en la Guía para su incorporación al derecho interno se observa que “el artículo 5 se limita a indicar que la forma en que se haya conservado o sea presentada cierta información no podrá ser aducida como única razón para denegar eficacia jurídica, validez o fuerza ejecutoria a esa información. Ahora bien, no debe interpretarse erróneamente el artículo 5 como si fuera un texto por el que se conceda validez jurídica a todo mensaje de datos o a todo dato en él consignado”;~~

~~b) Artículo 6: “[c]uando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta”. El comentario observa que~~

~~“el artículo 6 tiene por finalidad definir la norma básica que todo mensaje de datos deberá satisfacer para que pueda considerarse que (dicho mensaje) satisface un requisito (...) de que la información conste o sea presentada por escrito” (o de que la información esté consignada sobre un “documento” o soporte de papel);” y~~

~~— e) — Artículo 8: “[e] cuando la ley requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos: a) si existe alguna garantía fidedigna de que se ha conservado la identidad de la información a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma; y b) de requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona a la que se deba presentar”. El comentario explica que aun cuando la noción de “original” suele ser aplicable a documentos de titularidad o a títulos negociables, la disposición aquí prevista puede ser necesaria en el derecho interno de algunos países respecto de algún otro tipo de operaciones comerciales.~~

~~10) [En el comentario que se hace del artículo 36 (“Aceptación de una oferta y entrada en vigor del contrato”) pueden verse las consideraciones especiales aplicables al supuesto de que un documento sea expedido o firmado por medios electrónicos, así como las consideraciones especiales aplicables a la celebración de un contrato por vía electrónica.] [En cuanto a la firma de un documento por algún método electrónico, el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico dispone lo siguiente: “[e] cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos: a) si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y b) si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o publicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente ...].”~~

11) Cabe que un Estado promulgante desee también dictar un reglamento por el que se resuelvan las cuestiones suscitadas por alguna avería o disfuncionalidad técnica, así como por toda declaración exoneratoria de la propia responsabilidad y por ciertas cuestiones prácticas como las concernientes a la zona horaria, la entrega de un recibo, etc.

iii) Criterios para la determinación de la validez de las comunicaciones electrónicas en el marco del texto revisado de la Ley Modelo

12) El texto revisado de la Ley Modelo de la Contratación Pública se ocupa de la utilización de la vía electrónica en la contratación pública siguiendo el criterio de la equivalencia funcional enunciado en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico pero, conforme a lo ya indicado anteriormente, no regulará cuestión alguna que haya sido resuelta por la norma general de derecho interno que sea aplicable al comercio electrónico, salvo que el contexto de la contratación pública requiera la formulación de alguna regla adicional. Por consiguiente, la Ley Modelo de la Contratación Pública no regula ninguna de las siguientes cuestiones: el reconocimiento legal de la validez de las comunicaciones electrónicas, lo que debe entenderse por “escrito” o por “original”, y por firma electrónica o digital, y la admisibilidad general y el valor probatorio de las comunicaciones electrónicas, así como lo concerniente a la formación, validez y ejecución de un contrato, la asignabilidad a su autor de una comunicación electrónica, y el acuse de recibo que

proceda dar a toda otra comunicación electrónica que no sea propiamente una oferta.

13) Las disposiciones presentadas en esta Ley Modelo revisada establecen que todo requisito de que se presente un escrito, de publicación de información, de presentación de ofertas y de convocatoria a licitación, para un registro o una reunión, enunciado en la propia Ley Modelo, podrá tenerse por satisfecho si se utilizan medios de comunicación ~~electrónica electrónica o de otra índole, con idéntico efecto. (En el contexto de una reunión, la utilización de comunicaciones electrónicas significa que los participantes podrán seguir la reunión, o participar en ella, por alguna vía electrónica de comunicación.) La Ley Modelo no regula la validez jurídica de esas comunicaciones, que se regirá~~ Si bien la validez jurídica de esas comunicaciones se regulará debería regularse explícitamente en la legislación general sobre comercio electrónico de un Estado promulgante, el contexto de la contratación pública requiere disposiciones específicas y suplementarias en aspectos como la presentación de ofertas, conforme a lo dispuesto en los artículos 27 h), q), r) y z), 30, 31 2) y 33 de la Ley Modelo ~~actual [de 1994]~~ [actualizar las referencias cruzadas]. En tales casos, se dan la razones y se indican los objetivos de las disposiciones en la sección pertinente de la presente Guía (~~A/CN.9/WG.I/WP.34, párr. 13, A/CN.9/575, párr. 11)~~ [insértense aquí las referencias cruzadas].

