Naciones Unidas A/CN.9/539

Asamblea General

Distr. general
30 de abril de 2003
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
36º período de sesiones
Viena, 30 de junio a 11 de julio de 2003*

Actividades en curso de las organizaciones internacionales en materia de la contratación pública: posible labor futura

Nota de la Secretaría**

Índice

		Párrafos	Página
I.	Introducción	1-5	2
II.	Actividades actuales de las organizaciones internacionales y regionales en materia de contratación pública	6-35	3
	A. Banco Mundial	8-10	3
	B. Cooperación Económica en Asia y el Pacífico	11-13	4
	C. Comunidad Europea	14-18	5
	D. Área de Libre Comercio de las Américas	19-21	7
	E. Mercado Común del Sur	22-23	7
	F. Tratado de Libre Comercio de América del Norte	24-29	8
	G. Contratación pública en el marco de la Organización Mundial del Comercio	30-35	10

* Fechas revisadas.
** La presentación de la nota de la secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional se retrasó debido a la escasez de personal.

V.03-83584 (S) 200503 210503

I. Introducción

1. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en su 14º período de sesiones celebrado en 1981, decidió que para reforzar aún más la función de coordinación de la Comisión, la Secretaría debería seleccionar, en intervalos adecuados, un tema particular para su análisis y presentar un informe que girase en torno, entre otras cosas, a la labor ya realizada sobre ese tema, indicando las cuestiones que sean susceptibles de unificación y modernización jurídicas[1]. La Secretaría ha seleccionado la Ley sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios para que la Comisión proceda a realizar dicho análisis, tal como se describe más abajo.

2. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios[2], (en lo sucesivo, "la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública"), adoptada en 1994, contiene procedimientos destinados a fomentar la competencia, la transparencia, la equidad, la economía y la eficiencia en el proceso de adjudicación, y ha demostrado ser un importante instrumento internacional de referencia a la hora de reformar el régimen de contratación pública. Más de 30 países de diversas regiones del mundo han promulgado leyes basadas o inspiradas, en gran parte, en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, y la aplicación de su régimen ha supuesto una notable armonización de los procedimientos y prácticas de la contratación pública en todo el mundo. Tal vez la Comisión estime que es de utilidad analizar la experiencia de la reforma del régimen de la contratación pública basada en la Ley Modelo de la CNUDMI junto con las cuestiones que han surgido en la aplicación práctica de la Ley Modelo desde su adopción.

3. Uno de los aspectos prácticos es el aumento de la utilización del comercio electrónico en la contratación pública, que incluye los métodos de contratación a través de Internet, susceptibles de fomentar aún más los objetivos del régimen de la contratación pública. Por ejemplo, además de ser eficientes, las subastas realizadas a través de medios electrónicos pueden aumentar la transparencia con respecto a las formas tradicionales de licitación, mientras que las tecnologías de la información pueden aprovecharse para mejorar la información del proveedor. Sin embargo, se ha afirmado que, si bien muchas prácticas de contratación pública realizadas por medios electrónicos pueden ser adaptadas mediante la interpretación de las leyes y normas existentes, es posible que subsistan obstáculos para la utilización del comercio electrónico en la contratación pública. Algunos de esos obstáculos guardan relación con los procedimientos de contratación electrónica y tal vez no puedan eliminarse con una legislación uniforme, como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico y la Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas, que se basan en el principio de la equivalencia funcional de los mensajes electrónicos y los mensajes sobre papel.

4. Además, la Comisión tal vez desee recibir información acerca de las actividades de contratación pública realizadas por determinadas organizaciones internacionales y regionales desde que se adoptó la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública en 1994. Estas actividades reflejan la importancia creciente de los regímenes de contratación pública para el desarrollo de las economías nacionales y para la integración regional e interregional. También ponen en evidencia la necesidad de contar con modelos modernos y armonizados y con una

coordinación de esfuerzos entre los organismos internacionales que se ocupan de la contratación pública.

5. Dada la escasez de recursos, la secretaría de la CNUDMI no presentará, en esta etapa, observaciones detalladas sobre las cuestiones expuestas más arriba. Se podrán realizar estudios adicionales si la Comisión decide continuar con el examen de la cuestión.

II. Actividades actuales de las organizaciones internacionales y regionales en materia de contratación pública

6. La contratación pública es considerada como un aspecto importante del comercio internacional por las instituciones internacionales de crédito y las instituciones internacionales y regionales de comercio. Prueba de ello es el desarrollo que han experimentado los regímenes regionales e internacionales de la contratación pública desde que se adoptó la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. También lo demuestran las recientes actividades realizadas por las más importantes instituciones internacionales de crédito e instituciones internacionales y regionales de comercio, que han revisado sus respectivos regímenes de la contratación pública para adaptarlos a las nuevas exigencias y para cumplir sus objetivos con mayor eficiencia.

