



Asamblea General

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

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

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

Nota de la Secretaría

Adición

En la presente adición se enuncia una propuesta para la siguiente sección, con sus subsecciones, de la Parte I (Observaciones generales) de un proyecto de revisión de la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública: II. Principales características de la Ley Modelo (“una ley ‘marco’ que se complementa con un reglamento de la contratación y que esté respaldada por una infraestructura adecuada”, “la contratación electrónica”, y “disposiciones sobre la participación internacional en procedimientos de contratación, y utilización de los sistemas de contratación para cumplir otros objetivos de la política gubernamental”).



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

Parte I. Observaciones generales

...

II. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA LEY MODELO

(*continuación*)

D. Una ley “marco” que se complemente con un reglamento de la contratación y que esté respaldada por una infraestructura adecuada

1. Marco legislativo

53. La Ley Modelo tiene por objeto enunciar todos los procedimientos y principios básicos para llevar a buen término un proceso de contratación en las diversas circunstancias en las que pueda encontrarse la entidad adjudicadora. No obstante, se trata de una ley “marco” que no enuncia por sí sola todas las reglas necesarias para aplicar esos procedimientos en la práctica.

54. En consecuencia, la Ley Modelo prevé que, como medida inicial, los Estados promulgantes adopten un reglamento de la contratación que complemente el marco legislativo del régimen de la contratación para pormenorizar los procedimientos de cada uno de los métodos autorizados por la Ley Modelo, y teniendo en cuenta las circunstancias peculiares y tal vez variables del Estado promulgante (tales como el valor real de los límites para la solicitud de cotizaciones, por ejemplo, y la adaptación a la evolución de los medios técnicos). Naturalmente, es preciso cuidar de que los reglamentos, que se deriven de la Ley Modelo, no pongan en peligro sus objetivos y procedimientos. En cuanto a las demás infraestructuras jurídicas, no solamente es posible que los procedimientos de contratación previstos en la Ley Modelo planteen problemas de procedimiento que traten de resolverse en los reglamentos de la contratación sino también que las soluciones de otras cuestiones jurídicas se hallen en otros campos del derecho (como en el derecho administrativo, el derecho de los contratos, el derecho penal y el derecho de procedimiento penal). Es posible que las entidades adjudicadoras tengan que tener en cuenta y aplicar la legislación sobre empleo e igualdad, requisitos ecológicos y quizás también otros criterios. Los Estados promulgantes incrementarán la eficacia de sus procedimientos velando por una amplia difusión de las numerosas disposiciones aplicables y por la comprensión de esas disposiciones y de su interacción con el régimen de la contratación.

2. Aplicación de las disposiciones legislativas

55. El marco legislativo para la contratación debería formar parte de un régimen coherente y cohesionado para la contratación. El segundo paso para respaldar la reforma jurídica es la adopción de medidas para dar eficacia y operatividad al sistema. En la práctica la utilización de notas de orientación y manuales y la elaboración de formularios normalizados y de documentos de muestra han resultado medidas eficaces. Organizaciones internacionales y regionales y otros órganos se ocupan de la reforma de la contratación y en sus respectivos sitios en Internet pueden encontrarse análisis sobre las prácticas óptimas y otras orientaciones.

56. En la sección que figura a continuación se describen la infraestructura institucional, administrativa y jurídica y la capacidad que se requiere para apoyar el marco legislativo con miras a lograr los objetivos globales del sistema de contratación y para que con él se cumplan los requisitos de la Convención contra la Corrupción, algunos de los cuales no se abordan de forma general o idónea en la legislación.

3. Estructuras institucionales y administrativas y recursos adecuados

57. En tercer lugar, la Ley Modelo parte del supuesto de que el Estado promulgante dispone ya de estructuras institucionales y administrativas adecuadas y del personal necesario para organizar y dirigir los métodos de contratación en ella previstos, y que, de no ser así, los introducirá. A nivel administrativo, la interacción entre una buena gestión de las finanzas públicas y la contratación (que es también una característica de la Convención contra la Corrupción) es una cuestión importante. Los requisitos o procedimientos de presupuestación pueden consultarse en diversas fuentes, y los Estados promulgantes tal vez desearán asegurarse de que las entidades adjudicadoras conozcan todas sus obligaciones pertinentes, como la de sí, antes de iniciar un procedimiento de contratación, debe haber una consignación presupuestaria, y la cuestión de si esas obligaciones son o no parte integrante del sistema de contratación en sí.

58. A nivel institucional, el Estado promulgante también puede estimar conveniente establecer un organismo de contratación pública u otra autoridad encargada de colaborar en la aplicación de las reglas, políticas y prácticas de contratación a las que se aplique la Ley Modelo. Entre las funciones de esa autoridad cabría mencionar las siguientes:

a) *Asegurar el cumplimiento eficaz de la legislación y las reglamentaciones sobre contratación.* Esta función puede comprender la adopción de reglamentos de contratación, el código de conducta requerido en virtud del artículo [25] de la Ley Modelo, el control de las normas legales y reglamentarias sobre contratación, la elaboración de recomendaciones para su mejora y la emisión de dictámenes para su interpretación.

b) *Racionalización y normalización de los trámites y prácticas de la contratación.* Esta función puede incluir la labor de coordinación de la contratación efectuada por las entidades adjudicadoras, y de preparación de documentos, especificaciones y, cuando proceda, de condiciones contractuales normalizadas. Esa función puede ser de especial utilidad cuando los Estados promulgantes traten de fomentar la participación de pequeñas y medianas empresas y de microempresas en el proceso de contratación, pues de este modo desaparecerá el factor disuasorio que

impide a esas empresas participar cuando se desconocen los procedimientos o cuando los procesos son inciertos o largos y complejos.

c) *Supervisar la contratación y el funcionamiento del régimen legal y reglamentario de la contratación desde la perspectiva más amplia de la política general del Estado.* Esta función puede incluir el examen de las repercusiones de la contratación en la economía nacional (como la vigilancia de la concentración en determinados mercados y de los factores que pueden poner en peligro la competencia), el análisis de los costos y beneficios de que se persigan objetivos socioeconómicos mediante la contratación, el asesoramiento sobre los efectos de una determinada contratación en los precios y otros factores económicos [, asegurándose de que una determinada contratación entre en el marco de los programas y políticas del gobierno].