14) En la versión revisada de la Ley Modelo se alienta también, en su caso cuando es posible, (pero generalmente sin exigirlo,) la utilización de medios electrónicos en la ~~el recurso, a la tecnología y a la vía de comunicación electrónica al servicio de la~~ contratación pública. No obstante, la entidad adjudicadora podrá requerir la utilización de comunicaciones electrónicas en el proceso de contratación pública en virtud de los artículos [4 ter y 9], y la contratación pública deberá hacerse por vía electrónica (~~A/CN.9/575, párr. 10, A/CN.9/568, párr. 33~~), salvo en el caso de [referencia cruzada a la contratación pública por vía electrónica, por ejemplo, a las subastas electrónicas inversas y a los sistemas de adquisiciones dinámicas].

15) El recurso a la vía electrónica suscita cuestiones concernientes a la autenticidad, confidencialidad e integridad de la comunicación, de los documentos o de los datos intercambiados. El Estado promulgante [deseará también] [podrá] considerar hasta qué punto su régimen legal interno aplicable al comercio electrónico ha previsto un control adecuado de las comunicaciones intercambiables en el marco de la contratación pública. Este tema se examina en mayor detalle en las secciones de la presente Guía que se ocupan de la forma de las comunicaciones intercambiadas (artículo 9 de la Ley Modelo de 1994) y de la presentación de ofertas por vía electrónica (con arreglo al artículo 30 de la Ley Modelo de 1994).

16) El principio de la flexibilidad en cuanto al método utilizable para la comunicación, basado en el criterio de la equivalencia funcional, será aplicable no sólo a las comunicaciones de índole general sino también a la publicación del contrato adjudicable y a toda información concerniente a un proceso de adjudicación, así como al intercambio de información concerniente a dicho proceso, a la presentación y apertura de las ofertas, a la celebración de conferencias previas a la licitación, y a la conservación, archivo y difusión de información y de documentos (así como al expediente que ha de llevarse del proceso de adjudicación conforme al artículo 11 de la Ley Modelo de la Contratación Pública), y a la celebración del contrato adjudicado. Por consiguiente, el texto propuesto del

artículo 4 ter está formulado en términos genéricos que permiten englobar todos los aspectos de la creación, transferencia y archivo de la información consignada en las comunicaciones y documentos intercambiados, por lo que las normas de control y accesibilidad de la información, descritas en los párrafos anteriores, deben ser igualmente aplicables a las nociones genéricas enunciadas en estos artículos.”

C. Normas de accesibilidad

3. Nuevo texto propuesto para su inserción en la Ley Modelo: artículo 4 ter nuevo

“Artículo 4 ter. Normas de accesibilidad

La entidad adjudicadora se cerciorará de que todo [medio/método] de comunicación, publicación, intercambio o archivo de información o documentos o para celebrar alguna reunión ~~que se vaya a utilizar en el curso del proceso de contratación y para la presentación de ofertas y la convocatoria a licitación,~~

~~— a) — No [discriminará [de manera irrazonable]] [no generará una discriminación [irrazonable]] entre los posibles proveedores o contratistas o frente a alguno de ellos ni limitará por lo demás [notablemente] la competencia.~~

[posibles adiciones]