7. Esta sección contiene un resumen de las actividades de contratación pública realizadas por determinadas organizaciones internacionales y regionales desde que se adoptó la Ley Modelo de la CNUDMI. Se intenta, especialmente, señalar a la Comisión las cuestiones planteadas en materia de contratación pública, incluida la aplicación práctica de la Ley Modelo. En el presente informe no se analizan los incontables acuerdos bilaterales de contratación pública celebrados desde 1994[3].

A. Banco Mundial

8. La contratación pública de bienes, obras y servicios financiada por el Banco (que comprende al Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) y a la Asociación Internacional de Fomento (AIF)) es llevada a cabo por los organismos gubernamentales competentes del Estado que recibe los préstamos o créditos del Banco. El Banco Mundial ha establecido normas que los prestatarios relacionados con la contratación pública de bienes, obras y servicios deberán observar en los proyectos financiados por el Banco. Dichas normas se detallan en las “Normas para las Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF” (“las Normas de Contratación Pública”) y en las “Normas para la Selección y Contratación de Consultores por Prestatarios del Banco Mundial” (“Normas sobre los Consultores”) (véase www.worldbank.org). Estas normas se incorporan por remisión a los acuerdos de préstamo en cada proyecto concreto y son vinculantes para el prestatario. En el Manual sobre Contratación Pública y en el Manual sobre los Consultores del Banco Mundial figuran instrucciones y directrices suplementarias sobre la contratación pública.

9. En los últimos años, las normas del Banco Mundial han sido revisadas exhaustivamente. Se han introducido, en ambos textos, nuevas cláusulas que

reflejan el creciente interés del Banco en la cuestión de la corrupción y el fraude en el régimen de contratación pública del Banco Mundial. Ese interés es consecuencia de que el Banco Mundial ha considerado a la corrupción como el obstáculo más importante para el desarrollo económico y social, puesto que la corrupción "impide el desarrollo al distorsionar el Estado de derecho y debilitar la base institucional de la cual depende el crecimiento económico" (véase www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt). Si bien las normas, antes de su revisión, contenían medidas generales para combatir la corrupción en los proyectos financiados por el Banco, quedó claro que esas medidas no eran suficientes para detectar y erradicar la corrupción. Por lo tanto, las normas revisadas contienen medidas adicionales y concretas para detectar y erradicar la corrupción y las prácticas fraudulentas de los proyectos financiados por el Banco. Además, se incorporaron nuevas disposiciones a las Normas sobre los Consultores para reflejar la naturaleza versátil de los servicios que se requieren en la contratación pública financiada por el Banco. El objetivo de estas disposiciones es centrar más la atención en el precio al proceder a la selección de consultores, aumentar la transparencia general en el proceso de selección y brindar incentivos a las empresas de consultoría de los países prestatarios.

10. El Banco Mundial y el Banco Africano de Desarrollo colaboran con instituciones regionales de África, como la *Unión Económica y Monetaria del África Occidental* y el Mercado Común para África Oriental y Meridional, concretamente en proyectos regionales de reforma del régimen de contratación pública, con una labor jurídica inspirada, en gran medida, en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública.

B. Cooperación Económica en Asia y el Pacífico

11. La Cooperación Económica en Asia y el Pacífico (APEC) se estableció formalmente en 1989 con miras a fomentar la cooperación económica entre los países de la región de Asia y el Pacífico. En noviembre de 1993, en una reunión celebrada en Blake Island (Estados Unidos de América), los dirigentes de la APEC adoptaron una declaración sobre su visión económica, en la que sentaron las bases para una comunidad de economías de la región de Asia y el Pacífico, que, entre otras cosas, coordinaría esfuerzos para fomentar el libre comercio y las inversiones (véase www.apecsec.org.sg). En noviembre de 1994, en una reunión cumbre celebrada en Bogor (Indonesia), los líderes de la APEC adoptaron una declaración de común acuerdo, en la que anunciaron un compromiso político en pro de un comercio libre y abierto y de las inversiones en la región, fijando la fecha de 2010 como meta para la liberalización respecto de los países industrializados y de 2020 respecto de todos los demás. En la cumbre subsiguiente, que se celebró en Osaka (Japón), los dirigentes de la APEC adoptaron el Programa de Acción de Osaka que estableció que la APEC lograría su objetivo a largo plazo de comercio libre y abierto y de fomento de inversiones alentando la liberalización voluntaria de la región (véase www.apecsec.org.sg).

12. En 1999, la APEC concluyó un conjunto de principios no vinculantes sobre la contratación pública. Estos principios tienen por objeto fomentar la liberalización voluntaria de los mercados de contratación pública en toda la región de Asia y el Pacífico, de conformidad con los principios y objetivos adoptados en la Declaración

de Bogor (Indonesia). Los miembros analizan las posibilidades de cómo aplicar, de la mejor manera posible, dichos principios y de que sus sistemas se ajusten a ellos. También se examinan otras cuestiones relativas a la contratación pública, como por ejemplo la contratación pública por medios electrónicos.