d) *Prestar asistencia y asesoramiento a las entidades adjudicadoras y a los funcionarios encargados de la contratación.* Es posible que los funcionarios encargados de la contratación soliciten directrices para la redacción de documentos internos destinados a la entidad adjudicadora y para interpretar aspectos concretos de las leyes y reglamentaciones. Puede haber asesores jurídicos que ya asesoren al Gobierno o que lo hagan en el seno de una entidad adjudicadora, pero, en caso contrario, es posible que los funcionarios encargados de la contratación soliciten orientación sobre si las medidas que vayan a adoptar (por ejemplo, el recurso a otro método de contratación o a la convocatoria directa) son conformes a lo establecido en el marco legislativo.

e) *Capacitación de los funcionarios encargados de la contratación.* El organismo gubernamental u otra autoridad podría también encargarse de impartir capacitación a los funcionarios encargados de la contratación y a otros funcionarios responsables del funcionamiento del sistema de contratación. Esta función será particularmente importante i) cuando el Estado promulgante haya previsto en su legislación métodos de contratación que supongan un alto nivel de profesionalidad en el desempeño de la función de contratación, especialmente en los cargos más altos de las entidades adjudicadoras, que son los que adoptan decisiones de importancia clave. A nivel internacional existen diversos órganos que se especializan en la certificación y capacitación de funcionarios de contratación, sobre los cuales puede obtenerse información a través de los enlaces facilitados en el sitio de la CNUDMI en Internet: www.uncitral.org; y ii) cuando el Estado promulgante trate de fomentar la participación de las pequeñas y medianas empresas y de las microempresas en la contratación.

f) *Requisito de aprobación.* Puede encomendarse al organismo o a otra autoridad que dé su visto bueno a determinados contratos antes de iniciarse el proceso de contratación o antes de la adjudicación del contrato, cuando el Estado promulgante prevea esa función de aprobación (véanse además los párrafos 66 a 68 *infra*). En tal caso, el Estado promulgante puede plantearse una actuación flexible en lo que respecta a los límites para la remisión de casos (a fin de que los casos no se remitan innecesariamente y de que se remitan los casos pertinentes); la introducción de una función de orientación, en vez de la de aprobación (a fin de asegurar la rendición de cuentas en la adopción de decisiones y de no obstaculizar el desarrollo de capacidades); y la estructura apropiada del organismo y los recursos necesarios.

g) *Certificación*. En algunos casos, como en los contratos adjudicables de alto valor o complejos, el organismo podría estar facultado para examinar el proceso de contratación a fin de cerciorarse de su conformidad con la Ley Modelo y el reglamento de la contratación pública antes de que el contrato se adjudique o de que entre en vigor.

59. Cuando las entidades adjudicadoras sean autónomas de la estructura política o administrativa del Estado, tales como empresas comerciales de propiedad estatal, los Estados tal vez prefieran conferir la función de otorgar o denegar la aprobación a un órgano o autoridad que forme parte de la estructura orgánica o administrativa del Estado, a fin de que los intereses públicos que la Ley Modelo trata de promover sean debidamente respetados. Lo más importante es que, en lo que respecta a las funciones de aprobación, el organismo o la autoridad que se designe al efecto goce de la independencia necesaria de las personas o servicios que intervengan en el proceso de contratación para ejercer su función con imparcialidad y eficacia. Tal vez sea preferible que esas funciones sean encomendadas a un comité, y no a una única persona, a fin de que los poderes conferidos no den pie a abusos.

4. Supervisión y ejecución

60. Una cuestión conexas es la de la supervisión y ejecución de las distintas decisiones adoptadas sobre contratación. La función de supervisión será únicamente eficaz si es desempeñada por una entidad que sea independiente de quien adopte las decisiones, es decir, de la entidad adjudicadora (respecto del órgano que dé su aprobación, véanse las consideraciones de los párrafos 66 a 68 *infra*). En los casos en que la autoridad o el organismo de contratación pública están dotados de poderes decisorios, cabría encomendar la función de supervisión a un órgano nacional de auditoría.

61. En cuanto al modo de hacer cumplir las disposiciones de la legislación basada en la Ley Modelo, los Estados promulgantes observarán que el capítulo VIII de la Ley Modelo requiere una función independiente de reconsideración (administrativa o judicial). Los órganos de revisión administrativa no se considerarán independientes y experimentarán conflictos de interés potenciales o reales si forman parte del organismo o autoridad que puede prestar asistencia o asesoramiento a los funcionarios o a las entidades adjudicadoras encargados de la contratación o que ejerce poderes decisorios. Si bien en algunos sistemas esta función de revisión se ha encomendado a un órgano subsidiario adscrito a la autoridad u organismo de contratación pública con los poderes generales antes descritos, en general no se estima conveniente dar la impresión de que esa función de reconsideración está de hecho sujeta al control político del organismo o de la autoridad en sí. Por último, la función de asesoramiento quedará en entredicho si los encargados de la contratación son reacios a recurrir a ella por temor a las medidas de ejecución que puedan adoptarse a raíz de la información que faciliten al solicitar asesoramiento.

5. Estructura de las autoridades u organismos de contratación pública

62. La naturaleza de los organismos u otras autoridades que desempeñen funciones administrativas, de supervisión y de reconsideración en un determinado Estado promulgante, y las funciones concretas que desempeñen, dependerán, entre otras cosas, del régimen político, administrativo y jurídico de cada Estado, que varía mucho de un país a otro. El sistema de control administrativo de la contratación

pública deberá estructurarse teniendo presentes los objetivos de eficacia, buena economía y eficiencia. Los sistemas que llevan demasiado tiempo o que resultan onerosos o engorrosos para la entidad adjudicadora o para los demás participantes en el proceso de contratación serán contraproducentes. Además, el control excesivo de las decisiones de los encargados de la contratación pública entorpecerá en algunos casos su capacidad para obrar con eficacia. Los Estados promulgantes pueden considerar que la inversión en los sistemas que dotan a las entidades adjudicadoras de suficiente capacidad, y que proporcionan a esas entidades y a sus funcionarios una capacitación adecuada y de recursos suficientes, contribuirá a dar eficacia al funcionamiento del sistema y a mantener la proporcionalidad de los gastos de control administrativo.

63. El organismo o autoridad de contratación pública puede también tener vínculos con autoridades de reglamentación con experiencia en temas conexos, como las que se ocupan del tema de la competencia. Esas autoridades pueden vigilar las colusiones o las ofertas amañadas, así como la concentración en los mercados de la contratación pública. Los Estados promulgantes tal vez deseen también estudiar si sería más eficaz que la función de ejecución en cuestiones de competencia y de contratación fuera desempeñada por un único órgano o por órganos distintos.

