



# Asamblea General

Distr. limitada  
15 de diciembre de 2004  
Español  
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para  
el Derecho Mercantil Internacional**  
Grupo de Trabajo I (Contratación Pública)  
Séptimo período de sesiones  
Nueva York, 4 a 8 de abril de 2005

## **Posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: Cuestiones derivadas de la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública**

### **Nota de la Secretaría**

#### **Adición**

*[Los capítulos I a III se han publicado en el documento A/CN.9/WG.I/WP.34]*

### **Índice**

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
IV. Utilización de las comunicaciones electrónicas en el proceso de la contratación pública .....	1-58	2
A. Observaciones generales: etapas de la utilización de la vía electrónica en el proceso de contratación pública .....	3-7	2
B. Publicación por vía electrónica de la convocatoria a participar en una contratación pública concreta .....	8-17	5
C. Suministro por vía electrónica del pliego de condiciones o la convocatoria a precalificación y de las solicitudes de propuestas o cotizaciones .....	18-21	7
D. Presentación por vía electrónica de ofertas, propuestas y cotizaciones .....	22-37	8
E. Forma de otras comunicaciones durante el proceso de contratación .....	38-43	13
F. Valor jurídico de los documentos electrónicos utilizados en el proceso de contratación pública, o derivados de éste .....	44-58	15



## **IV. Utilización de las comunicaciones electrónicas en el proceso de la contratación pública**

1. En su sexto período de sesiones (Viena, 30 de agosto a 3 de septiembre de 2004), el Grupo de Trabajo señaló que las principales cuestiones normativas con respecto a la utilización de métodos electrónicos de comunicación que se planteaban en el contexto de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (“la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública” o “la Ley Modelo”)<sup>1</sup> eran las siguientes:

a) Si el régimen de la contratación pública debería permitir o exigir a las entidades adjudicadoras que utilizaran la vía electrónica de común acuerdo con los proveedores, o si debería prever que cada una de las partes pudiera exigir de la otra que se emplearan las comunicaciones electrónicas;

b) Si se debería imponer condiciones para la utilización de la vía electrónica a fin de salvaguardar los objetivos del régimen de la contratación pública, a fin de impedir que los medios electrónicos elegidos dificultaran el acceso a la información o supusieran un peligro para la confidencialidad, la autenticidad y la seguridad de las operaciones, o para la integridad de los datos (A/CN.9/568, párr. 30).

2. En cuanto a la medida en que podrían exigirse o hacerse obligatorias las comunicaciones electrónicas (inclusive la presentación de ofertas por vía electrónica), se había informado al Grupo de Trabajo de que en la práctica de varios países las entidades adjudicadoras estaban autorizadas a exigir a los licitantes que utilizaran la vía electrónica en el proceso de contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.31, párr. 55). En su sexto período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en general en la conveniencia de regular la cuestión con un criterio flexible. En el Grupo de Trabajo hubo amplio acuerdo en el sentido de que no debería permitirse a los proveedores que impusieran a la entidad adjudicadora un determinado medio de comunicaciones. No obstante, en lo referente al derecho de la entidad adjudicadora a requerir que las comunicaciones se efectuaran por vía electrónica, se estimó en general que no sería oportuno una regla que previera esa posibilidad en todos los casos y circunstancias (A/CN.9/568, párr. 33). Se convino en general en que sería útil formular disposiciones que permitieran expresamente y, en las circunstancias adecuadas, promovieran la utilización de las comunicaciones electrónicas, tal vez con la salvedad de que se evitara, en general, que la vía de comunicación impuesta por la entidad adjudicadora limitara indebidamente el acceso al proceso de contratación. En la Guía para la incorporación al derecho interno convendría agregar orientaciones y explicaciones sobre las diversas opciones relativas a los tipos de medios de comunicación disponibles y a las medidas de control que pudieran resultar necesarias (A/CN.9/568, párr. 39).

### **A. Observaciones generales: etapas de la utilización de la vía electrónica en el proceso de contratación pública**

3. Al examinar el grado apropiado de orientación que debería darse, tal vez el Grupo de Trabajo desee tener en cuenta las diversas etapas de la utilización, en la práctica actual, de las comunicaciones electrónicas en el proceso de contratación pública. En los recientes estudios sobre la utilización de aplicaciones electrónicas en

ese proceso se hace en general una distinción entre dos sistemas: las licitaciones electrónicas y los sistemas de compras por vía electrónica<sup>2</sup>.

4. Los “sistemas electrónicos de licitación” se definen como sistemas desarrollados para respaldar los “procesos de licitación pública cuidadosamente regulados, que se basan en documentos de licitación y especificaciones técnicas detallados”<sup>3</sup>. Se afirma que los sistemas electrónicos de licitación son especialmente adecuados para la contratación pública “de grandes obras públicas, de instalaciones de producción tales como una central hidroeléctrica, de capacidades de rendimiento como los grandes sistemas informáticos, o de servicios sumamente especializados como los de diseño y gestión de redes privadas virtuales de comunicación. Todas estas operaciones de contratación pública comportan un gran volumen de documentación y exigen una evaluación detenida de los aspectos relativos a la calidad, contratos a la medida o ajustados a determinadas especificaciones, y servicios de amplio alcance”<sup>4</sup>. Los sistemas electrónicos de licitación pueden desempeñar diversos tipos de funciones de apoyo para la realización del proceso de contratación pública, inclusive asistencia para la preparación de la documentación de licitación mediante plantillas de documentos; publicación electrónica; control del acceso y protección de los documentos originales; capacidad para hacer estudios de mercado; automatización de todas las tareas que entraña el proceso de licitación, desde la preparación y aprobación de los pliegos de condiciones, hasta la aceptación práctica de los bienes o servicios que se adquieran; el apoyo a los procesos que no se desarrollan en línea, como la precalificación de los licitantes, y la evaluación de las ofertas<sup>5</sup>. Según la medida en que se utilice la tecnología de la información de un país, los sistemas podrán pasar por las siguientes etapas:

a) *Primera etapa*: En esta etapa, la utilización de las comunicaciones electrónicas se limita básicamente a publicar las convocatorias a licitación por vía electrónica, como, por ejemplo, a través de sitios de la *web* en Internet. Ese sistema no es muy complejo desde el punto de vista tecnológico y sólo requiere una modificación legislativa mínima o nula;

b) *Segunda etapa*: En esta etapa se ponen a disposición por vía electrónica las convocatorias a precalificación y los pliegos de condiciones de las ofertas, que los proveedores pueden descargar desde el sitio en la *web* indicado o se transmiten, previa solicitud, por correo electrónico. Además se pueden llevar a cabo otras actividades por vía electrónica, como la inscripción en línea de los proveedores y contratistas y los anuncios a través del correo electrónico, de próximas oportunidades comerciales, sobre la base de los perfiles de proveedores;

c) *Tercera etapa*: Esta etapa comporta la conversión a un procesamiento electrónico completo y exige una tecnología, una capacidad operativa y una infraestructura jurídica y reguladora considerablemente más complejas. En esta etapa, todos los trámites previos a la licitación se realizan por medios electrónicos: la convocatoria a participar en la contratación pública, la inscripción, el suministro del pliego de condiciones, las aclaraciones, o la modificación del proceso o la sustancia de la contratación pública. Además, pueden hacerse por vía electrónica la presentación de las ofertas, la apertura de ellas, el registro de las minutas de la sesión de la presentación de ofertas, el registro en que consta la decisión relativa a la adjudicación, la recepción y registro de quejas, y la notificación de las decisiones relativas a éstas;

d) *Cuarta etapa*: la cuarta y última etapa comporta, además de las capacidades enunciadas en la tercera, unas funciones altamente especializadas de apoyo y supervisión, inclusive las relativas a la liquidación de las operaciones efectuadas a través de la plataforma de contratación; los servicios avanzados de agregación de la demanda (mediante los cuales el operador de la plataforma de contratación determina las posibilidades de agregación de la demanda del sector público en lo tocante a ciertos bienes o servicios, y las subastas electrónicas en mercados activos destinadas a lograr las economías de escala conexas); o los servicios avanzados de apoyo a los compradores (con ayuda de los cuales el operador de la plataforma de adquisiciones elabora perfiles de contratación pública de los distintos organismos gubernamentales, sobre todo en el caso de adquisiciones recurrentes, y proporciona estudios de mercado y servicios de operaciones a la medida que permiten aumentar la eficiencia y economía de esas adquisiciones)<sup>6</sup>.

5. Los “sistemas electrónicos de adquisiciones” -que pueden incluir catálogos electrónicos, subastas electrónicas inversas o de puja o precio descendente y “adquisiciones dinámicas”- están a su vez orientados sobre todo hacia la compra de productos estandarizados, bien artículos concretos o lotes, o de servicios claramente definidos. Sus características distintivas son las siguientes:

a) Comportan el equivalente electrónico jurídico de un mercado físico en el que las mercancías se muestran en forma figurada (catálogo electrónico) y los compradores y vendedores se reúnen conforme a procedimiento aplicados por el operador del mercado;

b) Proporcionan medios para hacer comparaciones, así como mecanismos electrónicos de fijación de precios, pero no servicios para la formación de contratos, ya que las condiciones de éstos se suelen establecer de antemano<sup>7</sup>.

6. Se sugiere que la flexibilidad prevista por el Grupo de Trabajo en su labor (véase el párrafo 2 *supra*) se promoverá mejor teniendo presente no sólo que los Estados puedan estar en distintas etapas en lo concerniente a la utilización de las comunicaciones electrónicas, sino también que, incluso dentro de los mismos Estados, diversas entidades adjudicadoras pueden no tener el mismo nivel de competencia en cuanto a la utilización de la tecnología de la información en el proceso de contratación. También conviene tener en cuenta que, en todo caso, esta situación puede cambiar rápidamente a medida que se adquiera más experiencia y que la tecnología se utilice más ampliamente, lo cual es una de las razones de que el Grupo de Trabajo quiera aplicar un enfoque flexible a la utilización de las comunicaciones electrónicas en el proceso de contratación. Al mismo tiempo, sin embargo, tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar la posibilidad de que haya un equilibrio adecuado entre el interés por preservar la flexibilidad y el asesoramiento que tal vez necesiten los Estados para lograr progresos en cuanto a la modernización de sus procesos de contratación pública. Un criterio demasiado cauteloso que no previera la prestación de asesoramiento concreto sobre las medidas necesarias para eliminar los posibles obstáculos jurídicos al empleo de las comunicaciones electrónicas podría ser de por sí contrario al objetivo de flexibilidad, ya que no respaldaría los esfuerzos de los Estados que desearan ampliar la utilización de la vía electrónica en el proceso de contratación pública.