13. Después de haber concluido los principios no vinculantes, los miembros del Grupo de Expertos de la APEC en materia de Contratación Pública acordaron en una reunión celebrada en 2000 realizar una revisión voluntaria de sus Planes de Acción Individual respecto del principio de transparencia. Mediante este procedimiento, los miembros continúan analizando las posibilidades de cómo aplicar, de la mejor manera posible, los principios y de que sus sistemas se ajusten a ellos. Además, el Grupo de Expertos colaborará más estrechamente con los demás grupos de la APEC, en especial, con el Grupo Directivo sobre el Comercio Electrónico y el Grupo de Trabajo sobre Pequeñas y Medianas Empresas, y analizará varias cuestiones, entre ellas el comercio sin soporte de papel. El Grupo de Expertos, en la reunión celebrada en agosto de 2002, en México, casi terminó su revisión voluntaria de los principios de rendición de cuentas y equidad procesal. El Grupo también convino en comenzar, en su próximo período de sesiones en febrero 2003, la revisión voluntaria del principio relativo al valor como contraprestación del dinero.

C. Comunidad Europea

14. En el ámbito de la Comunidad Europea, dos clases de reglamentaciones rigen la adjudicación de contratos públicos. La primera consiste en disposiciones generales en materia de libre comercio y competencia, que figuran en Tratado de Roma, tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Estas disposiciones tienen por objeto crear un mercado interno en el que los bienes, los servicios y los capitales puedan circular libremente a través de las fronteras de los Estados miembros, al suprimir los obstáculos al comercio de bienes y servicios entre los Estados miembros y al asegurar una competencia leal y no discriminatoria entre los diferentes Estados miembros de la Comunidad[4]. Dichas disposiciones también se aplican a la adjudicación de contratos públicos[5]. El segundo conjunto de reglamentaciones está compuesto por una serie de seis directivas relativas a la contratación pública, que incorporan al régimen de adjudicación de contratos públicos las disposiciones generales sobre el libre comercio y la competencia enunciadas en el Tratado de Roma. Estas directivas reglamentan los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos más importantes en la Comunidad[6].

15. Las directivas de la Comunidad Europea se pueden dividir en dos grandes grupos. El primero consiste en las directivas relativas al sector público que abarcan la contratación por parte de organismos públicos en general, tales como el Estado, las autoridades locales y regionales, las asociaciones formadas por los organismos anteriormente mencionados y organismos que se rigen por el derecho público. Los procedimientos de adjudicación de contratos en ese sector están reglamentados por tres directivas, cuyo ámbito de aplicación comprende la contratación de suministros, obras y servicios, respectivamente[7]. Estas tres directivas se complementan con otra directiva, que establece ciertas normas mínimas para los sistemas nacionales de procedimientos de revisión[8]. El segundo grupo se refiere al sector de los servicios públicos, que reglamenta la contratación pública por parte de los organismos que desarrollan sus actividades en los sectores del agua, los transportes, la energía y las

telecomunicaciones ("actividades relativas a los servicios públicos")[9]. Una única directiva, la Directiva sobre los Servicios Públicos, reglamenta el proceso de adjudicación de todos los contratos del sector de servicios públicos, incluidos los contratos relativos a bienes, obras y servicios[10]. Tal como sucede en el sector público, esa directiva se complementa con la Directiva sobre los Procedimientos de Revisión en materia de Contratación de Servicios Públicos[11], que establece las normas mínimas para los sistemas nacionales de procedimientos de revisión[12]. Luego de la conclusión del Acuerdo sobre Contratación Pública (GPA) entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros en 1994, tanto las Directivas sobre el Sector Público como la Directiva sobre los Servicios Públicos fueron modificadas por dos directivas de coordinación[13] a fin de que las directivas se conformaran a los requisitos establecidos en el Acuerdo sobre Contratación Pública.

16. El objeto de las directivas es crear un mercado interno, es decir, un espacio sin fronteras interiores en el que exista libre circulación de bienes, personas, servicios y capitales entre los Estados miembros, en lo relativo a la contratación pública. A tal efecto, las directivas establecen un marco jurídico global basado en los principios de no discriminación, transparencia y competencia[14]. Las directivas tienen por objeto garantizar que los contratos públicos sean adjudicados en el ámbito de la Comunidad Europea de manera transparente y no discriminatoria a fin de que las empresas de los Estados miembros distintos del Estado del poder adjudicador tengan acceso irrestricto a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos y puedan competir, de forma efectiva, con las empresas de ese Estado en la obtención de dichos contratos.

17. En 1996, la Comisión Europea publicó un "Libro Verde" (*Green Paper*) sobre las normas de la Comunidad en materia de contratación pública[15], en que se solicitaban observaciones de las entidades que se ocupan de este tema en la Comunidad. Aunque en dicho documento se daba a entender que no habría cambios importantes en las normas, las observaciones recibidas determinaron que la Comisión modificara esa perspectiva. En su comunicación de seguimiento del "Libro Verde"[16], la Comisión reconoció que se precisaba modificar el marco jurídico en vigor. En 2000, presentó dos propuestas para modificar las normas del sector público y del sector de los servicios públicos, respectivamente[17]. En 2002, la Comisión presentó dos propuestas enmendadas[18], en las que se modificaban las propuestas iniciales tras celebrar debates con el Parlamento Europeo en el marco del procedimiento de decisiones conjuntas[19] previsto en el Tratado por el que se establecía la Comunidad Europea[20].