64. Se ha observado también que existe el riesgo de que un organismo o autoridad de contratación pública abuse de sus poderes si no existen suficientes controles para asegurar que sus miembros sean lo bastante independientes de quienes adopten decisiones en el Gobierno y en las entidades adjudicadoras.

65. Cabe señalar que los Estados que promulguen el régimen de la Ley Modelo no se comprometen a adoptar ninguna estructura administrativa en particular ni a aumentar en modo alguno el gasto público.

6. Consideraciones específicas sobre el requisito optativo de aprobación previa para recurrir a procedimientos excepcionales

66. La Ley Modelo prevé una opción en virtud de la cual ciertas medidas y decisiones de la entidad adjudicadora, en particular las relativas a la utilización de determinados métodos de contratación y a la entrada en vigor del contrato adjudicado, pueden estar sujetas a la aprobación previa de alguna autoridad al margen de la autoridad adjudicadora. La ventaja de ese sistema de aprobación previa es que permite detectar errores y problemas antes de que se adopten determinadas medidas o decisiones definitivas, y que puede propiciar además la uniformidad del régimen nacional de la contratación pública.

67. En la Ley Modelo, el requisito de aprobación previa se presenta como opción, ya que no se aplica en todos los países y cada vez se recurre menos a él. Otra posibilidad consistiría en supervisar las prácticas de contratación principalmente mediante una auditoría al final del proceso. A este respecto, el requisito de aprobación externa puede resultar muy inapropiado en determinadas circunstancias, como en la licitación en dos etapas, dado que se han fijado condiciones precisas para recurrir a ese método de contratación (véase [remisión a la observación relativa al artículo pertinente]), y en algunos casos de contratación con un solo proveedor, como en las situaciones urgentes.

68. Si el Estado promulgante decide introducir un requisito de aprobación, designará el organismo u otro órgano u órganos que deberán dar las

correspondientes aprobaciones y definirá el alcance de sus competencias. La facultad de aprobar alguna medida o decisión puede encomendarse a un órgano o autoridad totalmente ajeno a la entidad adjudicadora (por ejemplo, al Ministerio de finanzas o de comercio o a la autoridad encargada de la contratación pública), o bien a un órgano supervisor de la entidad adjudicadora que goce de la independencia orgánica necesaria. (Véanse también las consideraciones hechas en el párrafo 59 *supra*, que también son pertinentes en este contexto.)

E. Contratación electrónica

1. Antecedentes

69. La contratación electrónica incluye, entre otras cosas, la presentación de las ofertas por vía electrónica y la utilización de nuevos métodos de contratación facilitados por Internet (subastas electrónicas inversas, catálogos electrónicos, y acuerdos marco electrónicos), la publicación en Internet de información relacionada con la contratación y el empleo de sistemas electrónicos durante todo el proceso de contratación (para la comunicación y el intercambio de información).

70. Los conceptos de “documento”, “comunicación escrita” y “prueba documental” se utilizan cada vez más para hacer referencia a todos los documentos (ya sean electrónicos o sobre papel) en los países en que la actuación gubernamental y el comercio por vía electrónica están muy extendidos; en cambio, en otros países se deduce que son sobre papel. En consecuencia, la Ley Modelo contiene actualmente disposiciones que aseguran que en la contratación podrán utilizarse todos los medios de comunicación y de transmisión y retención de información conforme a las leyes que se basen en ese texto.

71. Cuando la Comisión hizo pública la Ley Modelo revisada, las transferencias de información sin soporte de papel solían realizarse por Internet y sistemas conexos. No obstante, la Comisión tomó nota de la rápida evolución de las tecnologías y asumió que aparecerían nuevas tecnologías. Así pues, se entenderá que en la presente Guía el concepto de contratación electrónica se refiere a la utilización de comunicaciones electrónicas y a la presentación de las ofertas por vía electrónica, lo cual implica la transferencia de información por medios electrónicos o similares. Las cuestiones de política gubernamental serán generalmente aplicables a todas las nuevas tecnologías informáticas que puedan utilizarse para transferir información y documentos y para llevar a cabo procedimientos de contratación.

2. Ventajas de la contratación electrónica

72. Se han señalado ampliamente los beneficios que puede aportar la contratación electrónica al fomentar el cumplimiento de los objetivos de la Ley Modelo; concretamente puede incrementar la eficacia administrativa en cuanto a tiempo y costos (reducción de los gastos por los trámites administrativos sobre papel y del tiempo necesario para enviar la información sobre papel) y pueden normalizarse las adquisiciones repetidas. La utilización de las tecnologías de información para la publicación de los contratos próximamente adjudicables y de las reglas y los procedimientos de la contratación promueven la transparencia y el acceso al mercado, facilitando tanto la participación en el proceso de contratación como la competencia. Del mismo modo, la utilización de estas tecnologías para dar a los

proveedores la posibilidad de solicitar su participación y de participar en el procedimiento, de dar y recibir información y de presentar licitaciones y otras ofertas por vía electrónica no solo resulta administrativamente eficaz sino que además puede abrir el mercado a participantes situados a gran distancia que, de otro modo, tal vez no tendrían acceso a la contratación. Los procesos automatizados no solamente son administrativamente eficaces al promover la uniformidad y la normalización sino que además los sistemas electrónicos prevén nuevas medidas para fomentar la integridad al reducir la interacción humana en el ciclo de la contratación y los contactos personales entre los funcionarios encargados de la contratación y los proveedores que pudieran dar pie a sobornos.

73. Si bien esos beneficios pueden ser considerables, los Estados promulgantes tal vez deseen asegurarse de que la contratación electrónica se lleva a cabo de un modo que no obstaculice el acceso al mercado por parte de los proveedores en general o de determinados proveedores, como las pequeñas y medianas empresas y las microempresas. Las salvaguardias que prevé la Ley Modelo se analizan en particular en los párrafos [85 a 90] *infra*. (Los problemas relativos a la participación de las pequeñas y medianas empresas y de las microempresas en general se analizan en [agréguese la remisión apropiada].)

