



Asamblea General

Distr. general
22 de julio de 2011
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional 44º período de sesiones

Acta resumida de la 926ª sesión

Celebrada en el Centro Internacional de Viena, Viena, el lunes 27 de junio de 2011, a las 14.00 horas

Presidente interino: Sr. Wiwen-Nilsson.....(Suecia)

Sumario

<i>Tema del programa</i>	<i>Párrafos</i>
4 Finalización y aprobación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública (<i>continuación</i>)	1-66

La presente acta está sujeta a correcciones.

Las correcciones deberán redactarse en uno de los idiomas de trabajo y presentarse en forma de memorando. Además, deberán incorporarse en un ejemplar del acta. Las correcciones deberán enviarse, *dentro del plazo de una semana a contar de la fecha del presente documento*, al Jefe del Servicio de Gestión de Conferencias, oficina D0771, Centro Internacional de Viena.

Las correcciones que se introduzcan en las actas del presente período de sesiones se publicarán en un solo documento de corrección poco después de finalizar el período de sesiones.

V.11-84602 (S) 220711 230711



Se declara abierta la sesión a las 14.20 horas.

Finalización y aprobación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública (continuación) (A/CN.9/729 y Add.1 a 8)

1. El **Presidente interino** invita al **Sr. Fruhmann** (Austria) a que informe sobre el avance de los trabajos en el grupo de redacción.

2. El **Sr. Fruhmann** (Austria) dice que el grupo de redacción ha acordado que “contratación” debe entenderse en el sentido de “contratación pública” en toda la Ley Modelo.

3. El grupo de redacción ha acordado que en el artículo 2 deben figurar definiciones de los términos “precalificación” y “preselección”, entendiéndose por “precalificación” “el procedimiento enunciado en el artículo 17 cuya finalidad es determinar, antes de la convocatoria, los proveedores o contratistas que estén calificados”, y por “preselección” “el procedimiento enunciado en el párrafo 3) del artículo 48 cuya finalidad es determinar, antes de la convocatoria, un número limitado de proveedores o contratistas que sean los que mejor cumplan los criterios de calificación para la contratación pertinente”.

4. El grupo de redacción está de acuerdo en que la definición de “convocatoria” en el artículo 2 o) debe modificarse para que diga “toda invitación a licitar, a presentar ofertas o a participar en procedimientos de solicitud de propuestas o en subastas electrónicas inversas”. Esta definición no abarcará las invitaciones a precalificación o a preselección, puesto que estas últimas son anteriores al procedimiento de convocatoria.

5. En cuanto al artículo 2 e), el grupo de redacción está de acuerdo en que en la versión inglesa del texto la expresión “a procurement conducted” debe modificarse para que diga “a procedure conducted”, a fin de que sea coherente con la utilización de “procedure” en el artículo 2 e) iv).

6. En cuanto al artículo 5, el grupo de redacción ha acordado que la expresión “A reserva de lo dispuesto en el párrafo 2) del presente artículo, los textos de” del párrafo 1) debe suprimirse y que en la Guía para la incorporación al derecho interno debe explicarse que el párrafo 2) trata de jurisprudencia mientras que el párrafo 1) trata de textos jurídicos de aplicación

general, que no incluyen documentos tales como memorandos internos.

7. El grupo de redacción ha acordado que las expresiones de la versión inglesa “the public” y “the general public” deben sustituirse por “any person” en todo el texto.

8. La **Sra. Nicholas** (Secretaría), recordando la cuestión planteada durante la sesión anterior por la representante de México en relación con las palabras “las razones y circunstancias” del artículo 8 4) y su respuesta¹, dice que, si la tradición jurídica de un Estado promulgante requiere la inclusión de la expresión “motivos y circunstancias” en los expedientes de los procesos de contratación, ese Estado puede especificar “motivos y circunstancias” en lugar de “razones y circunstancias” en el artículo que se inspire del artículo 8 4).