No supondrá un obstáculo para el proceso de contratación pública; y

~~[se vale de que los [medios/métodos] de comunicación están [generalmente] [razonablemente] [comúnmente] disponibles [y son compatibles [e intercambiables] con los que sean de uso común o general].~~

~~— b) — promueve la economía y la eficiencia del proceso de contratación; y~~

~~— c) — no da lugar a discriminación alguna entre los proveedores o contratistas eventuales, o frente a alguno de ellos, ni limita por lo demás notablemente la competencia comercial.”~~

D. Forma de las comunicaciones

4. Revisión propuesta del artículo 9 de la Ley Modelo

“Artículo 9. Forma de las comunicaciones

[nuevo párrafo 1)] Los documentos, las notificaciones, las decisiones y otras comunicaciones [a que se hace referencia en la presente Ley] entre proveedores o contratistas y la entidad adjudicadora se facilitarán, presentarán o aplicarán por el medio de comunicación que haya especificado la entidad adjudicadora cuando solicitó en primer lugar la participación de los proveedores o contratistas en el proceso de contratación pública, siempre y cuando la entidad adjudicadora cumpla, en cada caso, [las disposiciones de/las normas de accesibilidad enunciadas en] el artículo [4 ter].

~~— 1) 2) A reserva de otras disposiciones de la presente Ley y de los requisitos de forma impuestos por la entidad adjudicadora al dirigir su primera invitación a los~~

~~proveedores o contratistas para que participen en el proceso de contratación, los documentos, las notificaciones, las decisiones y otras comunicaciones [a que se hace referencia en la presente Ley] que deberá presentar la entidad adjudicadora o la autoridad administrativa a un proveedor o contratista o que un proveedor o contratista deberá presentar a la entidad adjudicadora se presentarán en una forma que deje constancia del contenido de la comunicación y sea accesible, de modo que sea utilizable para ulteriores consultas.~~

~~1) bis — La entidad adjudicadora podrá prescribir en el pliego de condiciones la forma que deberá adoptar toda comunicación intercambiada con los proveedores o contratistas, con tal de que la vía de comunicación seleccionada por la entidad adjudicadora cumpla con las normas de accesibilidad enunciadas en el [artículo 4 bis o 5 bis].~~

~~1) ter — La entidad adjudicadora podrá indicar en el pliego de condiciones que toda oferta presentada con arreglo al artículo 30 deberá ser presentada en forma electrónica [, con tal de que la vía seleccionada por la entidad adjudicadora para presentarla cumpla con las normas de accesibilidad enunciadas en el artículo [artículo 4 bis o 5 bis].~~

~~1) quater — Sin menoscabo alguno del derecho de toda entidad adjudicadora a indicar en el pliego de condiciones cuál será la vía de comunicación utilizable, la entidad adjudicadora no discriminará entre proveedores o contratistas, o frente a algunos de ellos, por razón de la forma en que transmitan o reciban documentos, notificaciones, decisiones o alguna otra comunicación.~~

~~2) 3) Las comunicaciones entre proveedores o contratistas y la entidad adjudicadora a que se hace referencia en los artículos 7 4) y 6), 12 3), 31 2) a), 32 1) d), 34 1), 36 1), 37 3), 44 b) a f) y 47 1) [actualícense las revisiones de la Ley Modelo] podrán efectuarse por medio de comunicación que no deje constancia del contenido de la comunicación siempre y cuando se dé de inmediato al receptor de la comunicación la confirmación de la comunicación en una forma que deje constancia de la confirmación y que sea accesible, a fin de poder utilizarse para ulteriores consultas.~~

~~3) — La entidad adjudicadora no discriminará entre proveedores o contratistas, o frente a algunos de ellos, por razón de la forma en que transmitan o reciban documentos, notificaciones, decisiones o alguna otra comunicación.~~