3. Enfoque de la contratación electrónica en la Ley Modelo

74. El enfoque general de la introducción de la contratación electrónica en la Ley Modelo se basa en tres principios fundamentales. En primer lugar, dadas las ventajas que puede tener la contratación electrónica, la Ley Modelo debería fomentar su uso, en los casos apropiados y en la medida de lo posible; en segundo lugar, dada la celeridad del avance tecnológico y los distintos grados en que esos adelantos se despliegan en los Estados, el texto debería ser neutral desde el punto de vista de los medios técnicos (es decir, no recomendando ninguna tecnología concreta pero describiendo las funciones de las tecnologías disponibles); y, en tercer lugar, debería darse una orientación suplementaria y más detallada a los Estados promulgantes para ayudarlos a introducir y a aplicar la contratación electrónica.

75. Las consideraciones de política gubernamental que se derivan de aspectos concretos de la contratación electrónica se analizan en las observaciones artículo por artículo (véase [remisión a la observación relativa al artículo pertinente]). En las orientaciones dadas en la presente sección se examinan los posibles obstáculos jurídicos y de otra índole que pueden plantearse en la contratación electrónica. En las secciones que figuran a continuación se analizan las salvaguardias que son necesarias para evitar que se recurra a la contratación electrónica para poner en peligro los objetivos de la Ley Modelo.

76. Respecto de los posibles obstáculos jurídicos que pueden plantearse en la contratación electrónica, los Estados pueden recurrir a ella si disponen de la infraestructura necesaria de comercio electrónico y de otros recursos, lo cual incluye la existencia de medidas que garanticen el respeto de la seguridad electrónica, y si disponen de una ley aplicable adecuada que permita y regule el comercio electrónico. Es posible que las normas jurídicas generales de un Estado (y no su legislación sobre contratación) apoyen adecuadamente el recurso a la contratación electrónica, o que no lo apoyen. Por ejemplo, las leyes que regulan la utilización de comunicaciones escritas y firmas, la conceptualización legal de lo que constituye un documento original y la determinación de las pruebas que son admisibles ante un

tribunal pueden ser inadecuadas para recurrir a la contratación electrónica con suficiente seguridad. Si bien esos problemas tal vez no reduzcan el deseo de recurrir a la contratación electrónica, su resultado puede ser imprevisible y los resultados comerciales no serán óptimos.

77. Al abordar esta cuestión se plantea inicialmente la determinación de si la reglamentación general de la contratación electrónica, o la autorización para recurrir a ella, debe regularse en la legislación sobre la contratación o en el derecho administrativo general del Estado promulgante. Como se señaló en la sección [II D] *supra*, la Ley Modelo no es un protocolo completo para la contratación; la planificación de la planificación, la administración del contrato y la infraestructura general de apoyo de la contratación se abordan en otros instrumentos. Aun cuando la Ley Modelo previera un reconocimiento general de los documentos electrónicos y de las comunicaciones electrónicas, no abarcaría todos los documentos ni todos los intercambios de información y comunicaciones durante todo el ciclo de la contratación, y pueden surgir conflictos con otros textos jurídicos que regulan el comercio electrónico. Por consiguiente, la solución adoptada en la Ley Modelo consiste en aplicar las leyes de los Estados promulgantes, inclusive la legislación sobre comercio electrónico que permita la contratación electrónica adaptándolas, si es necesario, a las necesidades específicas de la contratación. Por consiguiente, los Estados promulgantes deberán estudiar ante todo si su legislación general sobre comercio electrónico permite realizar contratación electrónica en su país.

78. Con ese fin, los Estados promulgantes tal vez deseen adaptar el conjunto de textos sobre comercio electrónico que ha adoptado la CNUDMI: La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico (1996), la Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas (2001), y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (2005)¹. Esos textos prevén un reconocimiento general del comercio electrónico y de las firmas electrónicas y el Estado que los promulgue cumplirá los requisitos jurídicos generales para recurrir a la contratación electrónica. Estos textos se basan en lo que se ha denominado un “enfoque funcional equivalente” del comercio electrónico en el que se analizan las funciones y finalidades de los requisitos tradicionales aplicables a los documentos y procedimientos sobre papel y que cumple esos requisitos utilizando tecnologías informáticas. Este enfoque también se ha seguido en las aplicaciones del comercio electrónico en la Ley Modelo relacionadas con la contratación.

79. Dado que el enfoque es funcional, engloba el concepto de neutralidad respecto de los medios tecnológicos y evita la imposición de normas más estrictas para la contratación electrónica que las que tradicionalmente se habían aplicado a la contratación sobre papel. Es importante señalar que la imposición de normas más estrictas restará incentivos a la utilización de la contratación electrónica y puede incrementar su costo, con lo cual sus beneficios potenciales pueden acabar siendo nulos. Además, pueden producirse riesgos de parálisis del sistema si durante un tiempo no se dispone de alguna tecnología imprescindible. Otro motivo por el que se sigue criterio de la neutralidad respecto de los medios tecnológicos es para evitar las consecuencias de una tendencia natural a reglamentar excesivamente las nuevas

¹ Disponibles en el sitio http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce.html (consultado en enero de 2011).

técnicas o los nuevos instrumentos de contratación o a seguir un enfoque prescriptivo, lo que reflejaría una falta de experiencia y de confianza en las nuevas tecnologías que dificultaría su adopción más de lo necesario.

80. Otra consecuencia de este enfoque es que en la Ley Modelo no se ha incluido ninguna definición de los conceptos “electrónico”, “firma”, “escrito”, “medios de comunicación” y “mensajes electrónicos de datos”. Las definiciones de los principales términos y conceptos necesarios para realizar eficazmente operaciones de comercio electrónico ya figuran en los textos de la CNUDMI sobre comercio electrónico antes mencionados. [Por ejemplo, en el artículo 2 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico se define el “mensaje de datos” como “información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.] Por otra parte, la Ley Modelo ya no contiene referencias ni requisitos de forma que presupongan comunicaciones y operaciones sobre papel.

81. La propia Ley Modelo aborda cuestiones específicas de la contratación que no se regulan en la legislación general sobre el comercio electrónico, tales como la necesidad de precisar el momento exacto de la recepción de ofertas electrónicas, y la importancia de prevenir el acceso a su contenido antes de que se proceda a la apertura según el calendario previsto [agregar remisión a las observaciones sobre el artículo pertinente].

4. Consideraciones prácticas

82. Los obstáculos para la utilización de la contratación electrónica pueden ser logísticos o tecnológicos. Si bien muchos gobiernos han pasado a realizar algunas de sus operaciones por vía informática, no cabe presumir siempre la existencia de un acceso fiable a Internet. Puede haber deficiencias de infraestructuras y es posible que las tecnologías pertinentes no estén disponibles en todas partes, particularmente si la difusión o utilización de las nuevas tecnologías y de sus infraestructuras de apoyo no es suficientemente amplia o si están fuera del alcance de las pequeñas y medianas empresas y de las microempresas.