7. En las secciones siguientes se abordan las cuestiones ligadas a la utilización de las comunicaciones electrónicas que pueden surgir en el contexto de cualquiera de

las tres primeras etapas de los “sistemas electrónicos de licitación”, tal como se describen más arriba (véase el párr. 4 *supra*). Las cuestiones jurídicas relacionadas con la cuarta etapa de un sistema electrónico de licitación (véase el párr. 4 d) *supra*), caen en su mayoría fuera del ámbito de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, ya que se refieren a la planificación de las adquisiciones y la gestión de los contratos. Los problemas ligados a la utilización de las subastas electrónicas inversas o de puja descendente, como ejemplo de los “sistemas electrónicos de adquisiciones”, se examinan en una nota separada (A/CN.9/WG.I/WP.35).

## **B. Publicación por vía electrónica de la convocatoria a participar en una contratación pública concreta**

8. Muchos Estados y entidades utilizan en la actualidad la vía electrónica para publicar las invitaciones a los proveedores para que participen en procesos de contratación específicos (inclusive las que deban ser publicadas con arreglo a la ley)<sup>8</sup>. En su sexto período de sesiones, el Grupo de Trabajo reconoció el valor de las publicaciones por vía electrónica como medio para aumentar la transparencia y la competencia, y expresó la opinión de que la Ley Modelo debería alentar la publicación electrónica de la información que ésta exigía actualmente a los Estados que publicaran (A/CN.9/568, párr. 21).

9. El párrafo 1) del artículo 24 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública exige la publicación de las convocatorias a licitación o precalificación en la publicación oficial que indique el Estado promulgante al incorporar la Ley Modelo a su derecho interno (como, por ejemplo, la gaceta oficial). Además, y de conformidad con el párrafo 2) del artículo 24, la convocatoria deberá también publicarse en un “periódico” o una “revista técnica o profesional de amplia circulación internacional”. Las disposiciones del artículo 24 se han incorporado, mediante referencia cruzada al capítulo III de la Ley Modelo, en el párrafo 1) de su artículo 46 (licitación en dos etapas). Los párrafos 1) y 2) del artículo 37 (contratación de servicios), el párrafo 2) del artículo 47 (licitación restringida) y el párrafo 2) del artículo 48 (solicitud de propuestas) contienen disposiciones análogas. En general, esas otras disposiciones plantean los mismos tipos de cuestiones que en el caso del artículo 24, las cuales se examinan en los párrafos siguientes y se aplican también, *mutatis mutandis*, al contexto de esas disposiciones.

10. El artículo 24 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública comporta la publicación sobre soporte de papel. Ahora bien, para promover la publicación de dicha información por medios electrónicos, tal vez no baste con incluir algún texto en la Guía para la incorporación al derecho interno, en donde se enumeren las ventajas, la conveniencia y los posibles métodos de publicación por vía electrónica, sino que se haya de incluir en la propia Ley Modelo alguna disposición adicional al respecto.

11. Una solución aparentemente sencilla para tener en cuenta la publicación por vía electrónica de las convocatorias a licitación tal vez fuera incluir en el artículo 24 una aclaración suplementaria análoga a la propuesta para su inclusión en el artículo 5 (véase A/CN.9/WG.I/WP.34, párrs. 24 a 28), la cual podría ser del tenor

siguiente “que podrá incluir la publicación por medio de sistemas electrónicos de información públicamente accesibles”, dando las explicaciones apropiadas en la Guía para la incorporación al derecho interno. Sin embargo, y habida cuenta de los efectos que la elección de la forma de publicación produce inevitablemente sobre el posible grupo de proveedores, no es probable que este tipo de enmienda mínima corresponda a lo expresado por el Grupo de Trabajo en el sentido de que la vía de comunicación elegida por la entidad adjudicadora no deberá restringir arbitrariamente el acceso al procedimiento adjudicatorio ni deberá discriminar contra los proveedores ni entre ellos (A/CN.9/568, párrs. 34, 41 y 42). Es más, sería importante aclarar si, y en qué medida, la publicación por vía electrónica podría sustituir a la publicación sobre soporte de papel y en qué circunstancias podrían ser utilizadas o no por una entidad adjudicadora.

12. Así pues, tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar qué tipo de disposiciones adicionales puede ser conveniente para permitir, a la vez, la utilización de publicaciones electrónicas e impedir toda discriminación entre los proveedores. En su sexto período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino, en general, en que sería útil formular disposiciones que permitieran expresamente y, en circunstancias apropiadas, promovieran la utilización de medios electrónicos con sujeción a un requisito general de que la vía de comunicación impuesta por la entidad adjudicadora no debería restringir indebidamente el acceso al proceso de contratación (A/CN.9/568, párr. 39).

13. A la luz de lo que antecede, tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar la posibilidad de que una aclaración encaminada a facilitar la comprensión en la forma sugerida más arriba (véase el párr. 11 *supra*) vaya acompañada por el requisito de que la vía de publicación no comprometa el principio general de accesibilidad, sin especificar, no obstante, los medios técnicos que habría que utilizar, con miras a preservar la neutralidad tecnológica<sup>9</sup>.

14. Por lo tanto, tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar en consideración las siguientes enmiendas a los artículos 24, 37, 47 y 48 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública:

a) Aclarar que la referencia a “publicación” podrá incluir la publicación facultativa u obligatoria por vía electrónica. Tal vez desee también examinar la cuestión de si una referencia entre paréntesis en el texto podría indicar que los Estados promulgantes podrían, cuando fuera posible, insertar una referencia a un medio electrónico (especificado);

b) Establecer las condiciones para la utilización de publicaciones por vía electrónica a fin de garantizar que se hagan por medios electrónicos de información que sean accesibles, y

c) Exigir posiblemente a las entidades adjudicadoras que justifiquen la utilización de publicaciones por vía electrónica en el expediente del proceso de contratación.

15. Los proyectos propuestos de enmienda de los artículos 24, 37, 47 y 48, que reflejan las consideraciones expuestas más arriba, figuran en el documento A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2. Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar la cuestión de si esas enmiendas reflejan debidamente las deliberaciones realizadas hasta la fecha, y si bastan prever la utilización de publicaciones por vía electrónica o será

necesaria alguna otra clarificación. Además, quizá desee examinar a su debido tiempo, en relación con su estudio de posibles mejoras de la estructura de la Ley Modelo (véase A/CN.9/568, párrs. 123 a 126), la cuestión de si podrían refundirse esas disposiciones en un solo artículo que se aplicaría, cuando procediera, a los distintos métodos de contratación previstos en la Ley Modelo.

16. Por otra parte, tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar si sería necesario dar orientaciones detalladas, bien en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública bien en la Guía para su incorporación eventual al derecho interno, para regular, entre otras cosas, cuestiones tales como la flexibilidad en la utilización de una vía de publicación, quién debería decidir acerca de esa vía, si debería justificarse el empleo de la publicación por vía electrónica únicamente o la no utilización de medios electrónicos, por qué motivos podría adoptarse esa decisión, si tal decisión debería ser objeto de reconsideración y a quién debería imputarse la responsabilidad de cualquier omisión.

17. En la práctica nacional parece haber interés en sustituir totalmente la publicación sobre soporte de papel de las convocatorias a licitación por su publicación por medios electrónicos<sup>10</sup>, aunque la mayoría de los países aceptan al parecer que la publicación hecha sobre soporte de papel y la hecha por vía electrónica pueden coexistir durante cierto período de transición. A este respecto, tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar asimismo la cuestión de si en la Guía para la incorporación al derecho interno se deberían estudiar los posibles factores que los Estados habrían de tener en cuenta al evaluar cuándo es o puede ser posible pasar enteramente a la publicación por vía electrónica, como, por ejemplo, cuando se haya alcanzado un umbral en cuanto a la utilización de comunicaciones electrónicas.

### **C. Suministro por vía electrónica del pliego de condiciones o la convocatoria a precalificación y de las solicitudes de propuestas o cotizaciones**

18. El artículo 26 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública no regula expresamente la forma en que debe facilitarse el pliego de condiciones a los proveedores y contratistas, y sólo exige que se entreguen “de conformidad con los trámites y requisitos indicados en la convocatoria a licitación”. Sin embargo, la referencia en el mismo artículo al “costo de su impresión” supone una forma sobre soporte de papel del pliego de condiciones. Estas disposiciones están incorporadas, mediante referencia cruzada al capítulo III de la Ley Modelo, en los párrafos 1) del artículo 46 (licitación en dos etapas) y 3) del artículo 47 (licitación restringida), y existen disposiciones análogas en los párrafos 2) del artículo 7 (proceso de precalificación) y 4) del artículo 37 (contratación pública de servicios). El apartado f) del párrafo 1) del artículo 25 de la Ley Modelo, a su vez, exige que en las convocatorias de licitación se indiquen “la forma de obtener el pliego de condiciones y el lugar donde podrá obtenerse”. Cabe argüir que estas disposiciones tienen un carácter lo suficientemente neutral para permitir la provisión del pliego de condiciones en forma electrónica. No obstante, si términos tales como “pliego” y “lugar” se toman en sentido estricto, esas disposiciones podrían interpretarse en el sentido de que únicamente el pliego de condiciones impreso en un medio tangible está previsto en la Ley Modelo.