18. El objetivo de las propuestas enmendadas es triple. En primer lugar, con las propuestas se procura simplificar y aclarar las directivas en vigor de la Comunidad Europea a fin de que resulten más claras y comprensibles para quienes intervengan en la contratación pública, ya sea en calidad de compradores o de proveedores. El segundo objetivo es modernizar las directivas a fin de adaptarlas a los nuevos requisitos administrativos, a la evolución reciente del entorno económico (en particular, el surgimiento de la sociedad de la información y la retirada gradual del Estado de algunas actividades económicas, especialmente en los sectores del agua, la energía, el transporte y las telecomunicaciones) y a las nuevas técnicas de adquisición. Por último, con las propuestas se procura flexibilizar algunas de las disposiciones de las directivas, que se consideraban demasiado rígidas para cumplir el objetivo de optimizar el rendimiento del dinero en la contratación.

D. Área de Libre Comercio de las Américas

19. El Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) se estableció en diciembre de 1994 en una cumbre de dirigentes de 34 países de América del Sur, América Central y América del Norte. En 1995, los ministros encargados del comercio de los 34 países del ALCA, reunidos en Denver, Colorado (Estados Unidos de América) acordaron establecer una zona de libre comercio en que se eliminarían gradualmente los obstáculos al comercio (véase www.ftaa-alca.org). En 1998, los ministros de Comercio, reunidos en Costa Rica, aprobaron la estructura y los principios y objetivos generales del ALCA y pusieron en marcha las negociaciones oficiales, incluso sobre la eliminación gradual de los obstáculos al comercio en los mercados de contratación pública de la zona de libre comercio (véase www.ftaa-alca.org). En los principios y objetivos generales por los que se orienta la implantación del ALCA se prevé, por ejemplo, que las decisiones se adoptarán por consenso; que el acuerdo del ALCA será compatible con las normas y disciplinas de la Organización Mundial del Comercio; que la iniciación, la celebración y el resultado de las negociaciones se considerarán parte de un compromiso único en el que se establecerán los derechos y obligaciones mutuamente acordados; y que se prestará atención especial a las necesidades, las condiciones económicas (incluidos los costos de la transición y las posibles perturbaciones internas) y las posibilidades de las economías menores, a fin de asegurar su plena participación en el proceso del ALCA. A finales de 1999, durante una reunión celebrada en Toronto (Canadá), los ministros de Comercio dieron instrucciones a los grupos negociadores de que comenzaran a redactar textos de negociación correspondientes a cada capítulo del acuerdo del ALCA (véase www.ftaa-alca.org). Estos textos, que comprenden un proyecto de capítulo sobre la contratación pública, se presentaron a los ministros de Comercio durante una reunión celebrada en Buenos Aires en abril de 2001 (véase www.ftaa-alca.org).

20. Las negociaciones sobre el acceso a los mercados en materia de contratación pública se iniciaron el 15 de mayo de 2002, con el objetivo general de ampliar el acceso a los mercados de contratación pública de los países del ALCA. Concretamente, los objetivos son establecer un marco normativo que asegure la apertura y la transparencia de los procesos de contratación pública, sin que ello implique necesariamente la instauración de sistemas idénticos en todos los países; impedir la discriminación en la contratación pública en condiciones sujetas a negociación; y garantizar la imparcialidad y equidad en la resolución de reclamaciones y apelaciones de los proveedores y su aplicación eficaz.

21. Los objetivos y principios en que se basan las negociaciones del ALCA sobre acceso a los mercados de contratación pública son análogos a los objetivos y principios incorporados a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios.

E. Mercado Común del Sur

22. El Mercado Común del Sur (MERCOSUR) fue establecido el 26 de marzo de 1991 por los Gobiernos de la Argentina, el Brasil, el Paraguay y el Uruguay en el marco del Tratado de Asunción (A/46/155, anexo). Estos cuatro países decidieron establecer un mercado común, que debía empezar a funcionar el 31 de diciembre

de 1994. El Tratado de Asunción se ha definido como un "tratado marco", porque contiene los elementos fundamentales para la creación de un mercado común y se basa en la reciprocidad de los derechos y obligaciones de los Estados parte. De conformidad con el artículo 1 del capítulo I del Tratado, este mercado supone:

a) La libre circulación de bienes, servicios y factores de producción (capital y mano de obra) en particular, mediante la eliminación de los derechos de aduana y de las restricciones no arancelarias impuestas a la circulación de mercancías;

b) El establecimiento de un arancel exterior común y la adopción de una política comercial común frente a terceros Estados o a otros grupos de Estados, y la coordinación de posiciones en foros económicos y comerciales, regionales e internacionales;

c) La coordinación de las políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados miembros en lo referente al comercio exterior, la agricultura, la industria, las cuestiones fiscales y monetarias, el cambio de divisas y el capital, los servicios, las aduanas, los transportes y las comunicaciones, así como en otros aspectos que se convengan, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados miembros;

d) El compromiso de los Estados miembros de armonizar su legislación sobre cuestiones pertinentes, a fin de reforzar el proceso de integración.