~~1 quinquies 4) En los reglamentos de la contratación pública se ~~podrán establecer~~ establecerán medidas para asegurar la accesibilidad de las comunicaciones y la falta de discriminación entre proveedores o contratistas, a fin de dar efecto [a las disposiciones de/normas de accesibilidad enunciadas en] al artículo [4 ter], y podrán prever medidas para asegurar la autenticidad, la integridad, la accesibilidad y la confidencialidad de las comunicaciones, ~~y para ejercerse de~~ así como la intercambiabilidad de los sistemas utilizados para transmitirlos y recibirlos.~~

5. El artículo 9 de la Ley Modelo en la Guía para la incorporación al derecho interno

“Artículo 9. Forma de las comunicaciones

1) El artículo 9 tiene por objeto evitar incertidumbres sobre la forma requerida con arreglo a la Ley Modelo para el intercambio de las comunicaciones entre la entidad adjudicadora y los proveedores o contratistas. El requisito formal básico, de no disponer otra cosa algún otro artículo de la Ley Modelo, es que la comunicación se haga de forma que deje constancia de su contenido.

1) bis [El artículo 4 ter] de la Ley Modelo permite a la entidad adjudicadora seleccionar el medio de comunicación que va a utilizarse en un determinado proceso de contratación, y las “normas de accesibilidad” (que se aplican igualmente a todos los medios de comunicación, ya sean electrónicos, de papel o de otro tipo) condicionan esa elección, a fin de salvaguardar los objetivos de la Ley Modelo (incluido el objetivo de que el medio de comunicación elegido no debe constituir un obstáculo de acceso). Las disposiciones de este artículo requieren que la elección de la forma de las comunicaciones se especifique en el pliego de condiciones y hacen referencia a una única elección de comunicaciones para cada contratación (y no una para cada proveedor o para cada contratista). Sin embargo, en el pliego de condiciones pueden preverse otros medios de presentación para determinados documentos o tipos de documentos que no puedan presentarse por los medios de comunicación elegidos (como las garantías de ofertas, dibujos complejos y certificados formales de constitución de empresas, pago de impuestos, etc., que (en el momento de escribir) no estén generalmente disponibles en forma electrónica.

2) Es evidente que el artículo 9 no trata de dar una respuesta a todas las cuestiones técnicas y jurídicas que pueda suscitar el empleo del EDI o de otros métodos no tradicionales de comunicación en el contexto de un proceso de contratación, ni tampoco a otras cuestiones conexas, como sería la emisión por medios electrónicos de una garantía de oferta, que trasciendan del marco de las “comunicaciones” previstas en la Ley Modelo, y que deberán regirse por alguna otra norma de derecho.

3) A fin de evitar a la entidad adjudicadora y a los proveedores o contratistas toda demora innecesaria, el párrafo 2) permite que determinados tipos de comunicaciones se efectúen a título preliminar por otros medios, en particular el teléfono, que no dejen constancia del contenido de la comunicación, con tal de que esa comunicación preliminar sea inmediatamente confirmada por otra comunicación efectuada por algún medio que sí deje constancia de su contenido.

~~3 bis La versión revisada del artículo 9 de la Ley Modelo dispone que la entidad adjudicadora podrá seleccionar el método utilizable para el intercambio de comunicaciones con los proveedores o contratistas en el curso del proceso de contratación. Esta disposición tiene por objeto facultar a la entidad adjudicadora para insistir en el empleo de alguna determinada vía de comunicación, como pudiera ser la vía electrónica, sin tener que justificar su elección. Ahora bien, ese derecho estará sujeto a dos criterios de control: en primer lugar, la vía de comunicación escogida debe servir a los objetivos de la Ley Modelo (es decir, a los objetivos enunciados en el preámbulo de la Ley Modelo) y, en segundo lugar, esa vía de comunicación no debe suponer un obstáculo que dificulte el acceso de los interesados al proceso de adjudicación (debe satisfacer las “normas de accesibilidad” descritas en los anteriores párrafos **, que serán aplicables a toda vía seleccionada). A este respecto, se han insertado los párrafos 1) bis 1) ter y 3) a fin~~