19. Algunos países autorizan expresamente a las entidades adjudicadoras a transmitir por vía electrónica el pliego de condiciones, inclusive las especificaciones, la descripción del proyecto, los proyectos de contrato y otra información conexas, con sujeción a varias medidas de control, como, por ejemplo, que haya un registro de la fecha y hora de la transmisión y la recepción del contenido de ésta, y que se proporcione una identificación adecuada del expedidor y el destinatario<sup>11</sup>. Otra forma de facilitar el pliego de condiciones que, según la tecnología en que se base la contratación pública por vía electrónica, puede pasar a ser ampliamente utilizada es la introducción del pliego en una base de datos o un sistema informático accesible -como, por ejemplo, un sitio especial en la *web*- desde el cual puedan descargarlo los proveedores. La convocatoria a licitación puede incluso incorporar ese pliego, por referencia, de modo análogo a como lo hacen las entidades comerciales con respecto a las condiciones contractuales generales puestas a disposición a través de Internet.

20. A fin de evitar toda duda, tal vez convenga indicar claramente en el artículo 26 de la Ley Modelo que la obligación de una entidad adjudicadora de proporcionar el pliego de condiciones puede cumplirse poniendo éste a disposición de los usuarios a través de un sistema electrónico de información públicamente accesible, desde el cual los proveedores puedan descargarlo o imprimirlo, posibilidad que los ordenamientos de algunos países ya reconocen<sup>12</sup>.

21. Los proyectos propuestos de enmienda de los artículos 7, 26 y 37 que reflejan las consideraciones expuestas más arriba figuran en el documento A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2. Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinarlos, así como agregar disposiciones sobre esta materia en los artículos 48 a 50 de la Ley Modelo, teniendo presente el carácter flexible de los métodos de contratación pública previstos en esos artículos. Además tal vez desee considerar a su debido tiempo la posibilidad, como se ha sugerido en relación con las enmiendas propuestas al artículo 24 (véase el párr. 15 *supra*), de refundir esas disposiciones adicionales en un solo artículo que se aplicaría, cuando procediera, a los distintos métodos de contratación previstos en la Ley Modelo.

#### **D. Presentación por vía electrónica de ofertas, propuestas y cotizaciones**

22. El apartado a) del párrafo 5) del artículo 30 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública dispone que las ofertas deberán presentarse “por escrito, firmadas y en sobre sellado”. Esa disposición está incorporada, por referencia cruzada al capítulo III de la Ley Modelo, en los párrafos 1) del artículo 46 (licitación en dos etapas) y 3) del artículo 47 (licitación restringida), y una disposición análoga está implícita en el artículo 45 (contratación pública de servicios) y en el párrafo 6) del artículo 48 (solicitud de propuestas).

23. Ni el apartado a) del párrafo 5) del artículo 30 ni las disposiciones correspondientes contenidas en otros lugares de la Ley Modelo contemplan la presentación de ofertas por vía electrónica. Aún así, el apartado b) del párrafo 5 del mismo artículo establece que, sin perjuicio del derecho de los proveedores o contratistas de presentar una oferta por escrito, firmada y en sobre sellado, la oferta “podrá también presentarse de cualquier otra forma que se especifique en el pliego

de condiciones por la que quede constancia del contenido de la oferta y que proporcione por lo menos un grado análogo de autenticidad, seguridad y confidencialidad”.

24. Así, el inciso b) del párrafo 5) del artículo 30 puede interpretarse en el sentido de que brinda a las entidades adjudicadoras la opción de permitir la presentación de ofertas por vía electrónica. No obstante, es preciso examinar dos cuestiones en relación con esta disposición, a saber:

a) Si el texto actual basta para garantizar la equivalencia funcional entre las ofertas presentadas por escrito, firmadas y en sobre sellado y las presentadas por vía electrónica (véanse los párrs. 25 a 33 *infra*), y

b) Si una entidad adjudicadora podría prever la presentación de ofertas exclusivamente por medios electrónicos (véanse los párrs. 34 a 37 *infra*).

#### **1. Condiciones para la equivalencia funcional entre las ofertas presentadas por escrito y las presentadas por vía electrónica**

25. Por lo que respecta a la cuestión a), parece que la intención legislativa del apartado b) del párrafo 5) del artículo 30 es, de hecho, hacer posible que un proveedor presente una oferta por medios electrónicos si así lo desea y si la entidad adjudicadora ha admitido tal posibilidad. Sin embargo, tal vez el Grupo de Trabajo considere conveniente exponer en detalle las condiciones requeridas para una equivalencia funcional. Cabe sostener que la referencia a una forma en cuyo marco “quede constancia del contenido de la oferta” se ajustaría, en general, a los criterios de la equivalencia funcional entre un mensaje de datos y un escrito en virtud del artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico<sup>13</sup>, ya que la noción de “registro” suele comportar un medio que sea “accesible para su ulterior consulta”<sup>14</sup>.

26. Con todo, parece que las palabras “un grado análogo de autenticidad, seguridad y confidencialidad” podrían tener un carácter demasiado general para brindar suficiente orientación en cuanto a qué condiciones deben cumplir las ofertas por vía electrónica para ser reconocidas como que tienen el mismo valor jurídico que las presentadas por escrito, firmadas y en sobre sellado. Ya cuando se adoptó la Ley Modelo, se reconoció que podían necesitarse, por ejemplo, “reglas y técnicas” adicionales que “protejan la confidencialidad de la oferta e impidan su ‘apertura’ antes de que venza el plazo para su presentación”<sup>15</sup>.

27. Esta cuestión está estrechamente relacionada con el problema de las medidas de control de la utilización de las comunicaciones electrónicas, en particular en lo que respecta a la seguridad, confidencialidad y autenticidad de la presentación de ofertas, y la integridad de los datos, que el Grupo de Trabajo examinó en su sexto período de sesiones. En esa ocasión, el Grupo de Trabajo reconoció que, para que todo sistema de contratación pública por vía electrónica fuera eficiente y fiable, sería preciso adoptar medidas que salvaguardaran la seguridad, la confidencialidad y la autenticidad del texto comunicado, así como la integridad de los datos, para lo cual tal vez fuera necesario formular reglas y normas especiales. Hubo en general acuerdo en el Grupo de Trabajo en el sentido de que los siguientes principios constituían una buena base para la formulación de reglas, normas u orientaciones concretas en la materia:

- a) La vía de comunicación impuesta no deberá obstaculizar arbitrariamente la participación en el proceso adjudicatorio;
- b) Los medios utilizados deberán permitir determinar el origen y la autenticidad de las comunicaciones;
- c) Los medios que se utilicen deberán permitir garantizar la integridad de los datos;
- d) Los medios que se utilicen deberán permitir determinar el momento de recepción de los documentos, siempre que ese momento sea importante para aplicar las reglas aplicables al proceso de contratación;
- e) Los medios y mecanismos que se utilicen deberán permitir impedir que la entidad adjudicadora o alguna otra persona tenga acceso a las ofertas y a otros documentos importantes antes del plazo fijado;
- f) Deberá mantenerse la índole confidencial de toda información presentada por los proveedores o relativa a ellos (A/CN.9/568, párrs. 41 y 42).

28. Varios regímenes de contratación regionales<sup>16</sup> o nacionales<sup>17</sup> que permiten la presentación de las ofertas por vía electrónica establecen requisitos de seguridad que, en gran parte, son análogos a los aprobados con carácter provisional por el Grupo de Trabajo, o al menos a algunos<sup>18</sup> de ellos.

29. Sin embargo, cabe señalar que la mayoría de los principios mencionados más arriba ya se aplican -o deberían aplicarse- a los procesos de contratación pública sobre soporte de papel, como, por ejemplo, el principio de que las ofertas deberán ser auténticas o de que se deberá mantener su carácter confidencial durante el proceso de licitación. Por lo tanto, en el sexto período de sesiones se invitó al Grupo de Trabajo a que examinara detenidamente la necesidad de cualesquiera normas o reglas adicionales, y a que tuviera en cuenta la medida en que los principios sobre las cuestiones ya reguladas en normas de derecho general, o relativas al comercio electrónico o la firma electrónica, ya abordaban los asuntos a que se referían los principios propuestos. Según otra opinión, si el Grupo de Trabajo tenía la intención de formular orientaciones legislativas que permitieran la utilización de comunicaciones electrónicas en el proceso de contratación pública, sin que ello fuera imperativo, convendría enunciar en la propia Ley Modelo las condiciones en que habría que recurrir a ese tipo de comunicaciones (A/CN.9/568, párrs. 43 y 44).

30. La justificación para sugerir la adopción de un criterio prudente en cuanto a las medidas de control sobre las comunicaciones electrónicas parece ser la preocupación de que la legislación en materia de contratación pública debería evitar el establecimiento de distintas normas según los medios de comunicación que se utilizaran. Cabe señalar, sin embargo, que el carácter novedoso de las comunicaciones electrónicas puede inducir a los legisladores a formular reglas específicas para lo que se considera un problema especial ocasionado por el empleo de nuevas tecnologías en la contratación pública. Es más, varios países ya han promulgado legislación que especifica ciertas normas para su aplicación en las comunicaciones por vía electrónica encaminadas a lograr que proporcionen el mismo grado de fiabilidad que en general se supone que existe en el caso de las comunicaciones con soporte de papel<sup>19</sup>. Esas normas generales se complementan en algunos casos con reglamentos detallados<sup>20</sup>.

31. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar la posibilidad de que el objetivo de evitar la aplicación de un doble rasero a las comunicaciones electrónicas y las consignadas sobre papel se logre mejor elaborando reglas de carácter general que prevean requisitos que, en el texto actual de la Ley Modelo, se da por sentado que son aplicables a las comunicaciones sobre soporte de papel (por ejemplo, los requisitos en lo tocante a la autenticidad de las ofertas y otros documentos), pero que expresen claramente, a fin de evitar dudas, que se aplican también a las comunicaciones por vía electrónica. La Guía para la incorporación al derecho interno podría entonces proporcionar orientaciones suplementarias acerca de las prácticas óptimas para garantizar el cumplimiento de esos requisitos en relación con estas últimas comunicaciones, las cuales podrían basarse en las normas y reglamentos nacionales ya existentes en la materia.

32. Cabe señalar que ese planteamiento, que está reflejado en un proyecto de disposición contenido en el documento A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2 (proyecto de artículo 30 *bis*), estaría en consonancia con el acuerdo general a que llegó el Grupo de Trabajo en su sexto período de sesiones, en el sentido de que toda orientación al respecto debería formularse de modo que abarcara todos los medios de comunicación, dando una idea general de las medidas de control necesarias, y no debería ser excesivamente perentorio (A/CN.9/568, párr. 45).