23. El Tratado de Asunción no contiene ninguna disposición sobre la contratación pública. Sin embargo, los órganos rectores del MERCOSUR han abordado esta cuestión en cooperación con otras entidades internacionales. Por ejemplo, los países del MERCOSUR han entablado negociaciones con la Unión Europea sobre un texto de transacción relativo a la contratación pública[21]. Teniendo las facilidades y beneficios que obtendría el MERCOSUR de las disposiciones sobre contratación pública, y habida cuenta en particular de la labor realizada por la Organización Mundial del Comercio y por la APEC, el MERCOSUR estudia la posibilidad de incorporar estas dos entidades a sus deliberaciones. Además, la Organización de los Estados Americanos mantiene una lista de organizaciones americanas que elaboran disposiciones relacionadas con la contratación pública.

F. Tratado de Libre Comercio de América del Norte

24. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) (véase www.nafta-sec-alena.org) fue firmado el 17 de diciembre de 1992 por los Jefes de Estado del Canadá, los Estados Unidos de América y México, y entró en vigor el 1º de enero de 1994. El Tratado contiene un calendario para la eliminación de la mayoría de los aranceles y la reducción de los obstáculos no arancelarios, así como disposiciones amplias que regulan las operaciones comerciales en los ámbitos de la inversión, los servicios, la propiedad intelectual, la competencia, el movimiento transfronterizo de personas y la contratación pública.

25. Las disposiciones del Tratado de Libre Comercio sobre contratación pública (compras del sector público) figuran en su capítulo 10. En él se establece un marco de derechos y obligaciones, cuyo objetivo es extender el comercio entre los países miembros del Tratado. Como se señala en el preámbulo, el Tratado tiene por objeto, entre otras cosas, crear un mercado más extenso y seguro para los bienes y servicios

producidos en los territorios de los Estados miembros, establecer reglas claras y mutuamente beneficiosas sobre el comercio, asegurar un marco comercial previsible para la planificación de las actividades productivas y la inversión y fortalecer la competitividad de las empresas en los mercados mundiales. Basándose en estos principios, el capítulo 10, relativo a la contratación pública, tiene por objeto aumentar el comercio en la zona del Tratado eliminando los obstáculos al comercio en la contratación pública que superen ciertos límites financieros.

26. Se exige a las partes que otorguen trato nacional y que concedan el carácter de nación más favorecida a los proveedores de bienes y servicios y de obras de construcción de otros países del Tratado. Además, ninguna parte puede dar a un proveedor local un trato menos favorable que a otro proveedor local en función de su grado de afiliación con una empresa extranjera o del grado de propiedad extranjera, ni discriminar a un proveedor local sobre la base de que los bienes o servicios ofrecidos por él en el caso de contratación de que se trate correspondan a los de otra parte.

27. Se establecen requisitos detallados y complejos para los procedimientos de licitación que deben seguir las entidades adjudicadoras, destinados a asegurar la transparencia y a impedir la discriminación durante todo el proceso de licitación. El método preferido entre los previstos en el capítulo es la licitación abierta. Sin embargo, en algunas circunstancias, como en los casos de extrema urgencia, la entidad adjudicadora podrá recurrir a procedimientos limitados de licitación, siempre que ello no favorezca a los proveedores nacionales. Las negociaciones entre una entidad adjudicadora y los proveedores están prohibidas por regla general, a menos que en la invitación a participar se indique la intención del comprador de celebrar tales negociaciones o que el comprador determine que ninguna licitación concreta es la más ventajosa. En estos casos, las negociaciones se utilizarán principalmente para determinar los aspectos positivos y las deficiencias de las diversas licitaciones.

28. Se exige a cada parte que mantenga un sistema que permita a los proveedores presentar impugnaciones relativas a todos los aspectos del proceso de contratación. Los fallos relativos a las impugnaciones deberán ser dictados por un organismo competente que no tenga un interés sustancial en el resultado de la adjudicación. La autoridad de revisión debe tener facultades para aplazar la adjudicación de un contrato en espera de la resolución de la impugnación, salvo en los casos en que la demora fuese contraria al interés público. Además, debe encargarse de recomendar los recursos apropiados en caso de impugnación. Ello podrá incluir la reevaluación de las ofertas o la terminación o reiniciación del proceso de contratación. Al concluirse el procedimiento de impugnación, la autoridad de revisión queda autorizada para formular recomendaciones por escrito al comprador sobre todos los aspectos del proceso de contratación, así como sugerencias para revisar sus procedimientos a fin de ajustarlos al mencionado capítulo del Tratado.

29. Se exige a las partes que inicien negociaciones para ampliar el ámbito de aplicación y el alcance del capítulo 10 del Tratado antes de fines de 1998, con miras a continuar liberalizando sus mercados de contratación pública. Además, se exige a las partes que establezcan una comisión sobre pequeñas empresas para ayudar a éstas a aprovechar los beneficios de los mercados liberalizados de contratación pública en el marco del Tratado.