83. Una cuestión conexas es la de la utilización de los sistemas de tecnología de información con datos sobre la propiedad y de los programas informáticos especiales para la contratación. El acceso al mercado se fomenta si las entidades adjudicadoras facilitan gratuitamente esos sistemas a todos los posibles proveedores, aunque las consideraciones prácticas y comerciales puedan indicar lo contrario. Las entidades adjudicadoras pueden estar sujetas a notables presiones para amortizar o recortar los gastos de inversión en los sistemas de datos de propiedad y pueden conceder contratos externos a terceros para la gestión de los sistemas de contratación electrónica, que pueden pasar a poseer toda la propiedad intelectual en sus sistemas o crear un potencial de conflictos de interés.

84. Por consiguiente, la Ley Modelo no requiere a las entidades adjudicadoras que faciliten gratuitamente todos los programas informáticos y requisitos técnicos, pero se recomienda encarecidamente que no se cobre por ese concepto. Si es necesario cobrar algún importe, las entidades adjudicadoras no deberían exigir cantidades desproporcionadas ni utilizar los sistemas de datos de propiedad o los cobros para restringir el acceso a la contratación. También por estas razones los Estados

promulgantes tal vez deseen recurrir a los sistemas de programas informáticos abiertos o de acceso libre. Es importante que los sistemas se armonicen fácilmente con los sistemas que utilicen sus posibles socios comerciales, que no impliquen tasas de licencia para múltiples usuarios y que sean fácilmente adaptables a los idiomas de los países o al uso de múltiples idiomas. Las consideraciones sobre compatibilidad pueden revestir especial importancia en el contexto más amplio de las reformas de la gestión pública que impliquen la integración de sistemas internos de información de distintos organismos gubernamentales, y también para prevenir el uso de sistemas de contratación electrónica que restrinjan la participación internacional de proveedores en la contratación. Algunos sistemas de contratación electrónica exigen de los posibles usuarios, es decir, de los proveedores, que, para ser autorizados a utilizar el sistema, faciliten información interna. Si bien deben tenerse en cuenta las consideraciones de seguridad y autenticidad, se alienta a los Estados promulgantes a que se aseguren de que sus sistemas no impongan restricciones innecesarias que obstaculicen el acceso al mercado. (Véase también la sección [II.F] *infra*.) El acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) [remitir a la versión pertinente] exige que los sistemas de contratación electrónica estén generalmente disponibles y sean compatibles con otros sistemas ampliamente utilizados en el Estado pertinente. Los Estados promulgantes tal vez deseen cerciorarse de que cumplen a este respecto con lo dispuesto en esos acuerdos y en cualquier acuerdo comercial regional aplicable, muchos de los cuales imponen requisitos similares.

5. Salvaguardias para fomentar la utilización de la contratación electrónica

85. La adopción de sistemas de contratación electrónica requiere confianza pública en la seguridad del sistema informático que vaya a emplearse. Esa confianza pública requiere a su vez la autenticación adecuada de los proveedores, tecnología suficientemente fiable, sistemas que no pongan en peligro las licitaciones u otras ofertas, y medidas de seguridad suficientes para garantizar la confidencialidad de la información facilitada por los proveedores, evitando que los competidores tengan acceso a ella o que sea utilizada de forma inapropiada. Cuando sean terceros los que se encarguen de la gestión del sistema, es importante que esas características sean visibles. Como mínimo, el sistema debe verificar la información que se ha transmitido o proporcionado, quién la ha comunicado, a quién y cuándo (inclusive la duración de la comunicación), y debe poder reconstituir la secuencia de los hechos. El sistema debería garantizar la protección adecuada frente a toda medida no autorizada con la que se pretenda alterar el funcionamiento normal del proceso de contratación pública. Se incrementará la transparencia, que fomentará la confianza, cuando se divulguen, o al menos se hagan constar en el pliego de condiciones, las medidas de protección que puedan afectar a los derechos y obligaciones de las entidades adjudicadoras y de los posibles proveedores.

86. Como ya se ha señalado, para cumplir los requisitos de la contratación electrónica es necesario aplicar a las salvaguardias los principios de la equivalencia funcional y de la neutralidad respecto de los medios técnicos. Por ejemplo, las salvaguardias específicas para las comunicaciones electrónicas o la confidencialidad respecto de las licitaciones u otras ofertas incrementarían ciertamente más los niveles de seguridad y contribuirían más a preservar la integridad de los datos que las salvaguardias aplicables a las comunicaciones sobre papel (debido a que apenas existen normas de esa índole aplicables a las comunicaciones sobre papel),

eludiéndose además los riesgos que las comunicaciones sobre papel siempre han entrañado.

87. La primera de las salvaguardias consiste en asegurar la autenticación de las comunicaciones, es decir, en cerciorarse de que provienen efectivamente del proveedor o contratista que las haya presentado, lo cual puede lograrse mediante tecnología de firmas electrónicas y sistemas que tengan en cuenta las responsabilidades en cuestiones de autenticación. Las reglas pertinentes pueden ser específicas para un sistema de contratación o pueden figurar en la legislación general del Estado sobre los sistemas electrónicos. El concepto de neutralidad respecto de los medios técnicos significa en la práctica que los sistemas de contratación no deberían limitarse automáticamente a una tecnología concreta de firmas electrónicas [(como las firmas electrónicas avanzadas que se basan en la criptografía y en una infraestructura de clave pública, aun cuando constituyan la tecnología más destacada del momento)]². Algunos sistemas de firmas electrónicas se basan en un requisito de certificación nacional. En consecuencia, y a fin de evitar que los sistemas de contratación electrónica se utilicen para restringir el acceso a la contratación, el sistema debería asegurar el reconocimiento de los certificados extranjeros y de los requisitos de seguridad relacionados con las firmas electrónicas, haciendo caso omiso del lugar de origen de las firmas. A este respecto será necesario que los Estados promulgantes examinen qué comunicaciones, como licitaciones u otras ofertas, requieren una plena autenticación y qué otros mecanismos de fomento de la confianza entre la entidad adjudicadora y los proveedores pueden ser suficientes para otras comunicaciones. Este enfoque no es novedoso; la Ley Modelo de 1994 aplicaba distintos requisitos a comunicaciones de mayor o menor importancia en el proceso de contratación, al igual que la Ley Modelo revisada (véase el artículo [7]).