33. Otro asunto relacionado con las condiciones para la equivalencia funcional entre las ofertas presentadas en sobre sellado y las tramitadas por vía electrónica es el método de apertura de las mismas. El párrafo 1) del artículo 33 de la Ley Modelo prevé que las ofertas “se abrirán en la fecha y hora indicadas en el pliego de condiciones como plazo para la presentación de ofertas [...] en el lugar y con las formalidades indicados” en el pliego. El párrafo 2) del artículo 33 prevé además que “la entidad adjudicadora autorizará a los proveedores o contratistas que hayan presentado ofertas a asistir al acto de apertura o a hacerse representar en él”. Mientras que el texto del párrafo 1) del artículo parece ser lo suficientemente lato para abarcar cualquier sistema de apertura de las ofertas, el párrafo 2) indica que los proveedores y contratistas deberán estar presentes en un lugar y un momento dados. Algunos países han incluido disposiciones habilitantes que prevén la apertura de las ofertas mediante un sistema electrónico de información que permita transmitir los datos que habitualmente se anuncia al abrirlas<sup>21</sup>. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar la posibilidad de incluir una disposición que permita a las entidades adjudicadoras emplear las comunicaciones electrónicas en lugar de recurrir a la apertura de las ofertas en presencia de los proveedores y contratistas. En el documento A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2 figuran las adiciones al artículo 33.

## **2. Carácter facultativo u obligatorio de las ofertas electrónicas**

34. El apartado b) del párrafo 5 del artículo 30 establece expresamente el derecho de un proveedor a presentar una oferta en la forma acostumbrada enunciada en el apartado a) del párrafo, a saber, por escrito, firmada y en sobre sellado. Según la Guía para la incorporación al derecho interno es ésta una salvaguardia “importante por no tener todo el mundo acceso a ciertos medios no tradicionales de comunicación, como el EDI [intercambio electrónico de datos]”<sup>22</sup>. En consecuencia, parece evidente que no puede exigirse a los proveedores que presenten sus ofertas por vía electrónica, ya que pueden insistir en utilizar para ese fin los medios tradicionales de comunicación.

35. En algunos países, las entidades adjudicadoras tienen, al parecer, el derecho de determinar cuándo se pueden presentar las ofertas por medios electrónicos<sup>23</sup> y, en los casos en que lo hacen, a señalar si podrán presentarse también sobre soporte de papel -método admitido, en general, en algunos países-, salvo indicación en contrario en la convocatoria a licitación<sup>24</sup>. No obstante, en esos países no se permite que los proveedores pasen de un medio a otro, ni que utilicen ambos medios para presentar las ofertas o cualquier parte de ellas<sup>25</sup>. Se ha adoptado un criterio algo distinto en los países en que se permite a las entidades adjudicadoras aceptar la presentación de ofertas por vía electrónica, pero que, al parecer, no están facultadas para prescribir la presentación por esta vía<sup>26</sup>, con la consecuencia de que los proveedores conservan aparentemente el derecho a optar entre la presentación de las ofertas sobre soporte de papel, por medios electrónicos o en forma electrónica almacenada en un medio tangible<sup>27</sup>. Por último, algunos países exigen a esas entidades que acepten las ofertas y otros documentos presentados por vía electrónica, a condición de que sean autenticados con arreglo a los métodos prescritos por la ley<sup>28</sup>.

36. Este último enfoque parece estar más en consonancia con el deseo general del Grupo de Trabajo de regular la cuestión con un criterio flexible (A/CN.9/568, párr. 33). Sin embargo, quizá el Grupo de Trabajo desee también tener presente que ciertos métodos de contratación pública (como la subasta electrónica inversa o de puja o precio descendente) son casi siempre aplicados tan sólo por medios electrónicos<sup>29</sup>. De hecho, un elemento fundamental de esos métodos es que todos los proveedores deben presentar sus ofertas exclusivamente por vía electrónica. Por consiguiente, una vez cumplidas las condiciones para el empleo de cualquiera de tales métodos especiales de contratación, la entidad adjudicadora debe tener el derecho de negarse a aceptar las ofertas que se hayan presentado por otros medios. Otro aspecto que el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar en consideración es que, incluso en el caso de métodos de contratación que, por su propia naturaleza, no exigen la utilización de comunicaciones electrónicas, la entidad adjudicadora podría tener un interés legítimo, en aras del logro de economías o la eficiencia, en recurrir, total o parcialmente, a dispositivos automatizados para recibir y tramitar las ofertas, como, por ejemplo, un portal especialmente concebido o un sitio en la *web* de Internet. En algunos países, el régimen de contratación pública alienta, de hecho, el empleo de sistemas totalmente automatizados para recibir y tramitar las ofertas, a los cuales se aplican, por lo demás, las reglas ordinarias de licitación<sup>30</sup>.

37. Habida cuenta de lo que antecede, quizá el Grupo de Trabajo desee considerar la posibilidad de agregar una disposición a la Ley Modelo, posiblemente como nuevo párrafo del actual artículo 30, en virtud de la cual las entidades adjudicadoras tengan el derecho de indicar si aceptan la presentación de ofertas de alguna forma que no sea “por escrito, firmadas y en sobre sellado” (es decir, por vía electrónica) y, en caso afirmativo, si las ofertas podrán también presentarse sobre soporte de papel. Esa disposición podrá establecer además que las ofertas sobre soporte de papel se considerarán aceptables salvo indicación en contrario en la convocatoria a licitación, en cuyo caso los proveedores tendrán que seguir las instrucciones que dé la entidad adjudicadora. Tal vez el Grupo de Trabajo desee asimismo considerar la posibilidad de exigir a la entidad adjudicadora que justifique la opción de las ofertas por vía electrónica exclusivamente. En el documento A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2 figuran las enmiendas propuestas al artículo 30, que reflejan algunas de las consideraciones que anteceden.

## E. Forma de otras comunicaciones durante el proceso de contratación

38. El párrafo 1) del artículo 9 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública establece que, sin perjuicio de los requisitos de forma especificados por la entidad adjudicadora al dirigir su primera invitación a participar en el proceso de contratación, las comunicaciones se harán de tal forma que “se deje constancia de su contenido”. Aun cuando esta disposición podría interpretarse en el sentido de permitir que esa entidad exija la utilización de comunicaciones por medios electrónicos, las deliberaciones del Grupo de Trabajo cuando se preparó la Ley Modelo indican que la intención inicial era contraria a ello<sup>31</sup>.

39. El párrafo 3) del artículo 9 establece, por otra parte, que la entidad adjudicadora no discriminará contra ningún proveedor o contratista, ni entre unos proveedores o contratistas y otros, a causa de la forma en que transmitan o reciban comunicaciones. En el sexto período de sesiones del Grupo de Trabajo se señaló que, en ciertas circunstancias, la obligatoriedad de la vía electrónica en un caso determinado podría suponer de hecho una discriminación contra los proveedores, o entre ellos, si los medios utilizados para transmitir las comunicaciones por vía electrónica no eran razonablemente accesibles a los posibles proveedores (A/CN.9/568, párr. 34). Hubo también acuerdo general en el sentido de que la regla del párrafo 3) del artículo 9 no obligaba necesariamente a todos los proveedores a emplear los mismos métodos para la comunicación con la entidad adjudicadora (A/CN.9/568, párr. 35),

40. Así pues, el Grupo de Trabajo contemplaría, al parecer, la posibilidad de incluir en el artículo 9 una regla general que autorizara a las entidades adjudicadoras a comunicarse con los proveedores y contratistas por vía electrónica, pero que conferiría a éstos el derecho de elegir entre las comunicaciones electrónicas y las consignadas sobre papel, cuando existiera tal posibilidad. No obstante, tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar la forma de vincular tal disposición con la aplicación de los métodos de contratación que, por su propia índole, requieren procesos totalmente automatizados, o los casos en que la entidad adjudicadora tendría un interés legítimo, en aras del logro de economías o de eficiencia, en emplear, de modo exclusivo, dispositivos total o parcialmente automatizados para comunicarse con los proveedores y contratistas (véase el párr. 36 *supra*).

41. Aparte de las comunicaciones enviadas individualmente a los proveedores y contratistas, tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar la forma de los anuncios, notificaciones y otras comunicaciones que la entidad adjudicadora debe enviar a todos los licitantes, como, por ejemplo, la modificación del pliego de condiciones mediante una adición con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 2) del artículo 28 (los párrafos 2) del artículo 40, 5) del artículo 48 y 2) del artículo 49 contienen disposiciones análogas), las convocatorias a reuniones hechas de conformidad con los párrafos 3) del artículo 28 y 3) del artículo 40, y la notificación de toda prórroga del plazo para la presentación de ofertas conforme al párrafo 4) del artículo 30. Esas comunicaciones pueden enviarse a las direcciones electrónicas facilitadas por los proveedores y los contratistas. Según la tecnología que utilice la entidad adjudicadora, puede parecer, no obstante, expeditivo introducir esas convocatorias, notificaciones y documentos en una base de datos o un sistema de información accesible -como, por ejemplo, un sitio especial en la *web*- desde el cual puedan descargarlos los proveedores (véase el párr. 19 *supra*). Algunos países ya reconocen

esa posibilidad<sup>32</sup>. Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar la conveniencia de incluir en el artículo 9 de la Ley Modelo una disposición en el sentido de que la entidad adjudicadora podrá cumplir su obligación de dar ciertas notificaciones a los proveedores y contratistas publicando el anuncio correspondiente en un sistema electrónico de información públicamente accesible desde el cual los proveedores puedan descargarlo o imprimirlo. En el documento A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2 figuran los proyectos propuestos de enmienda del artículo 9.