G. Contratación pública en el marco de la Organización Mundial del Comercio

30. La Organización Mundial del Comercio se fundó el 1º de enero de 1995 cuando entró en vigor el Acuerdo por el que se establecía la Organización Mundial del Comercio (véase *www.wto.org*). Los objetivos declarados de la Organización son crear un acceso previsible y cada vez mayor a los mercados, promover una competencia equitativa y fomentar el desarrollo y la reforma económica mediante la celebración de acuerdos encaminados a reducir sustancialmente los aranceles y otros obstáculos al comercio con miras a eliminar el trato discriminatorio en las relaciones comerciales internacionales. Las principales medidas jurídicas para abolir las prácticas comerciales discriminatorias en el marco del Acuerdo son la obligación de otorgar el trato de la nación más favorecida, la obligación de conceder el trato nacional[22] y las obligaciones relativas a la transparencia[23]. Estos tres principios, adaptados a los mercados respectivos, se hallan incorporados a los diversos acuerdos celebrados en el marco de la Organización Mundial del Comercio.

31. Los principales acuerdos celebrados bajo el patrocinio de la OMC y relativos a la reglamentación de la contratación pública de bienes y servicios para el consumo de los gobiernos son el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) y el Acuerdo sobre Contratación Pública (GPA). El GATT y el AGCS [24] son acuerdos multilaterales relativos a los aspectos generales del comercio de mercancías y servicios, respectivamente. Sin embargo, la contratación pública se halla exenta del régimen contra la discriminación tanto del GATT como del AGCS.

32. Se preveía abordar esta disparidad en la aplicación de las normas de la OMC en el Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC[25], que establece un marco jurídico de derechos y obligaciones de las partes con respecto a las leyes, reglamentaciones, procedimientos y prácticas nacionales en el ámbito de la contratación pública. Este marco tiene por objeto lograr una mayor liberalización y expansión del comercio y mejorar el marco internacional para el comercio mundial. Se basa en los principios de la prohibición de la discriminación por razones de nacionalidad, la transparencia, la competencia abierta y eficaz, la responsabilidad y las debidas garantías legales, así como en la reciprocidad con respecto a los derechos y obligaciones contraídos por las partes en el marco del Acuerdo. Sin embargo, de los más de 100 miembros de la Organización Mundial del Comercio, apenas 28 han firmado el Acuerdo sobre Contratación Pública, entre los que figuran la Comunidad Europea y sus 15 Estados miembros, así como tres Estados miembros del Espacio Económico Europeo[26].

33. Habida cuenta del número limitado de partes en el Acuerdo sobre Contratación Pública, en la OMC se han puesto en marcha tres actividades para elaborar normas multilaterales sobre contratación pública. En primer lugar, las partes en el Acuerdo sobre Contratación Pública han acordado efectuar un examen previo del Acuerdo, con miras a simplificarlo y mejorarlo a fin de hacerlo más accesible para los países que no sean partes en él. En segundo lugar, las partes en el AGCS iniciaron negociaciones sobre la contratación pública con miras a ampliar el régimen de la contratación pública de servicios en el AGCS. En tercer lugar, de conformidad con la Declaración Ministerial de Singapur, aprobada durante la primera Conferencia

Ministerial de la Organización Mundial del Comercio, se han entablado negociaciones con miras a elaborar elementos para un acuerdo multilateral sobre la transparencia en la contratación pública. Aunque el mandato de las primeras dos actividades se extiende a la no discriminación y la transparencia, el de la tercera se limita a algunos aspectos de la transparencia.

34. Con respecto a la labor relativa a la transparencia, pese a que se han llevado a cabo intensas negociaciones en un período de cuatro años, subsistían diferencias considerables entre los miembros del Grupo de Trabajo sobre la Transparencia de la Contratación Pública, cuya labor condujo a la cuarta Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio, celebrada en Doha en 2001, y a la realización de posteriores actividades. Algunos miembros sostienen que el mandato de negociación de Singapur en el marco de la Declaración no se extiende a la realización de negociaciones sobre un acuerdo en materia de transparencia de la contratación pública, y que el Grupo debe limitar sus actividades a la etapa de estudio de su mandato, con miras a lograr un entendimiento común de los diversos elementos de la transparencia. Además, existen grandes divergencias respecto de cuestiones que van desde el ámbito de aplicación y el alcance del futuro acuerdo hasta los métodos de contratación y los requisitos de los procedimientos de examen interno.

35. En la Declaración de la Conferencia Ministerial de la OMC celebrada en Doha se procuró abordar estas cuestiones formales y materiales. En ella se dispone que las negociaciones se celebrarán después de la quinta Conferencia Ministerial, prevista para 2003, sobre la base de una decisión que se debe adoptar en dicha Conferencia, por consenso expreso, sobre las modalidades de las negociaciones. Durante las negociaciones y tras su conclusión se prestará asistencia técnica suficiente y se apoyará la creación de capacidades. Respecto del alcance de las negociaciones, en la Declaración de Doha se vuelve a subrayar que las negociaciones se limitarán a los aspectos relativos a la transparencia, por lo que no restringirán la posibilidad de que los países den preferencia a los suministros y a los proveedores nacionales.