9. Recordando la cuestión planteada por la representante de México en relación con el párrafo 8 b) del artículo 9², la Sra. Nicholas dice que en expresiones de la versión inglesa como “materially inaccurate” y “materially incomplete” la palabra “materially” resultó difícil de traducir del inglés a otros idiomas, especialmente debido a que se entiende de manera diferente en las distintas jurisdicciones. Parece ser que no hay intención de modificar la redacción del artículo 9 8), donde el objetivo del párrafo 8 a) es asegurar que si la información es falsa habrá una descalificación automática, si bien el objetivo del párrafo 8 b) es dar a la entidad adjudicadora un margen de maniobra en los supuestos menos graves. La Guía para la incorporación al derecho interno debe explicar el objetivo normativo del artículo 9 8) y el concepto de “gravedad” (“materiality”).

10. La **Sra. Andres** (Canadá), señalando que el párrafo 2 f) del artículo 9 habla de “alguna declaración falsa o engañosa acerca de... idoneidad” mientras que el párrafo 8 a) habla de información “falsa” acerca de su idoneidad, propone que el párrafo 8 a) se modifique para que diga “... presentó información falsa o engañosa”.

¹ Véase el documento A/CN.9/SR.925, párrafos 53, 55 y 56.

² Véase el documento A/CN.9/SR.925, párrafos 54 y 59 a 61.

11. La oradora pregunta qué diferencia hay entre “declaración falsa” y “[declaración] engañosa” en el párrafo 2 f).
12. La **Sra. Nicholas** (Secretaría) dice que, en opinión de la Secretaría, siempre se ha entendido que “declaración engañosa” implica una intención de engañar.
13. El **Sr. Yukins** (Estados Unidos de América) pregunta cómo se han de tratar las observaciones de Ucrania que figuran en el documento A/CN.9/730.
14. **El Presidente interino** dice que corresponde a Ucrania presentar oralmente esas observaciones en la Comisión. Habida cuenta de que la delegación de Ucrania no está presente, no se examinarán esas observaciones, a menos que otra delegación las presente oralmente.
15. El **Sr. Fruhmann** (Austria), refiriéndose al artículo 14 5), pregunta de qué forma los proveedores o contratistas que la entidad adjudicadora no conoce pueden tener acceso a la información relativa a las prórrogas del plazo.
16. La **Sra. Nicholas** (Secretaría) dice que una prórroga del plazo constituye un cambio sustancial de la información original publicada por la entidad adjudicadora y, por consiguiente, de conformidad con el artículo 15 3), requiere la publicación de un aviso general. Cabe explicar la relación existente entre los artículos 14 5) y 15 3) en la Guía para la incorporación al derecho interno.
17. El **Sr. Fruhmann** (Austria), refiriéndose al artículo 16, propone suprimir el párrafo 1 c) ii), puesto que el párrafo 1 b) ya regula la cuestión del otorgamiento de una garantía de oferta en los casos de contratación nacional.
18. El orador entiende que el párrafo 1 f) i) debe interpretarse en el sentido de “La retirada o la modificación de su oferta vencido ya el plazo para presentarla, o la retirada o la modificación de su oferta antes de vencer dicho plazo si el pliego de condiciones así lo dispone;”.
19. **El Presidente interino** dice que la propuesta formulada por el representante de Austria en relación con el párrafo 1 c) ii) podría tratarse como una cuestión de forma.
20. En cuanto a la observación de este último relativa al párrafo 1 f) i), teniendo en cuenta el párrafo 2 d), la presunción consiste en que cabe retirar o modificar una oferta antes de que venza el plazo para presentar ofertas, pero solo en circunstancias excepcionales después de vencer dicho plazo. También cabe tratar esto como una cuestión de forma.
21. El **Sr. Loken** (Estados Unidos de América), refiriéndose a la primera oración del artículo 17 2), recuerda que en el documento A/CN.9/730 su delegación ha recomendado que se modifique para que diga “Si la entidad adjudicadora desea convocar a precalificación, ... que se publique un anuncio de la convocatoria en la publicación especificada en el reglamento de la contratación pública”.
22. El **Sr. Fruhmann** (Austria), haciendo suya la propuesta formulada por la delegación de los Estados Unidos de América, cuestiona el uso de las palabras “el plazo o el calendario” en el artículo 17 3) b); por lo general, en el momento en que se convoca a precalificación no hay un plazo o calendario para la prestación de los servicios. Tal vez cabría hablar de “el plazo o el calendario previsto” o “el plazo o el calendario indicativo”.
23. **El Presidente interino** sugiere utilizar las palabras “el plazo”. Tal vez debiera remitirse este asunto al grupo de redacción.
24. El **Sr. Fruhmann** (Austria), refiriéndose al párrafo 1) a) del artículo 20, dice que, si bien no cree que deba haber un umbral “*de minimis*” en relación con las ventajas financieras, desearía que se explicara claramente en la Guía para la incorporación al derecho interno que no todas las ofertas de ventajas financieras deben dar lugar a una exclusión, dado que una mala interpretación del párrafo podría dar lugar a consecuencias imprevistas.
25. Asimismo, el orador desearía que se aclarara en la Guía para la incorporación al derecho interno el significado de la expresión “ventaja competitiva desleal” que figura en el párrafo 1) b).
26. El **Sr. Yukins** (Estados Unidos de América) dice que su delegación se opone a la idea de un umbral “*de minimis*” en relación con las ventajas financieras, puesto que incluso una ventaja financiera muy pequeña podría constituir un incentivo importante en algunos casos.