42. Otra cuestión que se somete a la consideración del Grupo de Trabajo es la referente a la celebración de reuniones con los proveedores y contratistas y la forma de tramitar las solicitudes de aclaración del pliego de condiciones y la respuesta a ellas. Los párrafos 1) y 2) del artículo 28 de la Ley Modelo tratan de esas solicitudes, de la forma en que la entidad adjudicadora dará respuesta a toda solicitud de esa índole y de las modificaciones del pliego de condiciones. En esas disposiciones se prevé que esa entidad deberá comunicar la aclaración y las modificaciones “a todos los proveedores o contratistas a los cuales haya entregado el pliego de condiciones”. Dichas disposiciones están incorporadas, mediante referencia cruzada al capítulo III de la Ley Modelo, en los párrafos 1) del artículo 46 y 3) del artículo 47, así como en los párrafos 1) y 2) del artículo 40, 5) del artículo 48 y 2) del artículo 49. Las disposiciones citadas están formuladas, al parecer, de forma técnicamente neutral y no prescriben ninguna forma concreta de comunicación. Así pues, tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar la posibilidad de que las disposiciones generales relativas al método de las comunicaciones en virtud del artículo 9, en su forma enmendada, comprendan, a los efectos de dichos artículos, las comunicaciones electrónicas.

43. La situación puede ser aún más compleja en el caso del párrafo 3 de los artículos 28 y 40, que regulan las reuniones con los proveedores y contratistas, ya que el término “reunión” sugiere por lo común la presencia física de personas en el mismo momento y lugar. Algunos países han introducido disposiciones habilitantes que autorizan a las entidades adjudicadoras a prescindir del requisito de una reunión efectiva, mientras sea posible que la entidad adjudicadora y los proveedores establezcan alguna otra forma de comunicación simultánea, como, por ejemplo, recurriendo a los servicios de teleconferencia<sup>33</sup>. Quizá el Grupo de Trabajo desee considerar la posibilidad de introducir una disposición que permita a las entidades adjudicadoras emplear las comunicaciones electrónicas para sustituir las reuniones con los proveedores y contratistas en que éstos estén presentes en persona. En el documento A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2 figuran los proyectos propuestos de enmienda de los artículos 28 y 40, que reflejan las consideraciones que anteceden.

## **F. Valor jurídico de los documentos electrónicos utilizados en el proceso de contratación pública, o derivados de éste**

44. Además de las cuestiones jurídicas mencionadas en los párrafos 8 a 43 *supra*, a los Estados promulgantes tal vez les interese asegurarse de que los contratos adjudicados electrónicamente conforme a su ordenamiento interno serán plenamente ejecutables y que las comunicaciones electrónicas y documentos intercambiados durante el proceso de la contratación pública no carecerán de valor jurídico, e inclusive que tendrán valor probatorio en un recurso administrativo jerárquico o un procedimiento judicial.

45. Como se examina más adelante, tal vez algunas de esas cuestiones no se presten a ser reguladas mediante disposiciones concretas en el régimen de contratación pública. Con todo, varias de ellas tendrán que ser reguladas en virtud de otra legislación.

### **1. Contratos adjudicados y firmas electrónicas**

46. En los párrafos y) del artículo 27 y u) del artículo 38 se hace referencia a un contrato adjudicado “escrito”. El artículo 36 prevé, en los apartados a) y b) de su párrafo 2, que en el pliego de condiciones se podrá exigir que el proveedor o el contratista cuya oferta haya sido aceptada “firme un contrato escrito” en los términos de la oferta, en cuyo caso el contrato deberá firmarse dentro de un plazo razonable contado a partir del momento en que se expida al proveedor o contratista el aviso de la aceptación de la oferta.

47. En la práctica nacional, algunos países autorizan el envío por vía electrónica del aviso de aceptación de una oferta<sup>34</sup>. En principio debería ser posible que una entidad adjudicadora de un país cuyo régimen de la contratación pública no oponga obstáculos al reconocimiento jurídico de los contratos negociados por vía electrónica acepte los contratos adjudicados que se concluyan por esa vía. Sin embargo, tal vez los países deseen también prescribir la forma en que las partes deberán firmar, o autenticar de otra forma, un contrato adjudicado que se haya concertado electrónicamente<sup>35</sup>.

48. Las opciones de que dispone el Grupo de Trabajo parecen ser básicamente las siguientes:

a) Que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública permita expresamente la conclusión por medios electrónicos de un contrato adjudicado y, en tal caso, que mencione asimismo la posibilidad de que el Estado promulgante establezca el procedimiento para la firma o la legalización de todo contrato adjudicado que se concierte por vía electrónica; o

b) Que la materia sea regulada por otra legislación de los Estados promulgantes, en cuyo caso la Guía para la incorporación eventual al derecho interno podría abordar en forma sucinta las cuestiones pertinentes.

49. De conformidad con el artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, “cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta”. El artículo 11 de la Ley Modelo establece además que “no se negará validez o fuerza obligatoria a un

contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación un mensaje de datos. En cuanto a los requisitos relacionados con la firma, el artículo 7 de esa Ley Modelo dispone que, cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos: “a) si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y b) si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente”. El requisito de fiabilidad enunciado en esta disposición se expone en forma más detallada en el párrafo 3) del artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas<sup>36</sup>, que prevé que la firma electrónica se considerará fiable si:

- a) Los datos de creación de la firma, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al firmante;
- b) Los datos de creación de la firma estaban, en el momento de la firma, bajo el control exclusivo del firmante;
- c) Es posible detectar cualquier alteración de la firma electrónica hecha después del momento de la firma; y
- d) Cuando uno de los objetivos del requisito legal de firma consista en dar seguridades en cuanto a la integridad de la información a que corresponde, es posible detectar cualquier alteración de esa información hecha después del momento de la firma.

50. Una solución aparentemente sencilla del problema de las firmas electrónicas podría consistir en incorporar a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública disposiciones del tenor del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico o del párrafo 3 del artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas. No obstante, y como ya se ha indicado, la naturaleza y el propósito de esos otros textos difieren de los de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública y la solución que prevén puede no ser inmediatamente transferible al contexto de este último instrumento (A/CN.9/WG.I/WP.34, párrs. 7 a 13). Además, los métodos de autenticación que una entidad adjudicadora está en condiciones de aceptar pueden verse limitados por diversas razones, inclusive las preocupaciones acerca del nivel adecuado de fiabilidad y disponibilidad de los sistemas de la tecnología de apoyo. Por último, las cuestiones relacionadas con la interoperabilidad de los sistemas de información, tanto entre los organismos públicos del Estado promulgante como dentro de una región determinada, indican que a los Estados promulgantes se les debería dar amplia libertad para determinar los métodos de autenticación que aceptarían en el proceso de contratación pública<sup>37</sup>.

51. Otra cuestión que tal vez desee examinar el Grupo de Trabajo es la relativa a la entrada en vigor de un contrato adjudicado. El párrafo 4) del artículo 36 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública prevé que el contrato adjudicado entrará en vigor al expedirse el aviso de aceptación de la oferta “al proveedor o contratista que la haya presentado, siempre que el aviso sea expedido mientras la oferta sea válida”. Se considerará expedido el aviso “cuando haya sido correctamente dirigido y transmitido al proveedor o contratista, o remitido a una autoridad competente para que lo transmita al proveedor o contratista, en una de las formas previstas en el artículo 9”. El artículo 15 de la Ley Modelo de la CNUDMI

sobre Comercio Electrónico, que trata del tiempo y lugar del envío y la recepción de un mensaje de datos, establece que este mensaje se tendrá por expedido “cuando entre en un sistema de información que no esté bajo el control del iniciador o de la persona que envió el mensaje de datos en nombre del iniciador”. En cuanto a esta disposición no exige expresamente que el mensaje de datos esté “correctamente dirigido”, este requisito está implícito en el artículo 15.

52. Así pues, el párrafo 4) del artículo 36 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública está formulado, al parecer, en una forma técnicamente neutral y, con su texto actual, podría servir satisfactoriamente para efectuar las transmisiones electrónicas de avisos de aceptación, en particular en relación con cualquier requisito de carácter general que el Grupo de Trabajo desee formular en el sentido de que todo sistema para el intercambio de comunicaciones electrónicas en el proceso de contratación debería proporcionar medios adecuados para determinar el momento y lugar del envío y recepción de comunicaciones, documentos y ofertas (véase el párr. 27 *supra*).

53. En el documento A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2 figura un proyecto de propuesta para el texto de las disposiciones habilitantes de carácter general en el artículo 36, que está en consonancia con lo indicado en la opción a) del párr. 48 *supra*.

## **2. Expediente del proceso de contratación**

54. El artículo 11 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública exige que la entidad adjudicataria llevará un expediente del proceso de contratación en que conste, como mínimo, cierta información que sea accesible para consulta por las personas interesadas. La propia Ley Modelo no prescribe la forma del expediente y no parece impedir que una entidad adjudicadora lleve el expediente en forma electrónica.

55. El artículo 10 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico prevé que, cuando la ley requiera que ciertos documentos, registros o información sean conservados, ese requisito quedará satisfecho mediante la conservación de los mensajes de datos, siempre que se cumplan las condiciones siguientes: a) que la información que contengan sea accesible para su ulterior consulta; b) que el mensaje de datos sea conservado con el formato en que se haya generado, enviado o recibido, o con algún formato que sea demostrable que reproduce con exactitud la información generada, enviada o recibida; y c) que se conserve, de haber alguno, todo dato que permita determinar el origen y el destino del mensaje, y la fecha y la hora en que fue enviado o recibido.

56. En la medida en que esta disposición sólo establece criterios de carácter general, sin especificar los medios que podrán utilizarse para cumplir sus requisitos, parece que el artículo 10 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico podría constituir una base útil para permitir llevar expedientes electrónicos de los procesos de contratación, en caso de que el Grupo de Trabajo desee incluir una disposición al respecto.