Notas

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo sexto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/36/17), párr.100.

[2] Ibíd., *cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/49/17), anexo I.

[3] En el período abarcado por este informe la Comunidad Europea celebró acuerdos bilaterales en materia de contratación pública con los 13 países siguientes: Bulgaria, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Israel, Letonia, Lituania, México, Polonia, República Checa, República de Corea y Rumania. Para obtener información detallada, véase, por ejemplo, el informe sobre las negociaciones en materia de acceso a los mercados de la contratación pública de países terceros en las esferas abarcadas por esta directiva 93/38, disponible en http://simap.eu.int, en "rules and guidelines".

[4] Estas disposiciones del Tratado de Roma figuran en el artículo 28 sobre la libre circulación de mercancías, en el artículo 43 sobre el derecho de establecimiento, en el artículo 49 sobre la libre prestación de servicios, en el artículo 56 sobre la libertad de movimientos de capitales, y los artículos 81 y siguientes relativos a las normas sobre competencia.

[5] Véase, por ejemplo, el caso *UNIX,* en el que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sostuvo que la utilización del término *"UNIX"* en un anuncio de contratos públicos

violaba las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías en las Comunidades, puesto que el flujo de las importaciones en el comercio intracomunitario puede verse obstaculizado al reservar el mercado exclusivamente a los proveedores que se propongan utilizar el sistema específicamente indicado (Asunto C-359/93, Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos [1995] *Recopilación de Jurisprudencia, págs. 1-157).*

[6] Véase, por ejemplo, la Directiva 93/36 del 14 de junio de 1993 (la Directiva sobre los Contratos Públicos de Suministro) [1993] D.O. L199/1, considerando 9 del preámbulo.

[7] Directiva 92/50 del 18 de junio de 1992 (Directiva sobre los Servicios Públicos), [1992], D.O. L209/1;
Directiva 93/36 del 14 de junio de 1993 (Directiva sobre los Contratos Públicos de Suministro), [1993], D.O. L199/1; y
Directiva 93/37 del 14 de junio de 1993 (Directiva sobre los Contratos Públicos de Obras) [1993], D.O. L199/54.

[8] Directiva 89/665 del 21 de diciembre de 1989 (Directiva sobre los Procedimientos de Recursos en materia de adjudicación de Contratos Públicos), [1989], D.O. L395/33, modificada por la Directiva 92/50 del 18 de junio de 1992 (Directiva sobre coordinación de los Procedimientos de adjudicación de los Contratos Públicos de Servicios), [1992] D.O. L209/1.

[9] Esas actividades son las siguientes:
a) la puesta a disposición o la explotación de redes fijas que presten un servicio al público en relación con la producción, transporte o distribución:
i) de agua potable; o
ii) de electricidad; o
iii) de gas o de calefacción; o el suministro de agua potable, electricidad, gas o calefacción a dichas redes;
b) la explotación de una zona geográfica determinada para:
i) la prospección o extracción de petróleo, gas, carbón u otros combustibles sólidos; o
ii) la puesta a disposición de los transportistas aéreos, marítimos o fluviales, de los aeropuertos, de los puertos marítimos o interiores o de otras terminales de transporte;
c) la explotación de redes que presten un servicio público en el campo del transporte por ferrocarril, sistemas automáticos, tranvía, trolebús, autobús o cable.
En cuanto a los servicios de transporte, se considera que existe una red cuando el servicio se presta con arreglo a las condiciones establecidas por una autoridad competente de un Estado miembro, tales como las condiciones relativas a los itinerarios, a la capacidad de transporte disponible o a la frecuencia del servicio;
d) la puesta a disposición o la explotación de redes públicas de telecomunicaciones o el suministro de uno o más servicios públicos de telecomunicaciones.

[10] Directiva 93/38 del 24 de junio de 1993 (la Directiva sobre los Servicios Públicos), [1993] D.O. L199/84.

[11] Directiva 92/13 del 25 de febrero de 1992 (la Directiva sobre los Medios de Recursos en Materia de Contratación de Servicios Públicos) [1993] D.O. L76/14.