~~de reforzar las salvaguardias enunciadas en el artículo 9 contra toda práctica discriminatoria o, de algún modo excluyente, en la que pudiera incurrir la entidad adjudicadora (A/CN.9/575, párr. 33). Todo incumplimiento de la obligación de la entidad adjudicadora de obrar en el convencimiento de que la vía empleada es conforme a las normas de accesibilidad, pudiera motivar un recurso presentado con arreglo al artículo 54, mientras que la información mínima consignada en el expediente que deberá llevarse de todo proceso de adjudicación, con arreglo al artículo 11, permitirá determinar si la entidad adjudicadora violó esas normas al seleccionar la vía de comunicación.~~

~~— 3 ter Los párrafos 1) bis y 3) tienen además por objeto denegar claramente a los proveedores y contratistas todo derecho a insistir en el empleo de alguna vía particular de comunicación con la entidad adjudicadora, no dando pie alguno para poder alegar ese derecho (A/CN.9/575, párr. 33).~~

~~— 3 quater Se ha insertado el texto del párrafo 1) ter para hacer posible la presentación de las ofertas por vía electrónica, práctica que está actualmente prohibida con arreglo al artículo 30 de la Ley Modelo (véase A/CN.9/568, párr. 32 y A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, párrs. 22 a 37).~~

3) ~~quinquens bis~~ Se ha insertado en el texto un nuevo párrafo 4) ~~quinquens 3)~~ a fin de señalar a los Estados promulgantes que:

a) Debería haber procedimientos y sistemas apropiados para determinar la autenticidad de las comunicaciones;

b) Los medios empleados para enviar y recibir comunicaciones deberían ser suficientes para asegurar que se preserve la integridad de los datos;

c) Se mantiene el carácter confidencial de la información presentada por los proveedores o relativa a ellos;

d) Los instrumentos o sistemas utilizados para enviar y recibir comunicaciones son plenamente compatibles (o intercambiables);

e) Los medios empleados para enviar y recibir comunicaciones deberían permitir determinar la fecha y, en su caso, el momento de recepción de los documentos. ~~siempre que~~ El momento de recepción es un factor ~~cumpla alguna función pertinente para la aplicación~~ de las reglas del proceso de contratación pública (a, por ejemplo, la presentación de solicitudes de participación y de ofertas/propuestas); y

f) Los medios utilizados para enviar y recibir comunicaciones deberían ser seguros, es decir, deberían garantizar que las ofertas y otros documentos importantes no pudieran ser vistos por la entidad adjudicadora ni por otras personas antes de ningún plazo, a fin de evitar que las entidades adjudicadoras comunicaran información sobre otras ofertas a proveedores favorecidos, y para evitar que los ofertantes concurrentes tuvieran acceso a las ofertas de sus competidores (~~seguridad~~) (A/AC.9/568, párr. 41).

3) ~~sexiens ter~~ Por lo que respecta a las comunicaciones electrónicas, los apartados a), b) y c) del párrafo anterior se regularán por la legislación general de comercio electrónico, y tal como se señala en el párrafo [remitir al párrafo correspondiente de la sección de orientación general] *supra*, los Estados promulgantes [podrán/deberán] estudiar el grado en que sus respectivas

legislaciones prevén controles adecuados de las comunicaciones que pueden generarse en el proceso de contratación pública y verán si se necesita una mayor reglamentación y si hay que hacer referencia a la necesidad de tales controles en sus reglamentaciones de contratación pública. Por ejemplo, ~~el derecho interno de un país donde se exige que los jefes de las entidades adjudicadoras antes de utilizar algún sistema de comercio electrónico, “deberían asegurarse de que el sistema utilizado [por la entidad adjudicadora] sus sistemas tuvieran la capacidad para garantizar la autenticación y la confidencialidad de forma proporcional al riesgo y a la magnitud del daño que pudiera causar una pérdida, un abuso o un acceso no autorizado o la modificación de la información”.~~

3) ~~quater septiens~~. Los apartados d), e) y f) requieren soluciones específicas para la contratación pública, que se deriven sobre todo de la presentación de ofertas por vía electrónica y que se regulan en los párrafos [hacer remisión a los párrafos pertinentes] *infra*.