57. En el caso de que el Grupo de Trabajo considere conveniente incluir tal disposición en la Ley Modelo sobre la Contratación Pública, tal vez pueda estimar útil prever que los reglamentos que se promulguen en relación con el artículo 4 de esta Ley Modelo establezcan procedimientos para llevar expedientes electrónicos, así como para acceder a ellos, incluidas medidas encaminadas a garantizar la

integridad, accesibilidad y, cuando proceda, confidencialidad de la información. Tal vez se requiera cierta aclaración en ese sentido, habida cuenta de la relación existente entre la “integridad” de la información electrónica y los medios utilizados para “autenticar” esa información (por ejemplo, la firma electrónica), así como del estrecho vínculo entre la conservación de los expedientes sobre el proceso de contratación y la política general del Estado promulgante en materia de mantenimiento y conservación de los registros de los organismos públicos. Esto puede comportar el examen de cuestiones complejas, como, por ejemplo, la interoperabilidad de los sistemas de mantenimiento y conservación de expedientes, el período de conservación (teniendo también presente el cambio tecnológico), la protección de la privacidad y la seguridad de los registros electrónicos<sup>38</sup>.

58. En el documento A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2 figuran proyectos de enmienda del artículo 11 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública.

### Notas

- <sup>1</sup> Para el texto de la Ley Modelo, véanse *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento N° 17* y corrección (A/49/17 y Corr.1), anexo I (publicado también en Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Anuario* (llamado en adelante “*Anuario de la CNUDMI*”), vol. XXV:1994 (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.95.V.20), tercera parte, anexo I; puede consultarse en <http://www.uncitral.org/english/texts/procurem/ml-procure.htm>).
- <sup>2</sup> Véase Eduardo Talero, *Electronic Government Procurement: Concepts and Country Experiences* (Contratación pública por vía electrónica: conceptos y experiencias de los países), World Bank Discussion Paper (septiembre de 2001), párrs. 30 a 40 (puede consultarse en [http://wbln0018.worldbank.org/OCS/egovforum.nsf/c3c9b2819079a45d852569bc007722a0/5596442988ccfd85256af5006af56a/\\$FILE/ATTUQ5LL/egpdiscpaperdraft16.pdf](http://wbln0018.worldbank.org/OCS/egovforum.nsf/c3c9b2819079a45d852569bc007722a0/5596442988ccfd85256af5006af56a/$FILE/ATTUQ5LL/egpdiscpaperdraft16.pdf)). Véase también Elaine Curran, Andrea Bernet y Anke Wiegand, *Electronic Procurement in the Public Sector: Factsheet on Latest Developments in E-procurement in the EU and its Member States* (puede consultarse en [http://www.eic.ie/downloads/e\\_procurement.pdf](http://www.eic.ie/downloads/e_procurement.pdf)). Los resultados de ese estudio han sido confirmados por los ejemplos de la práctica actual en varios países europeos (véase <http://europa.eu.int/ida/en/chapter/197>).
- <sup>3</sup> Talero, *ibíd.*, párr. 31.
- <sup>4</sup> Talero, *ibíd.*
- <sup>5</sup> Talero, *ibíd.*, párr. 33.
- <sup>6</sup> Talero, *ibíd.*, párr. 106.
- <sup>7</sup> Talero, *ibíd.*, párr. 35.
- <sup>8</sup> Argentina (<http://onc.mecon.gov.ar>), Australia (región occidental) (<https://www.tenders.gov.au/federal/index.shtml>), Brasil (<http://www.comprasnet.gov.br/>), Canadá ([http://www.merx.com/Services/AboutMERX/English/MK\\_SiteMap.asp?FLASH=Yes](http://www.merx.com/Services/AboutMERX/English/MK_SiteMap.asp?FLASH=Yes)), Chile ([http://www.chilecompra.cl/portal/centro\\_informaciones/fr\\_ley\\_compras.html](http://www.chilecompra.cl/portal/centro_informaciones/fr_ley_compras.html)), Estados Unidos (<http://www.fedbizopps.gov/>), Filipinas (<http://www.procurementservice.net/Default.asp>), Francia (<http://djo.journal-officiel.gouv.fr/MarchesPublics/>), México (<http://web.compranet.gob.mx/>), Reino Unido (<http://www.supplyinggovernment.gov.uk/opportunities.asp>), Singapur (<http://www.gebiz.gov.sg/>), Unión Europea (<http://ted.publications.eu.int/official/Exec?Template=TED/home&DataFlow=XMLRead.dfl&Path=staticDefault.xml&Lang=EN>).

- <sup>9</sup> Los regímenes nacionales sobre las publicaciones electrónicas en la contratación pública suelen prever ese requisito. En Francia, por ejemplo, las convocatorias a licitación pueden publicarse en una “red informática” (“*réseau informatique*”) desde la cual “toda parte interesada” deberá poder descargar la convocatoria y los documentos conexos (véase *Décret N° 2002-692* de 30 de abril de 2002, artículo 2, *Journal officiel*, N° 103, 3 de mayo de 2002, pág. 8064). En Austria existe un requisito análogo (art. 3 1) del *Verordnung der Bundesregierung betreffend die Erstellung und Übermittlung von elektronischen Angeboten in Vergabeverfahren (E-Procurement-Verordnung)*, que exige que la entidad adjudicadora elija los medios de comunicación para la transmisión de ofertas electrónicas y la dirección electrónica a la que deberán transmitirse “en forma no discriminatoria” (*Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich*, 28 de abril 2004, segunda parte). En Suecia, el artículo 2a del capítulo 6 de la Ley de contratación pública (SFS 1992:1528) establece que las entidades adjudicadoras podrán publicar las convocatorias de licitación con arreglo a “procedimientos simplificados” en una “base de datos electrónica que sea accesible al público, o mediante alguna otra forma de notificación que pueda garantizar una competencia efectiva” (la traducción oficiosa al inglés puede consultarse en <http://www.nou.se/loueng.html>). En los Estados Unidos, las entidades adjudicadoras deben velar por que “todo anuncio de requisitos de organismos o toda convocatoria a contratación pública se haga de forma que permita un acceso fácil y general por parte de los usuarios a través de un único punto de entrada en toda la administración” (Código de los Estados Unidos, título 41 capítulo 7, artículo 426 c) 4) (41 U.S.C.S., § 426 2004)).
- <sup>10</sup> “Permitir la convocatoria a licitación por vía electrónica [...] como sustitutivo de su publicación sobre soporte de papel actualmente exigida [...] es un aspecto fundamental en lo que concierne a la capacidad de los organismos para lograr eficiencia en los procesos electrónicos que justifique las inversiones gubernamentales en esos procesos” (Estados Unidos, norma provisional de 16 de mayo de 2001, *Federal Register*, vol. 66, N° 95 (66 FR 27407)). En Chile, el artículo 24 del Reglamento de Ley N° 19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios (Decreto N° 250, de 9 de marzo de 2004) ya exige que todas las entidades adjudicadoras publiquen las invitaciones para participar en una contratación pública mediante el sistema electrónico de licitación. El artículo 62 del Decreto admite la licitación consignada sobre papel solamente en circunstancias excepcionales (puede consultarse en [http://www.chilecompra.cl/portal/centro\\_informaciones/](http://www.chilecompra.cl/portal/centro_informaciones/)). (El Decreto define el “sistema de información” como un sistema informático para la contratación pública y la contratación por medios electrónicos [...], integrado por software, equipo informático e infraestructura de comunicaciones electrónicas y apoyo, que permite llevar a cabo la contratación).
- <sup>11</sup> España, Real Decreto 1098/2001 (Reglamento general de la Ley de contratos de las administraciones públicas), de 12 de octubre de 2001, artículo 80, párrafo 2 (Boletín Oficial del Estado, N° 257, 26 de octubre de 2001, pág. 39952; puede consultarse en <http://www.boe.es/boe/dias/2001-10-26/pdfs/A39252-39371.pdf>).
- <sup>12</sup> Por ejemplo, el artículo 2 del *Décret 2002-692* de Francia, que rige la desmaterialización del proceso de contratación pública, establece que las “partes interesadas” deben poder “consultar y descargar a su computadora las reglas del proceso [de contratación]”. También establece que “las partes interesadas en un procedimiento de licitación y los proveedores a quienes se haya invitado en una licitación restringida o un procedimiento negociado tendrán asimismo el derecho de consultar y descargar a su computadora la convocatoria a licitación y el pliego de condiciones”, a condición de que comunique a la entidad adjudicadora el “nombre del proveedor, el nombre de la persona que descargue el documento y una dirección que permita la comunicación electrónica con acuse de recibo” (véase la nota 9 *supra*). Una disposición análoga -aunque menos detallada- existe en Lituania, donde el artículo 22 11) del Régimen de Contratación Pública (Ley N° IX-1217, de 3 de diciembre de 2002), prevé que una entidad adjudicadora podrá proporcionar los documentos contractuales al proveedor “a solicitud” de éste “junto con la convocatoria a licitación” o “introduciéndolos en Internet o utilizando otros medios electrónicos” (la traducción del texto al inglés se puede consultar en la Secretaría). En México, el artículo 31 de la Ley de adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público prevé que el pliego de condiciones se pondrá a disposición en la dirección indicada por la

entidad adjudicadora, así como por los medios electrónicos de publicación establecidos por el Gobierno (puede consultarse en <http://www.funcionpublica.gob.mx/unaopspf/doctos/adquisiciones/leyadq.doc>).