27. En cuanto al significado de “ventaja competitiva desleal”, en el proyecto de Guía ya se ofrecen ejemplos de lo que podría constituir una ventaja competitiva desleal y se indica acertadamente que el propio Estado promulgante debe tratar la cuestión a la luz de las circunstancias imperantes.
28. Es importante que los especialistas en adquisiciones examinen las cuestiones de competencia no solo en el contexto de una única contratación, sino también en el de las políticas generales de competencia de los Estados.
29. El **Sr. Jezewski** (Polonia) expresa su oposición a la idea de un umbral “*de minimis*” en relación con las ventajas financieras y dice que lo importante es saber si ha habido intención de influir en la decisión de un funcionario público.
30. El **Sr. Grand d’Esnon** (Francia), después de expresar su oposición a la idea de un umbral “*de minimis*” en relación con las ventajas financieras, dice que tal vez deba indicarse en la Guía para la incorporación al derecho interno que algunos Estados tienen códigos de conducta que deben suscribir los funcionarios públicos que participen en la contratación pública.
31. El **Sr. Phua** (Singapur) expresa su oposición a la idea de un umbral “*de minimis*” en relación con las ventajas financieras y dice que en su país los funcionarios públicos deben solicitar una autorización de sus superiores antes de aceptar incluso pequeños regalos.
32. En cuanto a la cuestión de la “ventaja competitiva desleal”, el Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre Contratación Pública de 1994 proporciona ejemplos de medidas adoptadas para evitar ventajas competitivas desleales en el proceso de contratación.
33. **El Presidente interino** entiende que la Comisión no desea modificar el artículo 20.
34. El **Sr. Loken** (Estados Unidos de América), haciendo referencia a la propuesta de su delegación que figura en el documento A/CN.9/730 en relación con un artículo 20 *bis* relativo a unas aclaraciones de los datos de calificación y las ofertas, pregunta si sería adecuado incluir en la Ley Modelo una disposición similar que regule los datos de precalificación y si el capítulo I debería contener un artículo genérico sobre las aclaraciones de los datos de calificación y las ofertas.
35. **El Presidente interino** propone que la cuestión de las aclaraciones de los datos de calificación y las ofertas se traten en los artículos pertinentes.
36. El **Sr. D’Allaire** (Canadá) expresa su apoyo a esa propuesta y dice que el momento en que una entidad adjudicadora pida aclaraciones dependerá de los métodos de contratación.
37. Refiriéndose al artículo 21 3) b), el orador propone su modificación para que diga “cuando el precio del contrato sea inferior al límite fijado en el reglamento de la contratación pública”. Esa redacción sería similar a la que figura al final del artículo 28 2).
38. La **Sra. Andres** (Canadá) propone añadir al final de la última oración del artículo 21 7) las palabras “a menos que la prórroga haya sido concedida a la entidad adjudicadora por los proveedores o contratistas que hayan presentado ofertas y por las entidades que hayan dado la garantía de las ofertas”. Al añadir esto al artículo 21 7) ya no sería necesario reabrir el proceso de convocatoria.
39. **El Presidente interino** dice que, si no se formula ninguna objeción, entenderá que la propuesta formulada por la delegación de los Estados Unidos de América en relación con un artículo 20 *bis* es aceptable.
40. El **Sr. Fruhmann** (Austria) hace suyas la propuesta formulada por la delegación de los Estados Unidos de América en relación con un artículo 20 *bis* y la propuesta formulada por la delegación del Canadá en relación con el artículo 21 7).
41. El **Sr. Grand d’Esnon** (Francia), si bien expresa su apoyo a la redacción propuesta por la delegación de los Estados Unidos de América para un nuevo artículo, propone que ese nuevo artículo figure antes del artículo 19.
42. **El Presidente interino** señala, con respecto a la propuesta formulada por la delegación del Canadá de completar el artículo 21 7) con una adición, que el artículo 40 2) prevé la prórroga de los plazos de validez de las ofertas.
43. La **Sra. González Lozano** (México), después de expresar su apoyo a la propuesta formulada por el representante de los Estados Unidos de América en