3) quinquiens Los Estados promulgantes tal vez deseen permitir que las entidades adjudicadoras impongan un pago por cualquier sistema de propiedad (como programas informáticos) requerido para las comunicaciones en una determinada contratación pública, pero deberían velar por que las entidades adjudicadoras no pudiesen utilizar esta posibilidad para imponer pagos desproporcionados o para restringir el acceso a la contratación pública.

E. Validez jurídica de un contrato adjudicado por vía electrónica

6. Propuestas de revisión de la Guía para la incorporación al derecho interno en relación con el artículo 36 de la Ley Modelo

“Artículo 36. Aceptación de una oferta y entrada en vigor del contrato

1) bis Los artículos 27 y) y 38 u) de la Ley Modelo hacen referencia a un contrato “escrito”, y el artículo 36 2) a) y b) dispone que el pliego de condiciones puede requerir que el proveedor o el contratista cuya oferta haya sido aceptada, “firme un contrato escrito” [~~que podrá ser suscrito con una firma tradicional o con una firma electrónica~~]. [Los Estados promulgantes [podrán/deberán] que en sus respectivas legislaciones se reconozcan los contratos ejecutados por vía electrónica.]

a) Contratación electrónica

1) ter ~~La solución preconizada por la CNUDMI, enunciada en e~~El artículo 11 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico ~~no~~ tiene por objeto interferir en las normas generales de la concertación de contratos. Más bien, el propósito declarado es “promover el comercio internacional fomentando una mayor seguridad jurídica en la formación y celebración de contratos por medios electrónicos (aun cuando la oferta y aceptación sean generadas por ordenadores). El artículo no trata solamente de la formación del contrato, sino también de la forma en que cabría expresar la oferta y la aceptación de la misma. En ciertos países, [el texto de esta disposición] ... podría considerarse como la mera expresión de algo evidente, como que la oferta y la aceptación pueden ser comunicadas por cualquier medio, incluidos los mensajes de datos. No obstante, la disposición es necesaria debido a la incertidumbre que subsiste en numerosos países sobre la posibilidad de que un contrato puede

~~perfeccionarse válidamente por medios electrónicos. Esa incertidumbre dimana del hecho de que, en ciertos casos, los mensajes de datos, en los que se expresaban la oferta y la aceptación, podían ser generados por una terminal informática sin que hubiera una intervención humana inmediata, dando así lugar a dudas en cuanto a la expresión de voluntad de las partes. Otra razón de esa incertidumbre era inherente a la modalidad de comunicación y se debe a la ausencia de un documento consignado sobre papel.” El propio artículo dispone que no se negará validez o fuerza ejecutoria a un contrato por la sola razón de Según esas disposiciones, no se podrá denegar validez ni ejecutabilidad a un contrato por la mera razón de que ha sido celebrado por medio de comunicaciones electrónicas haberse utilizado en su formación un mensaje de datos [es decir, una comunicación electrónica].~~

b) Firmas electrónicas

~~1) quater Por razones prácticas, tal vez~~ Los Estados promulgantes [podrán/deberán] también prescribir la forma en que las partes firmarán o por lo demás autenticarán un contrato adjudicado que se haya celebrado electrónicamente, de conformidad con su legislación sobre comercio electrónico. Algunos Estados pueden prever requisitos para formas digitales u otras formas autenticadas de firmas electrónicas en el comercio electrónico que pueden aplicarse a la contratación pública siempre y cuando su utilización no restrinja el acceso a la contratación pública.