- <sup>13</sup> Para el texto de la Ley Modelo, véanse *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/51/17)*, anexo I (publicado también en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXVII:1996 (publicación de las Naciones Unidas N° de venta: S.98.V.7), tercera parte, anexo I). La Ley Modelo y la Guía para su incorporación al derecho interno que la acompaña han aparecido como publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.99.V.4, y pueden consultarse en forma electrónica en el sitio de la CNUDMI en la web <http://www.uncitral.org/english/texts/electcom/ml-ecomm.htm>).
- <sup>14</sup> El párrafo 1) del artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico dice lo siguiente: “Cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos y la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta”.
- <sup>15</sup> Guía para la incorporación eventual al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, observaciones al párrafo 3 del artículo 30. Para el texto de la Guía, véase el documento A/CN.9/403, reproducido en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXV:1994 (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.95.V.20), tercera parte, anexo II.
- <sup>16</sup> Por ejemplo, el anexo XXIV de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (*Diario Oficial de la Unión Europea*, N° L 134, de 30 de abril de 2004, pág. 1), establece que los dispositivos de recepción electrónica de las ofertas, propuestas o cotizaciones deberán garantizar, como mínimo y por los medios técnicos y procedimientos adecuados, que: a) las firmas electrónicas relativas a las ofertas, a las solicitudes de participación, a las solicitudes de clasificación y a los envíos de planes y proyectos se ajusten a las disposiciones nacionales en aplicación de la Directiva 1999/93/CE [nota: *esta Directiva estableció un marco comunitario para las firmas electrónicas*]; b) pueda determinarse con precisión la hora y la fecha exactas de la recepción de las ofertas, de las solicitudes de participación, de las solicitudes de clasificación y del envío de los planos; c) pueda garantizarse razonablemente que nadie tenga acceso a los datos transmitidos a tenor de los presentes requisitos antes de que finalicen los plazos especificados; d) en caso de violación de esa prohibición de acceso, pueda garantizarse razonablemente que la violación pueda detectarse con claridad; e) únicamente las personas autorizadas puedan fijar o modificar las fechas de apertura de los datos presentados; f) en las diferentes fases del proceso de clasificación, del procedimiento de adjudicación de contrato o del concurso, sólo la acción simultánea de las personas autorizadas pueda permitir el acceso a la totalidad o a parte de los datos presentados; g) la acción simultánea de las personas autorizadas sólo pueda dar acceso después de la fecha especificada a los datos transmitidos; h) los datos recibidos y abiertos en aplicación de los presentes requisitos sólo sean accesibles a las personas autorizadas a tener conocimiento de los mismos.
- <sup>17</sup> Por ejemplo, con arreglo al reglamento de Austria relativo a la contratación pública por vía electrónica, las ofertas electrónicas están sujetas a varias medidas de control, inclusive el cumplimiento “del método o los métodos de cifrado y descifrado” especificados por la entidad adjudicadora en el pliego de condiciones, que deben “corresponder a estrictas normas de cifrado que estén en consonancia con los últimos adelantos de la técnica”. Esa entidad debe también asegurarse de que “el descifrado de las ofertas no pueda hacerse antes del final del plazo para la presentación de éstas”. Por otra parte, la hora de entrega de las ofertas deberá “documentarse mediante un sello que la indique y se confirmará de inmediato al oferente”. Por último, las ofertas que se presenten por vía electrónica deberán archivarse de tal modo que se garantice su autenticidad, integridad y confidencialidad; que no pueda haber ningún acceso no autorizado hasta la apertura de las ofertas, y que pueda descubrirse todo intento de tener acceso a ellas antes de la apertura (*E-Procurement-Verordnung 2004* (véase la nota 9 *supra*), arts. 4 a 7). En

Francia, la entidad adjudicadora debe “garantizar la seguridad de las operaciones mediante una red informática accesible a todos los candidatos sin discriminación alguna”. Esa entidad debe además “adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad de la información relativa a los candidatos y sus ofertas” y “preservar el carácter confidencial de la información”. A estos efectos, la entidad puede “exigir a los candidatos que equipen sus archivos con un sistema de seguridad que garantice que sus solicitudes y ofertas no puedan abrirse sin su consentimiento” (*Décret n° 2002-692*, de 30 de abril de 2002 (véase la nota 9 *supra*), artículos 7 y 8).

- <sup>18</sup> En Suecia, la entidad adjudicadora puede permitir la presentación de una oferta por “vía electrónica o de cualquier otra manera prevista que garantice que el contenido de la oferta no se revelará antes de ser abierta, como se prevé en el artículo 7” (Ley de contratación pública (véase la nota 9 *supra*), capítulo 6, y el capítulo 1, artículo 19, contiene disposiciones análogas). El reglamento sobre la contratación pública de Alemania (*Verdingungsordnung für Leistungen*) no contiene ninguna lista separada de los requisitos en materia de seguridad de las ofertas electrónicas. Sin embargo, las enmiendas introducidas en varias disposiciones para tener en cuenta las ofertas por vía electrónica reflejan expresamente gran parte de los principios de las Directivas de la Unión Europea, si no todos. Así pues, cuando las ofertas se reciben por vía electrónica, la entidad adjudicadora debe velar por que “el contenido de la oferta sólo sea accesible después de expirar el plazo previsto para su presentación” (art. 18). Las ofertas electrónicas deben “marcarse en consecuencia y preservarse en forma segura” (“*unter Verschluss*”) (art. 22) (*Bundesanzeiger*, 20 de noviembre de 2002, N° 216a). El Decreto alemán relativo a la adjudicación de contratos públicos (*Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge*) establece en su párrafo 15 que las entidades adjudicadoras deben velar por la confidencialidad de dichas ofertas, las cuales habrán de ir firmadas con una signatura electrónica autenticada conforme al Régimen de las Firmas Electrónicas de Alemania (*Signaturgesetz*) y permanecer cifradas hasta el final del plazo para presentarlas (*Bundesgesetzblatt*, I 2001, pág. 110). En Lituania (véase la nota 12 *supra*, artículo 23 7)), las ofertas pueden presentarse por vía electrónica a condición de que “los medios electrónicos utilizados garanticen que la entidad adjudicadora u otros proveedores sólo tengan acceso al contenido de las ofertas después de expirar el plazo establecido para la recepción de las mismas”, de que la oferta “contenga toda la información solicitada en el pliego de condiciones” y que “al presentar la oferta por vía electrónica, el proveedor envíe inmediatamente una confirmación por medios no electrónicos de esa oferta, o proporcione a la entidad adjudicadora, por medios no electrónicos, una copia certificada de ella”. Se prevé un requisito análogo en el artículo 27 de la *Ley de adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público* de México, que establece que para las ofertas presentadas por vía electrónica se utilizará una tecnología que garantice la confidencialidad y la inviolabilidad de la información y que un organismo del Gobierno prestará servicios de certificación para respaldar los métodos electrónicos de identificación que utilicen los proveedores y contratistas (véase la nota 12 *supra*).
- <sup>19</sup> Por ejemplo, en la Unión Europea, Alemania (véase la nota 18 *supra*), Austria (véase la nota 9 *supra*), España (véase la nota 11 *supra*) y Francia (Ibíd.). En los Estados Unidos, el artículo 4.502 del Reglamento Federal relativo a las adquisiciones exige que los jefes de las entidades adjudicadoras, antes de utilizar el comercio electrónico, “velen por que los sistemas de las entidades sean capaces de garantizar una autenticación y una confidencialidad que guarden proporción con el riesgo y la magnitud del daño que puedan ocasionar la pérdida o el uso indebido de la información, el acceso no autorizado a ella o su modificación” (puede consultarse en <http://www.arnet.gov/far/loadmainre.html>). En Filipinas, los sistemas electrónicos de contratación pública (G-EPS) deben cumplir varios requisitos generales que se enuncian en el artículo 8.1.2 de las normas y reglamentos de aplicación de la Ley de la República N° 9184 (puede consultarse en [http://www.neda.gov.ph/references/RAs/Approved%20IRR-A%20of%20R.A.%209184%20\(July%2011,%202003\).pdf](http://www.neda.gov.ph/references/RAs/Approved%20IRR-A%20of%20R.A.%209184%20(July%2011,%202003).pdf)), incluso que el Comité de Adjudicación de Contratos “ejercerá un control cabal del proceso de licitación” y “será la entidad encargada exclusivamente de abrir las ofertas”, que los sistemas deben ser “resistentes a los virus y proporcionar suficiente seguridad”, mediante, por ejemplo, “dispositivos de cifrado y

cortafuegos”, que deben comportar la utilización de firmas electrónicas “y otros dispositivos electrónicos actuales de autenticación” y contar con “suficientes medios de apoyo duplicados”.

<sup>20</sup> Por ejemplo, el artículo 9 de las normas y reglamentos de aplicación de la Ley de la República N° 9184 de Filipinas (véase la nota 19 *supra*), que prevé lo siguiente:

“9.1.1 *Seguridad*—El sistema electrónico de contratación pública (G-EPS) estará protegido contra todo acceso o interferencia no autorizado, mediante la incorporación de características de seguridad tales como, entre otros, cortafuegos. Será necesario realizar pruebas periódicas para asegurarse de que el sistema no pueda violarse.

9.1.2 *Integridad*—El G-EPS deberá garantizar que ninguna persona, incluido el administrador del sistema o el presidente y los miembros del [Comité de Adjudicación de Contratos], podrá alterar el contenido de las ofertas presentadas a través del sistema ni leer las mismas antes del plazo previsto para su descifrado o apertura. A estos efectos, las ofertas que se presenten por conducto del G-EPS deberán estar selladas por medio de claves electrónicas. También se garantizará, mediante el uso de firmas electrónicas, la autenticidad de los mensajes y documentos que se presenten a través del G-EPS.

9.1.3 *Confidencialidad*—El G-EPS deberá garantizar la privacidad de las partes que realicen operaciones con él. A estos efectos, no se divulgará a terceros ningún mensaje ni documento electrónico enviado por conducto del sistema, a menos que se haya enviado después de informar al expedidor de que será públicamente accesible. El G-EPS protegerá los derechos de propiedad intelectual sobre los documentos, inclusive los diseños y proyectos técnicos presentados en respuesta a la convocatoria a presentar solicitudes de habilitación y presentación de ofertas.

9.1.4 *Seguimiento para fines de verificación*—El G-EPS contará con medios que permitan llevar a cabo un seguimiento con miras a verificar las operaciones en línea, y que permita también a la Comisión de Auditoría comprobar la seguridad e integridad del sistema en todo momento.

9.1.5 *Seguimiento del cumplimiento*—Se seguirá de cerca el cumplimiento de las obligaciones de los fabricantes, proveedores, distribuidores y consultores a fin de vigilar la observancia de los calendarios de entrega y otros indicadores pertinentes. De manera análoga, se seguirá de cerca la actuación de las entidades adjudicadoras a fin de vigilar el cumplimiento de sus obligaciones para con los fabricantes, proveedores, distribuidores, contratistas y consultores.”

<sup>21</sup> En Chile, por ejemplo, el artículo 33 del Decreto N° 250, de 9 de marzo de 2004 (véase la nota 10 *supra*) prevé que la apertura de las ofertas se hará con ayuda de un sistema de información, en cuyo marco se publicarán y abrirá automáticamente en la fecha y hora previstas en el pliego de condiciones. Esa disposición prevé además que el sistema de información garantizará la certidumbre en cuanto a la fecha y hora de la apertura y permitirá a los licitadores saber, como mínimo, las siguientes condiciones de las restantes ofertas: a) la identidad del licitador; b) la descripción básica del bien o servicio ofrecido; c) el precio inicial y total de la oferta; d) la identificación de la seguridad de la oferta, en su caso.