relación con un artículo 20 *bis*, pregunta si la aclaración hecha por un proveedor o contratista se comunicará a otros proveedores o contratistas y, en caso afirmativo, ¿en qué momento?

44. El **Sr. Loken** (Estados Unidos de América), señalando que el texto propuesto se basa en gran medida en el artículo 42 1), dice que la aclaración hecha por un proveedor o contratista no se comunicaría a otros proveedores o contratistas.

45. La **Sra. González Lozano** (México) dice que, si se exige a un proveedor o contratista que haga una aclaración, llegará un momento en el que todos los proveedores o contratistas que hayan presentado ofertas deberán ser informados del contenido de la aclaración. Por ejemplo, si el proveedor o contratista que hace la aclaración obtiene posteriormente el contrato y otros proveedores o contratistas desean impugnar la decisión por la que se le adjudicó, estos deberán tener derecho a conocer el contenido de la aclaración.

Se suspende la sesión a las 15.45 horas y se reanuda a las 16.10 horas.

46. **El Presidente interino**, recordando que el representante de los Estados Unidos de América ha dicho que la propuesta de artículo 20 *bis* se basa en gran medida en el artículo 42 1), pide a la Secretaría que formule observaciones sobre la relación que existe entre los dos artículos.

47. La **Sra. Nicholas** (Secretaría) dice que, a la luz de las consultas celebradas durante la suspensión de la sesión, la Secretaría entiende que el artículo 42 1) servirá de base para el artículo 20 *bis*/artículo 18 *bis*, con el objetivo de que se apliquen los mismos procedimientos a la aclaración de las ofertas que a la aclaración de los datos de calificación. Se procurará dejar claro que los procedimientos de aclaración no deben servir para disimular negociaciones.

48. **El Presidente interino** dice que supone que la Comisión desea aceptar las propuestas formuladas por la delegación del Canadá en relación con el artículo 21 3) b) y el artículo 21 7), con posibles mejoras de redacción.

49. La **Sra. Nicholas** (Secretaría), refiriéndose al párrafo 2) c) del artículo 21 y al documento A/CN.9/731/Add.3, dice que el Grupo de Trabajo I reconoce que sería difícil especificar una moratoria mínima para todos los tipos de contratación.

Por lo tanto, ese párrafo está redactado de tal forma que permite al Estado promulgante determinar cuál será la moratoria mínima en cada caso.

50. **El Presidente interino** propone que en dicho párrafo la duración de la moratoria sea la establecida en el pliego de condiciones de conformidad con los requisitos de la reglamentación de la contratación pública, que podrían especificar diferentes moratorias para diferentes situaciones.

51. El **Sr. Yukins** (Estados Unidos de América), recordando la propuesta formulada por la delegación del Canadá en relación con el artículo 21 3) b), propone que en el artículo 22 2) se establezca el umbral mínimo que se habrá de determinar en la reglamentación de la contratación pública.