~~1) quinquens La solución propuesta por la CNUDMI puede verse formulada en e~~ El artículo 7 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública y la Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas² ~~En el comentario que hace la Guía acerca de ese artículo se indica que tiene por finalidad promover~~ promueven la confianza en las firmas electrónicas ~~para surtir el efecto jurídico de una firma manuscrita en todo supuesto en el que la firma electrónica~~ disponiendo que son funcionalmente equivalentes a las firmas manuscritas. Las propias disposiciones ~~regulan la cuestión de~~ establecen que una firma electrónica ~~de un documento a la luz del principio de la equivalencia funcional, al disponer que:~~ “[c]uando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos cumplirá el requisito legal para ser una “firma” si se utiliza de modo que, a la luz de todas las circunstancias ~~en las que se haya generado o comunicado el mensaje de datos, a la luz incluso de cualquier acuerdo pertinente del caso, incluido cualquier acuerdo aplicable, sea fiable y resulte igualmente apropiada.”~~

² El texto de la Ley Modelo figura en *Documentos Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/56/17)*, anexo II. La Ley Modelo y la Guía para su incorporación al derecho interno, que la acompaña, se publicaron como publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.02.V8 y pueden consultarse en formato electrónico en el sitio web de la CNUDMI (<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/ml-elecsig-s.pdf>).

F. Obligación de llevar un expediente del proceso de adjudicación

7. Texto de la Guía que aborda el artículo 11 de la Ley Modelo

“Artículo 11. Expediente del proceso de contratación

1) Uno de los medios más eficaces para favorecer la transparencia y el control efectivo de ese proceso es obligar a la entidad adjudicadora a llevar un expediente del proceso de adjudicación. El expediente debe recoger en forma resumida los datos principales del proceso de adjudicación, facilitando así el ejercicio por el proveedor o contratista agraviado de su derecho de recurso, lo que a su vez contribuye a que el régimen de la contratación pública disponga, en la medida de lo posible, de un mecanismo de autocontrol. Además, el imponer a la entidad adjudicadora la obligación de consignar en el expediente todo dato pertinente facilitará la labor de auditoría de los órganos de control y hará que la entidad adjudicadora se sienta más directamente responsable ante el público por el desembolso de fondos públicos.

1) bis El artículo 11 se ocupa, no obstante, de la accesibilidad y disponibilidad de la información consignada en el expediente y no señala requisito de forma alguno ni las condiciones que han de cumplirse para poder llevar el expediente en un formato determinado ~~forma electrónica (A/CN.9/575, párr. 45)~~. Ahora bien, las normas de accesibilidad, enunciadas en [el artículo 4 ~~bis o 5 bis ter~~], exigen, no obstante, que la entidad adjudicadora seleccione, para llevar el expediente, algún procedimiento de conservación o archivo de la información que la torne y mantenga accesible hasta que haya transcurrido el plazo de reconsideración del artículo 52 de la Ley Modelo, ~~aun cuando la tecnología utilizada siga avanzando, y que además no resulte discriminatorio~~. El Estado promulgante [podrá/deberá] también dictar algún reglamento que obligue a utilizar sistemas para conservar el expediente que sean plenamente compatibles entre sí (o mutuamente compatibles) y que permitan que toda comunicación intercambiada en el proceso de adjudicación pueda ser verificada, a fin de que se pueda establecer la rastreabilidad (identidad del expedidor y del receptor, así como la fecha y hora y la duración) de cada comunicación (y que sea reconstituible toda operación de procesamiento automático de los datos o de cálculo: ~~rastreabilidad de la operación~~). Además, el reglamento podrá determinar si deberá dejarse constancia de todo acceso obtenido al expediente del proceso o a la documentación del contrato, así como toda otra cuestión de protección de los datos que pueda surgir, a fin de velar por la integridad y seguridad de los datos, y por la confidencialidad de la información presentada y de las comunicaciones intercambiadas, lo cual puede verse tratado más en detalle en [se hará remisión al párrafo pertinente de la Guía.] La disposición del [párrafo 1 b) bis], que requiere de la entidad adjudicadora que registre el medio de comunicación elegido en el expediente del procedimiento de contratación, ha sido incluido en el texto a fin de posibilitar la decisión de la entidad adjudicadora y su cumplimiento de las “normas de accesibilidad” enunciadas en [los artículos 4 ter y 9] que podrán revisarse en el marco del artículo 52, si es necesario ~~comentario del anterior artículo 9.~~