<sup>22</sup> Guía para la incorporación eventual al derecho interno, observaciones al párrafo 3 del artículo 30.

<sup>23</sup> En Alemania, por ejemplo, el artículo 15 del *Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge* (véase la nota 18 *supra*) establece que las entidades adjudicadoras “podrán autorizar la presentación de ofertas en formas que no sean por escrito, por correo o en persona”.

<sup>24</sup> En Austria, el artículo 68 del *Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2002—BvergG)* dispone, en su párrafo 1, que las ofertas pueden presentarse por vía electrónica “en la medida en que la entidad adjudicadora disponga de los medios técnicos y de otra índole necesarios”. La entidad adjudicadora debe notificar, a más tardar al mismo tiempo que la solicitud para que se presenten ofertas, si se admiten éstas por vía

electrónica y, en caso afirmativo, cuáles son “el método autorizado para cifrarlas y descifrarlas, así como los formatos autorizados de los documentos y comunicaciones”. Si la entidad adjudicadora “no ha dado ninguna indicación acerca de la posibilidad de presentar las ofertas por vía electrónica, no se permitirá presentarlas”. El párrafo 2 prevé además que, si se admite la presentación de ofertas por vía electrónica, “la convocatoria a licitación deberá indicar si pueden presentarse únicamente por vía electrónica o bien por esta vía o consignadas sobre papel”. Si esa entidad no ha dado ninguna indicación acerca de este extremo, se permitirá presentar las ofertas por medios electrónicos o consignadas sobre papel (*Bundesgesetzblatt* N° 99/2002).

- <sup>25</sup> Austria, *Bundesvergabegesetz 2002*, artículo 68, párrafo 3: “Si se permite la presentación de ofertas por medios electrónicos, los licitadores que hayan presentado una oferta electrónica no podrán presentar una oferta, o cualesquiera partes de ella, sobre soporte de papel. Lo que antecede no se aplica a partes de las ofertas tales como [los documentos probatorios exigidos por efecto de la ley], en la medida en que no se disponga de esas partes por vía electrónica” (véase la nota 24 *supra*).
- <sup>26</sup> De conformidad con el artículo 3 del *Décret n° 2002-692* de Francia, la entidad adjudicadora “podrá aceptar la presentación de solicitudes de precalificación o de ofertas por medios electrónicos”, y la decisión de hacerlo, junto con “las modalidades de la presentación por vía electrónica de las solicitudes de precalificación o las ofertas deberán indicarse en la convocatoria a precalificación o a licitación o, en el caso de un procedimiento de selección con negociaciones, en la carta de la convocatoria” (véase la nota 9 *supra*).
- <sup>27</sup> Esto sucede, por ejemplo, en Francia, donde el artículo 5 del *Décret n° 2002-692* dispone que los proveedores “optarán entre la presentación de sus solicitudes y ofertas por vía electrónica, por un lado, y su presentación consignada sobre papel, o en forma electrónica almacenada en un medio físico, por otro” (véase la nota 9 *supra*).
- <sup>28</sup> Esto sucede, por ejemplo, en la Argentina (véase el artículo 21 del Decreto 1023/2001 con las modificaciones introducidas por los Decretos Nros. 666/2003 y 204/2004 y por la Ley 25.563. Régimen General. Contrataciones Públicas Electrónicas. Contrataciones de Bienes y Servicios. Obras Públicas. Disposiciones Finales y Transitorias (puede consultarse en [http://onc.meccon.gov.ar/paginas/inicio/Decreto\\_delegado\\_1023\\_2001.doc](http://onc.meccon.gov.ar/paginas/inicio/Decreto_delegado_1023_2001.doc)).
- <sup>29</sup> Solamente unos pocos países admiten las subastas fuera del contexto de la contratación pública por vía electrónica. Uno de ellos es el Brasil, donde la *Lei N° 10.520*, de 17 de julio de 2002, regula la materia (la *Lei* puede consultarse en [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10520.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm)).
- <sup>30</sup> Por ejemplo, las normas y reglamentos de aplicación de la Ley de la República N° 9184 de Filipinas (véase la nota 19 *supra*) no sólo exigen a las entidades adjudicadoras que “publiquen todas las oportunidades en materia de contratación pública, los resultados de la licitación y la información conexas” en un sistema electrónico gubernamental de contratación pública (G-EPS) (art. 8.2.1) sino que también las obliga a utilizar plenamente el G-EPS” (art. 8.3.1). Las normas prevén además que el G-EPS “podrá apoyar la realización de un proceso de presentación de ofertas por vía electrónica, que incluya la creación de formularios para la presentación electrónica de ofertas, la creación de una casilla para las ofertas, la entrega de los documentos de presentación de ofertas, la notificación de su recepción a los proveedores, la recepción de las ofertas y su evaluación por vía electrónica. Este mecanismo abarcará todos los tipos de contratación pública de bienes, proyectos de infraestructura y servicios de consultoría” (art. 8.2.4.3).
- <sup>31</sup> Véanse, por ejemplo, las opiniones de Australia y el Canadá acerca del artículo 9 del proyecto de Ley Modelo que figuran en los documentos A/CN.9/376 y Add.1 y 2 (reproducidos en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXIV: 1993 (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.94.V.16), segunda parte, I, D (puede consultarse en <http://www.uncitral.org/english/yearbooks/yb-1993-e/yb-1993-index-e.htm>); véase también el documento A/CN.9/371

(publicado en el mismo volumen del *Anuario de la CNUDMI*, segunda parte, I, A), párrs. 82 a 90.

- <sup>32</sup> Por ejemplo, el artículo 8.4 de las normas y reglamento de aplicación de la Ley de la República N° 9184 de Filipinas (véase la nota 19 *supra*), que establece lo siguiente:

“8.4.2 Las solicitudes de aclaración de los licitadores pueden enviarse por vía electrónica [...]. Para que sean obligatorias para los licitadores, las aclaraciones y modificaciones de la convocatoria a presentar solicitudes de habilitación y ofertas, así como del pliego de condiciones, se harán en la forma de boletines suplementarios relativos a las ofertas, que se publicarán en el tablón de anuncios del G-EPS.

8.4.3 Esos boletines suplementarios, así como los demás avisos y notificaciones que deban hacerse [...] a los licitadores, o a los posibles licitadores, se publicarán en el tablón de anuncios del G-EPS y se enviarán por vía electrónica a las direcciones de correo electrónico indicadas en la inscripción del licitador de que se trate.”

- <sup>33</sup> Por ejemplo, el artículo 8.4 de las normas y reglamento de aplicación de la Ley de la República N° 9184 de Filipinas (véase la nota 19 *supra*), que prevé lo siguiente:

“8.4.1 Las conferencias previas a la presentación de ofertas se celebrarán de conformidad con el artículo 22 [de la presente Ley], *a condición, sin embargo*, de que el requisito de celebrar tales conferencias con la presencia personal de las partes interesadas podrá modificarse una vez que las videoconferencias o las tecnologías análogas pasen a ser la norma en las operaciones comerciales del país. Las entidades adjudicadoras con capacidad para celebrar videoconferencias y cuyos fabricantes, proveedores, distribuidores, contratistas y/o consultores también cuenten con capacidad para celebrarlas podrán llevar a cabo por vía electrónica las reuniones anteriores a la licitación.”

- <sup>34</sup> El artículo 253 b c) del título 41 del Código de los Estados Unidos (41 U.S.C.S. art. 253b (2004)) dice lo siguiente: “La adjudicación de un contrato se efectuará mediante la transmisión, por escrito o por vía electrónica, de una notificación de la adjudicación al mejor postor. En el plazo de tres días a contar de la fecha de la adjudicación del contrato, el organismo ejecutivo notificará, por escrito o por vía electrónica, a cada licitador al cual no se le haya adjudicado que el contrato se ha adjudicado”.

- <sup>35</sup> En Austria, el artículo 100 de la *Bundesvergabegesetz 2002* (véase la nota 24 *supra*) establece en el párrafo 1 que el aviso de la adjudicación puede enviarse a los proveedores y contratistas por medios electrónicos. Sin embargo, los párrafos 1 y 2 del artículo 102 contemplan la conclusión del contrato adjudicado mediante el intercambio de documentos sobre soporte de papel por correo certificado, mientras que el párrafo 3 de esa disposición sólo autoriza al Gobierno Federal a promulgar un reglamento sobre “la conclusión de contratos” (“*Vertragsabschluss*”) por vía electrónica, inclusive normas para garantizar la confidencialidad, autenticidad e integridad de los datos transmitidos a través de esta vía por medio de firmas electrónicas seguras, así como la confidencialidad de éstas”. Las normas sobre la autenticidad e integridad de las ofertas electrónicas figuran en el reglamento promulgado en fecha reciente (*E-Procurement-Verordnung 2004*, véase la nota 9 *supra*). Aunque el reglamento no se refiera expresamente a la conclusión del contrato adjudicado, cabe sostener que se aplican los mismos requisitos.

- <sup>36</sup> Para el texto de la Ley Modelo, véanse *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/56/17)*, anexo II. La Ley Modelo y la Guía para su incorporación eventual al derecho interno que la acompaña han aparecido como publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.02.V.8, y están disponibles en forma electrónica en el sitio de la CNUDMI en la *web* (<http://www.uncitral.org/english/texts/electcom/ml-elecsig-e.pdf>).

<sup>37</sup> Véase Christine Kirchberger y Jon Ramón y Olano, *Issues of Security and Interoperability in Electronic Public Procurement* (manuscrito disponible en la Secretaría).

<sup>38</sup> Para un examen de la amplia gama de cuestiones ligadas a los registros electrónicos, véase John T. Ramsay, *IT Governance, SOX and Other Acronyms*, junio de 2004 (puede consultarse en <http://www.gowlings.com/resources/publications.asp?pubid=1005>).

---