88. Otro de los requisitos es el de la integridad, destinado a proteger la información de toda alteración, adición o manipulación o, al menos, a conseguir que pueda descubrirse e investigarse cualquier alteración, adición o manipulación que se produzca. Una cuestión conexas es la de la “seguridad”, en el sentido de que los documentos sujetos a condiciones temporales, como las ofertas, no pueden ser accesibles hasta el momento de su apertura según el calendario previsto.

89. Estas cuestiones se tratan con más detalle en [remisión a la orientación sobre el artículo [39]] *infra*, donde se les otorga la máxima importancia.

90. El auge de la contratación electrónica ha ido acompañado de la introducción de nuevos métodos de contratación y de la revisión de los métodos existentes a fin de sacar provecho de las nuevas tecnologías. Entre los nuevos métodos figuran las subastas electrónicas inversas y los catálogos electrónicos, y las técnicas más tradicionales, como los acuerdos marco, pueden modernizarse para permitir las presentaciones electrónicas, concretamente en la segunda etapa del procedimiento; esas técnicas pueden permitir efectuar adquisiciones en cuestión de horas, y no de semanas o meses. La Ley Modelo pretende, aquí también, facilitar esas técnicas, cuando proceda, y a reserva de las salvaguardias apropiadas (véase [remisión al comentario sobre los capítulos VI y VII] *infra*).

² El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si esa referencia es útil habida cuenta del carácter destacado de esa tecnología.

6. La contratación electrónica como cuestión de sistema

91. Algunos de los beneficios económicos más importantes de la contratación electrónica se derivan de su aplicación al sistema de contratación en su conjunto; la introducción de uniformidad en el sistema de contratación mediante tecnologías informáticas puede incrementar las capacidades de vigilancia, supervisión y evaluación, particularmente donde los sistemas de contratación estén integrados en sistemas de planificación, presupuestarios y de administración del contrato y de los pagos (los cuales pueden incluir a su vez la facturación y el pago por medios electrónicos). La introducción de la contratación electrónica brinda la oportunidad de reformar la totalidad del sistema de contratación con este fin; si las comunicaciones sobre papel se sustituyen simplemente por correos electrónicos y comunicaciones basadas en Internet y por el anuncio en Internet de los contratos próximamente adjudicables, los beneficios de la contratación electrónica no serán tan importantes. Sin una reforma del sistema se corre el riesgo de que cualquier deficiencia que exista en un sistema tradicional de contratación se traslade al nuevo sistema digital, con lo cual no se abordarán debidamente los riesgos derivados de la contratación electrónica.

92. Esta revisión de la totalidad del sistema de contratación supone una notable inversión y, al mismo tiempo, los sistemas electrónicos implicarán nuevos procesos de gestión. Según se ha observado, la mayoría de los sistemas de contratación electrónica que se han introducido han tardado muchos años en reportar los beneficios esperados, y la ejecución que ha resultado más eficaz ha sido muchas veces la que se ha realizado por etapas, lo cual puede contribuir también a amortizar los costos de las inversiones. Los sistemas concebidos para ser autofinanciados exigiendo el cobro de una suma a los proveedores y contratando a terceros para realizar ciertas funciones pueden resultar administrativamente eficientes, pero también pueden entrañar riesgos; los comentaristas han observado una disminución de la participación y de la competencia cuando los proveedores debían abonar una cantidad, y también la posibilidad de que surjan conflictos de interés institucionales. Estos riesgos aumentarán si la explotación del sistema se encomienda a terceros mediante una contratación externa simplemente para introducirlo rápidamente y de forma relativamente económica. En otras palabras, convendría estudiar cuidadosamente los costos y beneficios de los sistemas autofinanciados y de la contratación externa de la explotación del sistema.

F. Disposiciones relativas a la participación internacional en procedimientos de contratación, y la utilización de los sistemas de contratación para lograr otros objetivos de política gubernamental

1. Antecedentes

93. Conforme al mandato de la CNUDMI de promover el comercio internacional y a los objetivos de la Ley Modelo de incrementar al máximo la participación y la competencia a fin de obtener una mayor contrapartida por los fondos públicos, la Ley Modelo dispone que se ha de permitir que participen en el proceso de contratación proveedores y contratistas de cualquier nacionalidad, a menos que los reglamentos de la contratación u otras normas de derecho del Estado promulgante permitan excepcionalmente actuar de otro modo (artículo [8 1]). Con ello se trata

de promover la transparencia de la contratación y evitar que se restrinja excesiva o arbitrariamente la participación extranjera, y esa regla podrá ser aplicada en diversos procedimientos destinados, por ejemplo, a que la convocatoria a licitación y a precalificación sean publicadas de modo que lleguen debidamente al conocimiento de la comunidad internacional de proveedores y contratistas y sean comprendidas por ella. Además, esas convocatorias son apoyadas por el artículo [9 6]), que dispone que, a reserva del artículo [8], “la entidad adjudicadora no establecerá criterio, requisito ni procedimiento alguno para determinar la idoneidad de los proveedores o contratistas que entrañe alguna discriminación frente a un proveedor o contratista, o frente a alguna categoría de ellos, o que no sea objetivamente justificable”, y por las reglas sobre la descripción del objeto de la contratación, que disponen que, a reserva del artículo [8], no se utilizará descripción alguna del objeto del contrato adjudicable que pueda suponer un obstáculo para la participación de proveedores o contratistas en el proceso de adjudicación o una limitación de su acceso a dicho proceso, evitándose en particular todo obstáculo basado en la nacionalidad (artículo [10 2])).

2. Limitación directa de la participación internacional

94. La Ley Modelo permite a los Estados promulgantes prever legalmente una contratación limitada a proveedores nacionales, como medida excepcional, permitiendo a la entidad adjudicadora, en virtud del artículo [8 1)] declarar que en un procedimiento de contratación se excluirán proveedores o contratistas por razón de su nacionalidad. No obstante, la autoridad adjudicadora únicamente puede limitar la participación internacional en la medida en que lo permitan otras leyes (inclusive las obligaciones impuestas por tratados) o los reglamentos de la contratación. La finalidad de esta restricción es asegurar que la entidad adjudicadora no pueda discriminar a su antojo a determinados proveedores o a determinadas categorías de proveedores.

95. Este último punto queda reforzado por las disposiciones que prohíben expresamente la discriminación por medio de los requisitos relativos a los criterios de calificación, examen o evaluación enunciados en los artículos [9], [10] y [11] de la Ley Modelo, respectivamente.