[12] La justificación para la reglamentación del régimen de la contratación pública relativa a las empresas de servicios públicos en un instrumento jurídico separado es doble. En primer lugar, en algunos Estados miembros de la Comunidad Europea, las entidades adjudicadoras del sector de los servicios públicos se rigen por el derecho público, y en otros por el derecho privado. Por ese motivo, para el ámbito de aplicación del régimen de la contratación pública, fue necesario aplicar un criterio distinto de la referencia al régimen jurídico de dichas empresas, como sucede respecto de las normas en materia del sector público, a fin de garantizar un justo equilibrio en la aplicación de las normas en materia de contratación pública en esos sectores. En segundo lugar, contrariamente a lo que sucede en los organismos de naturaleza esencialmente administrativa regidos por las normas del sector público, las autoridades adjudicadoras que desarrollan sus actividades en el sector de los servicios públicos tenían objetivos típicamente económicos o industriales. Las obligaciones que se imponían a las empresas prestatarias de servicios públicos debían ser más flexibles que las normas del sector público para poder permitir que las

autoridades adjudicadoras intervinientes pudiesen gestionar las actividades relacionadas con la contratación pública de manera efectiva habida cuenta de las particulares circunstancias económicas. Véanse los considerandos 8 y siguientes del preámbulo de la Directiva 93/38 del 24 de junio de 1993 (Directivas sobre los Servicios Públicos), [1993] D.O. L199/84.

[13] Directiva 97/52 del 13 de octubre de 1997 (Directiva de coordinación pública) [1997] D.O. L328/1; y
Directiva 98/4 del 16 de febrero de 1998 (Directivas de coordinación de servicios públicos), [1998] D.O. L101/1.

[14] Véase, por ejemplo, la Directiva 93/38, considerandos 1, 11 y 12 del preámbulo.

[15] *La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro*, Libro Verde (27 de noviembre de 1996, COM(96) 583, final).

[16] *La Contratación pública en la Unión Europea*, Comunicación de la Comisión (11 de marzo de 1998, COM(98) 143, final).

[17] *Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, de servicios y de obras* (10 de mayo de 2000, COM(2000) 275, final); y *Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía y de los transportes* (10 de mayo de 2000, COM(2000) 276, final).

[18] *Propuesta modificada de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, de servicios y de obras* (6 de mayo de 2002, COM(2002) 236, final); y *propuesta modificada de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos en los sectores del agua, de la energía y de los transportes* (6 de mayo de 2002, COM (2002) 235, final).

[19] Artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

[20] Con respecto al sector público, la Comisión aceptó, en su totalidad o en parte, 63 de las 103 enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo. Todas esas enmiendas pueden consultarse en el documento A5-0378/2001 en el sitio informático http://eurparl.eu.int. Con respecto a las normas sobre el sector de los servicios públicos, la Comisión aceptó, total o parcialmente, con las modificaciones necesarias, 47 de las 83 enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo. Todas ellas pueden consultarse en el documento A5-0379/2001 en el sitio informático http://eurparl.eu.int.

[21] Véanse, por ejemplo, las conclusiones de la sexta reunión de la Unión Europea y el Comité Birregional de Negociaciones, en el sitio informático http://europa.eu.int.

[22] En términos generales, en esta disposición obligatoria se prevé la no discriminación en favor de las industrias nacionales al establecer que los miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) otorgarán el mismo trato a las mercancías, los servicios y los proveedores de otros miembros de la OMC que el que se otorgue a las mercancías, servicios y empresas de origen nacional. Por otra parte, la obligación de otorgar el trato de la nación más favorecida exige que no haya discriminación entre los miembros “extranjeros” de la OMC al prever que todo trato preferente otorgado a los productos, servicios o proveedores de un miembro de la OMC debe otorgarse igualmente a los proveedores y a los productos o servicios “similares” de cualquier otro.

[23] En términos generales, las normas sobre transparencia obligan a los miembros a dar a conocer sus medidas públicas sobre el comercio con miras a facilitar su consulta por otros miembros de la OMC y por los agentes nacionales y extranjeros de los mercados respectivos.

[24] Véase el párrafo 2 del artículo II del Acuerdo sobre la OMC. Los acuerdos multilaterales de la OMC forman parte del llamado “todo único” de la Ronda Uruguay. Se pide a los Estados

signatarios que asuman los derechos y obligaciones dimanantes de estos acuerdos como condición para convertirse en miembros de la OMC. A diferencia de la práctica del antiguo GATT ("GATT *à la carte*"), los miembros de la OMC no pueden desvincularse de determinados acuerdos que formen parte del "todo único", porque los derechos y obligaciones que se derivan de estos acuerdos son obligatorios para todos los miembros de la OMC.

[25] Véase el párrafo 3 del artículo II del Acuerdo sobre la OMC. Los acuerdos multilaterales de la OMC no forman parte del "todo único". En lugar de ello, funcionan como acuerdos que "se superponen" al "todo único", por lo que crean obligaciones o derechos únicamente para los miembros de la OMC que han optado por participar en ellos.

[26] En el momento de la redacción del presente documento (marzo de 2003), los siguientes países y territorios y entidades eran partes en el Acuerdo sobre Contratación Pública: Alemania, Austria, Bélgica, Canadá, Comunidad Europea, Dinamarca, España, Estados Unidos de América, Finlandia, Francia, Grecia, Región Administrativa Especial de Hong Kong (China), Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Japón, Liechtenstein, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Países Bajos con respecto a Aruba, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República de Corea, Singapur, Suecia y Suiza. Según la información que figuraba en la página de presentación de la OMC en el momento de la redacción del presente documento, varios países negociaban su adhesión al Acuerdo.