52. El **Sr. Fruhmann** (Austria), refiriéndose a la segunda oración del artículo 23 3), dice que las entidades adjudicadoras de algunos países de la Unión Europea incluyen en sus pliegos de condiciones el requisito de que los proveedores o contratistas den su consentimiento para que se revele toda la información proporcionada por ellos a las entidades adjudicadoras, siendo la aceptación de este requisito condición previa para participar en los procesos de contratación. Esta práctica, que podría dejar el camino libre a la manipulación, estaría permitida en virtud del artículo 23 3) en su forma actual.

53. **El Presidente interino** propone suprimir la expresión “o que lo permita el pliego de condiciones” en el artículo 23 3).

54. El **Sr. Fruhmann** (Austria), si bien expresa su apoyo a esta propuesta, dice que la supresión de esa expresión no sería suficiente para abarcar todos los intentos de elusión del espíritu de la Ley Modelo.

55. El **Sr. Grand d’Esnon** (Francia), si bien expresa su apoyo a la supresión de la expresión “o que lo permita el pliego de condiciones”, dice que, aun sin esa expresión, la divulgación sería posible en una etapa ulterior con “el consentimiento de la otra parte”. En ese sentido, el orador propone sustituir “la otra parte” por “las demás partes”.

56. **El Presidente interino** dice que la confidencialidad debe ser igual de exigente en todo el proceso de contratación y propone aclarar en la Guía que solamente se deberá recurrir a la opción del “consentimiento previo” en circunstancias excepcionales.

57. El **Sr. Maradiaga Maradiaga** (Honduras) dice que es importante tratar en toda su extensión el problema de una posible manipulación por la entidad adjudicadora mediante la gestión de información confidencial en la Guía para la incorporación al derecho interno.

58. El **Sr. Fruhmann** (Austria), refiriéndose al artículo 24, dice que, en caso de cancelación del proceso de contratación, cabría la posibilidad de que una parte de la información cuya inclusión en el expediente fuera obligatoria ya no existiera o no estuviera disponible.

59. El orador propone que se inserten las palabras “a menos que esa información no se haya planteado durante el procedimiento de contratación” en el párrafo 3), después de “que haya presentado una oferta”, con una explicación adjunta en la Guía para la incorporación al derecho interno.

60. La **Sra. Nicholas** (Secretaría), en respuesta a una cuestión planteada por el representante de Austria, dice que la Secretaría entiende que en el anuncio de la adjudicación del contrato suele divulgarse al público en general el precio de la oferta ganadora, pero no los precios de las demás ofertas. Sin embargo, es necesario aclarar si los precios han de divulgarse a los proveedores o contratistas concurrentes. El Grupo de Trabajo I ha puesto de manifiesto el conflicto que existe entre la necesidad de evitar la colusión y la necesidad de transparencia, y la Secretaría acogería con satisfacción el asesoramiento de la Comisión en esta materia.

61. En cuanto a la propuesta formulada por el representante de Austria de completar el párrafo 3) del artículo 24 con una adición, en el caso de una cancelación de la contratación no habría aceptación de la oferta ganadora. La Secretaría tendría que verificar por qué se establece que la cancelación de una contratación debe dar lugar a la divulgación de información que ya no es relevante. Tal vez debiera suprimirse la expresión “o sobre la cancelación de la contratación”.

62. El **Sr. Yukins** (Estados Unidos de América), refiriéndose al párrafo 1) s) del artículo 24, dice que la mayoría de los proveedores o contratistas no tienen ningún problema en que se divulguen los precios estipulados en los contratos, pero no les gusta divulgar los precios de los componentes porque los competidores podrían calcular la estructura de costos en que se basa la oferta ganadora, en otras palabras “la base para su determinación” (del precio).

63. **El Presidente interino** propone suprimir las palabras “o la base para su determinación” en el párrafo 1) s) del artículo 24.

64. La **Sra. Nicholas** (Secretaría) dice que en tal caso habría que suprimir las referencias al párrafo 1) s) en el párrafo 3) para mantener la coherencia con el párrafo 4).

65. El expediente llevado por la entidad adjudicadora debe incluir la información que se pide en el párrafo 1) s), pero esta información no se divulgará.

66. **El Presidente interino** propone remitir este asunto al grupo de redacción.

Se levanta la sesión a las 17.00 horas.