96. Este enfoque, junto con las disposiciones del artículo [3] sobre la primacía de las obligaciones internacionales del Estado promulgante, permite a la Ley Modelo tener en cuenta los casos en que los fondos utilizados para la contratación provengan de un acuerdo bilateral condicionado por la asistencia. Ese acuerdo puede requerir que la contratación beneficie a los proveedores o contratistas del país donante. Del mismo modo, pueden reconocerse restricciones basadas en la nacionalidad que se deriven, por ejemplo, de agrupaciones de integración económica regional que otorguen el trato nacional a proveedores y contratistas de otros Estados miembros de tal agrupación, así como restricciones derivadas de sanciones impuestas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

3. Limitación indirecta de la participación internacional

97. En el análisis anterior se hace referencia a las medidas excepcionales explícitamente encaminadas a limitar la participación extranjera. Pero cabe adoptar medidas que propicien indirectamente el mismo resultado como, por ejemplo, fijando normas mínimas para la calificación o en la forma de describir el objeto del contrato adjudicable y de definir los criterios de evaluación (en los artículos [9, 10 y 11]).

98. Tal como se explica en el comentario sobre los artículos [9, 10 y 11], la entidad adjudicadora puede fijar normas mínimas para la calificación de los proveedores y la conformidad de las ofertas y puede establecer criterios de evaluación que no guarden relación con el objeto de la contratación, a fin de promover políticas gubernamentales (por ejemplo, ecológicas, industriales o sociales). En las normas mínimas podrían reafirmarse los requisitos jurídicos vigentes en el Estado promulgante (tales como los sueldos mínimos para los empleados), o bien esas normas o esos criterios de evaluación podrían fijar límites superiores a las normas legales, o dar preferencia a las ofertas que superaran esas normas, con miras a promover una determinada política mediante la contratación (por ejemplo, criterios ecológicos más estrictos). Las políticas que prevean normas más exigentes que en otros Estados desalentarán la participación internacional. Con otras políticas puede intentarse promover el desarrollo de la capacidad nacional, concretamente apoyando a las pequeñas y medianas empresas y a las microempresas, favoreciendo a determinados sectores comerciales que hayan estado siempre en situación de desventaja, y promoviendo la participación comunitaria en la contratación. Los gobiernos pueden tratar también de adjudicar determinados contratos por razones estratégicas. Todas esas medidas pueden formar parte de un enfoque explícito de una contratación sostenible o condicionada por criterios ecológicos. Esas condiciones son flexibles, pero en general tratan de lograr que se tengan en cuenta las repercusiones ecológicas, sociales y de desarrollo que puede tener una contratación [remisión a la sección relativa a la contratación sostenible].

99. El artículo [11] permite a la entidad adjudicadora recurrir a la técnica del “margen de preferencia” en favor de los proveedores y contratistas nacionales. Con esa técnica, la Ley Modelo ofrece al Estado promulgante un mecanismo para equilibrar el objetivo de una mayor participación internacional en la contratación con el fomento de la capacidad nacional, sin tener que recurrir a una contratación puramente interna. El margen de preferencia permite a la entidad adjudicadora seleccionar como ganadora una oferta de un contratista nacional cuando la diferencia en el precio (o el precio combinado con la calificación de la calidad) entre esa oferta y la oferta con el precio más bajo o la más ventajosa sea inferior a ese margen de preferencia. Ello permite que la entidad adjudicadora favorezca a los proveedores y contratistas nacionales que sean capaces de acercarse a los precios competitivos internacionales, sin que con ello se excluya la competencia extranjera.

4. La utilización de la contratación para promover políticas y objetivos gubernamentales

100. Un sistema basado en la Ley Modelo permite hacer excepciones a procedimientos que serían considerados los más aptos para garantizar una asignación óptima de los recursos y la máxima contrapartida en valor, a fin de

perseguir otros objetivos gubernamentales, en particular el desarrollo y el fomento de la capacidad nacional³.

101. La Ley Modelo no limita los tipos de políticas u objetivos que los Estados promulgantes puedan promover mediante la contratación, pero sí prevé estrictos requisitos de transparencia para que todos los participantes en el proceso tengan claro el modo en que se aplicarán las políticas. En las disposiciones legales o reglamentaciones de los Estados promulgantes deben enunciarse las políticas pertinentes. Como ejemplos de políticas observadas en la práctica cabe destacar las encaminadas a proteger la balanza de pagos y las reservas de divisas de un Estado, autorizar los acuerdos de comercio compensatorio ofrecidos por los proveedores o contratistas, la regulación de la proporción de contenido nacional desde el punto de vista de la fabricación y de la mano de obra y los materiales, las perspectivas de desarrollo económico, de inversiones nacionales o de otras actividades comerciales que brinden las ofertas, el fomento del empleo, la reserva de una determinada parte de la producción para los proveedores nacionales, la transferencia de tecnología y el desarrollo de los conocimientos especializados de gestión, científicos y operativos, la promoción del desarrollo de un sector industrial específico, el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas y de las microempresas, las empresas minoritarias, las pequeñas organizaciones sociales, los grupos desfavorecidos, las personas con discapacidades, el desarrollo regional y local, las mejoras ecológicas y los progresos en los derechos de la mujer, de los jóvenes y de las personas de edad, así como de los grupos indígenas y tradicionales.

102. El enfoque de la Ley Modelo está encaminado a asegurar que los costos de las políticas pertinentes puedan calcularse comparándolos con valores de referencia y a que haya un equilibrio entre costos y ulteriores beneficios. Entre las consideraciones comunes en lo que respecta a las repercusiones de esas políticas en los objetivos de la Ley Modelo enunciados en el Preámbulo figuran las de que, en la medida en que restringen la competencia, pueden tener un efecto inflacionista en el precio final que deba pagarse y, por tanto, en la contrapartida del dinero gastado; además, los gastos de supervisión del cumplimiento de las políticas gubernamentales pueden incrementar los costos administrativos u operativos, lo cual puede tener una repercusión negativa en la eficiencia. Por otra parte, algunas de esas políticas pueden abrir el mercado de la contratación a sectores que tradicionalmente han estado excluidos de la adjudicación de contratos (como las pequeñas y medianas empresas y las microempresas) y pueden incrementar la participación y la competencia, aunque tal vez a largo plazo esos beneficios disminuyan si los proveedores optan por permanecer a un nivel similar al de una pequeña o mediana empresa o de una microempresa.