G. Presentación por vía electrónica de las ofertas, propuestas o cotizaciones

8. Propuestas de revisión del texto del artículo 30 de la Ley Modelo

“Artículo 30. Presentación por vía electrónica de las ofertas

5) a) Toda oferta deberá presentarse en la forma que se especifique en el pliego de condiciones, con tal que la vía escogida por la entidad adjudicadora para la presentación de las ofertas cumpla con [las normas de accesibilidad enunciadas en] [el artículo 4 ter] por escrito, firmada y en sobre sellado o en cualquier otra forma que se especifique en el pliego de condiciones;

~~b) Sin perjuicio del derecho de los proveedores o contratistas de presentar una oferta en la forma referida en el apartado a), la oferta podrá también presentarse en cualquier otra forma que se especifique en el pliego de condiciones, con tal de que garantice el registro del contenido de la oferta y que ofrezca, cuando menos, un grado similar de autenticidad, seguridad y confidencialidad;~~

~~—e) b) La entidad adjudicadora dará, a los contratistas y proveedores que lo soliciten, un recibo en donde conste la fecha y la hora de la presentación de su oferta.~~

H. Apertura de ofertas presentadas por vía electrónica

9. Propuestas de revisión del texto del artículo 33 de la Ley Modelo

“Artículo 33. Apertura de las ofertas

4) Cuando el procedimiento de contratación pública se lleve a cabo por vía electrónica de conformidad con [insértense aquí las disposiciones que regulan las comunicaciones electrónicas, las subastas inversas y, en su caso, otros procedimientos plenamente automatizados], se considerará que se ha permitido a los proveedores o contratistas estar presentes en la apertura de las ofertas siempre que se les permita seguir la apertura de las ofertas [simultáneamente/instantáneamente/a través de medios electrónicos de comunicación utilizados por la entidad adjudicadora.]”

~~—5) —De haberse autorizado a los proveedores o contratistas a seguir el curso de la apertura de las ofertas por alguna vía electrónica de comunicación que esté siendo utilizada por la entidad adjudicadora de conformidad con lo previsto en el artículo 33 4), se entenderá que dichos concursantes fueron autorizados a asistir a la apertura de las ofertas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 2).~~

I. Publicación electrónica de información concerniente a la contratación pública

10. Propuestas de revisión del texto del artículo 5 de la Ley Modelo

“Artículo 5. Acceso del público a [los textos normativos] [información relacionada con la contratación]

Los textos de la presente Ley y el reglamento de la contratación pública, así como todas las decisiones y directrices administrativas de aplicación general referentes a contratos cuya adjudicación se rija por la presente Ley, ~~y todas las enmiendas de esos textos, así como todos los demás documentos y demás información que se hayan de publicar [o que se vengán publicando en virtud de la presente Ley]~~ y todas las resoluciones judiciales relativas a su aplicación serán puestos sin demora a disposición del público y sistemáticamente actualizados.

~~[2) Toda otra información que un Estado promulgante o una entidad adjudicadora decida publicar, por ejemplo, la relativa a todo contrato próximamente adjudicable, control interno o directriz interna, se pondrá sin demora a disposición del público [y se actualizará sistemáticamente].]~~

[posibles adiciones]

[[Todo Estado promulgante podrá optar por dar acceso al público información suplementaria sobre los controles internos, las orientaciones u otra información.]]

[Todos los demás documentos y demás información que, conforme a la presente Ley, deberán publicarse, se pondrán sin demora a disposición del público y serán sistemáticamente actualizados].

[Los reglamentos sobre contratación pública establecerán los medios con que se publicará la información en virtud de la presente Ley, así como la manera en que se publicará.]”