103. Los Estados promulgantes tal vez deseen estudiar los hechos registrados en los Estados que han seguido esas políticas. Por ejemplo, en períodos relativamente breves, a raíz de la aplicación de tales políticas o como consecuencia de ellas es posible que los proveedores o contratistas de sectores apoyados de la economía alcancen un nivel de desarrollo tal que les permita competir libremente en el

³ El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si en la Guía deberían tratarse esas políticas únicamente cuando se adoptaran para fomentar la capacidad nacional o si también convendría tener en cuenta las consideraciones políticas (que son igualmente válidas en opinión de algunos Estados).

mercado. Ahora bien, el aislamiento total respecto de la competencia extranjera durante un largo período o más allá del momento a partir del cual los proveedores puedan competir libremente puede frustrar el desarrollo de la capacidad que esas políticas pretenden fomentar. Por razones similares, las políticas de preferencias (como la de utilización de criterios de evaluación para dar preferencia a un determinado grupo) tienden a tener resultados más positivos que las políticas como las consistentes en exigir la subcontratación de un determinado grupo. Los Estados promulgantes tal vez deseen asegurar que la realización de políticas gubernamentales mediante la contratación sea eficaz para lograr los objetivos de esas políticas y sea eficiente. Al mismo tiempo, los Estados promulgantes deberían estudiar variantes viables, como prestar asistencia técnica a un determinado sector, simplificar los procedimientos y los trámites burocráticos, garantizar recursos financieros suficientes a todos los sectores de la economía, requerir a las entidades adjudicadoras que paguen con regularidad y puntualmente a los proveedores, y prestar algún otro tipo de apoyo concreto.

5. Contratación sostenible

104. [Para incluir en el texto una sección sobre este tema serán necesarias más investigaciones y colaboraciones.]

6. Obligaciones internacionales

105. La Ley Modelo no es un texto internacional, entendido como un acuerdo internacional negociado, y ello facilita su enfoque flexible. Los Estados promulgantes pueden ser signatarios de acuerdos internacionales en que se regulen cuestiones de contratación (inclusive la Convención contra la Corrupción y el ACP [mencionense las versiones pertinentes], así como los acuerdos comerciales regionales), lo que puede limitar la posibilidad de llevar a cabo políticas gubernamentales, del tipo antes descrito, a través del sistema de contratación.

106. La realización de determinadas políticas gubernamentales en el marco de la Ley Modelo puede ir en contra de acuerdos internacionales (como el ACP y los acuerdos comerciales regionales), que suelen requerir el “trato nacional”, es decir, que los proveedores de todos los países signatarios no recibirán un trato menos favorable que los proveedores nacionales. [Las compensaciones o medidas para fomentar el desarrollo nacional o mejorar la balanza de pagos requiriendo un determinado porcentaje de contenido nacional y mediante la concesión de licencias de tecnología, los requisitos de inversión y los requisitos de comercio compensatorio o afines, están explícitamente prohibidas en el ACP. No obstante, los países en desarrollo, en el momento de su adhesión, pueden negociar las compensaciones como criterios de calificación, aunque esas medidas no pueden utilizarse como criterios de evaluación o adjudicación]. Por consiguiente, los Estados promulgantes tal vez deseen estudiar el alcance de sus obligaciones internacionales al aplicar las disposiciones que permitan una restricción directa o indirecta de la participación internacional en sus procedimientos de contratación [y, cuando su legislación sobre contratación se haya basado o vaya a basarse en la Ley Modelo, tal vez deberán estudiar sus disposiciones nacionales al negociar obligaciones internacionales]. Las disposiciones de muchos acuerdos comerciales implican que algunas de las opciones previstas en la Ley Modelo que puedan

suponer una restricción de la participación internacional, aunque no todas, serán aplicables por los Estados promulgantes.

7. Exenciones de la obligación de publicación internacional de convocatorias y de anuncios de contratación

107. Las reglamentaciones de contratación pueden eximir a las entidades adjudicadoras de la obligación de publicar una invitación inicial a participar en una contratación de escaso valor en un diario de amplia difusión internacional y en un idioma comúnmente empleado en el comercio internacional, cuando la entidad adjudicadora considere improbable que el bajo valor del contrato adjudicable suscite interés más allá de sus fronteras [artículo 32 4)]. Conviene señalar que, por sí solo, el bajo valor de una contratación no justifica que se excluya la participación de proveedores internacionales en la contratación (a diferencia de lo que ocurre con otras razones que permiten una contratación a nivel nacional conforme al artículo [8]), o sea que los proveedores internacionales deben poder decidir si participan o no; por ejemplo, respondiendo a un anuncio de ámbito nacional.

108. A este respecto, no debería interpretarse que el concepto de contratación de escaso valor confiere a los Estados promulgantes una flexibilidad total para fijar el límite apropiado a un nivel suficientemente alto para que la mayor parte de su contratación no deba publicarse internacionalmente. No es posible que la Ley Modelo fije un único límite que sea apropiado para todos los Estados promulgantes. No obstante, el Estado promulgante, al fijar el límite o los límites adecuados, tal vez desee tener en cuenta lo siguiente: si el límite debería ser aplicable a toda “contratación de bajo valor”; abordar las exenciones permisibles del deber de divulgación internacional y del requisito de facilitar información, en el pliego de condiciones, sobre la moneda y los idiomas que vayan a emplearse; y si ese límite debería servir también como límite máximo para recurrir al procedimiento de la solicitud de cotizaciones.

109. Los Estados promulgantes tal vez deseen también alentar a las entidades adjudicadoras para que, en cada caso de contratación, examinen si existe una probabilidad de participación internacional (independientemente de que la contratación sea de bajo o de alto valor), asumiendo que habrá publicación internacional, y qué otras medidas podría implicar la participación internacional. A este respecto, la Ley Modelo reconoce que, en las contrataciones de bajo valor, la entidad adjudicadora puede o no tener un interés económico en impedir la participación de proveedores y contratistas extranjeros; la exclusión general de los proveedores y contratistas extranjeros podría privarla innecesariamente de la posibilidad de conseguir un precio más atractivo. Por otra parte, la participación internacional puede entrañar gastos de traducción, plazos suplementarios para la traducción de los anuncios o de las respuestas de los proveedores extranjeros, y puede requerir que la entidad adjudicadora examine licitaciones u otras ofertas en más de un idioma. La entidad adjudicadora tal vez desee evaluar caso por caso los costos y beneficios de la participación internacional cuando esté permitido restringirla.