

**Comisión de  
las Naciones Unidas  
para el  
Derecho Mercantil  
Internacional**

**ANUARIO**

**Volumen XXV: 1994**



**NACIONES UNIDAS**  
Nueva York, 1996

### **Nota**

Las firmas de los documentos de las Naciones Unidas se componen de letras mayúsculas y cifras. La mención de una de tales firmas indica que se hace referencia a un documento de las Naciones Unidas.

La numeración de las notas de pie de página se ajusta a la empleada en los documentos originales en los que se basa el presente *Anuario*. Las notas de pie de página añadidas posteriormente se indican mediante letras minúsculas.

A/CN.9/SER.A/1994

**PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS**

Número de venta: S.95.V.20

ISBN 92-1-333255-6

ISSN 0251-4273

## ÍNDICE

	<i>Página</i>
INTRODUCCIÓN .....	vii
<b>Primera parte. Informe de la Comisión sobre su período de sesiones anual; observaciones y decisiones relativas al informe</b>	
<b>VIGÉSIMO SÉPTIMO PERÍODO DE SESIONES (1994)</b>	
A. Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 27.º período de sesiones (Nueva York, 31 de mayo a 17 de junio de 1994) (A/49/17).....	3
B. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD): pasajes del informe de la Junta de Comercio y Desarrollo (41.º período de sesiones) (TD/B/41(1)/14).....	33
C. Asamblea General: informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 27.º período de sesiones: informe de la Sexta Comisión (A/49/739).....	33
D. Resoluciones de la Asamblea General A/RES/49/54 y A/RES/49/55, de 9 de diciembre de 1994.....	34
<b>Segunda parte. Estudios e informes sobre temas concretos</b>	
<b>I. CONTRATACIÓN PÚBLICA</b>	
A. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional acerca de la labor realizada en su 16.º período de sesiones (Viena, 6 a 17 de diciembre de 1993) (A/CN.9/389) .....	39
B. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional en su 16.º período de sesiones: proyectos de disposición para un régimen legal modelo para la contratación de servicios: nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.V/WP.38) .....	59
C. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional sobre la labor realizada en su 17.º período de sesiones (Nueva York, 14 a 25 de marzo de 1994) (A/CN.9/392).....	63
D. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional en su 17.º período de sesiones: proyecto de enmiendas a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes y de Obras para incluir la contratación de servicios (A/CN.9/WG.V/WP.40).....	94
E. Proyecto de enmiendas a la Guía para la incorporación eventual al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes y de Obras: nota de la Secretaría (A/CN.9/394) .....	115
<b>II. GARANTÍAS Y CARTAS DE CRÉDITO CONTINGENTE</b>	
A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales acerca de la labor realizada en su 20.º período de sesiones (Viena, 22 de noviembre a 3 de diciembre de 1993) (A/CN.9/388).....	121
B. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales en su 20.º período de sesiones: ulterior revisión del proyecto de Convención: artículos 1 a 17: nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.80).....	138
C. Informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales sobre la labor realizada en su 21.º período de sesiones (Nueva York, 14 a 25 de febrero de 1994) (A/CN.9/391).....	143

	<i>Página</i>
<b>III. INTERCAMBIO ELECTRÓNICO DE DATOS</b>	
A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Intercambio Electrónico de Datos (EDI) acerca de la labor realizada en su 26.º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 1993) (A/CN.9/387) .....	161
B. Documentos de trabajo presentados al Grupo de Trabajo sobre Intercambio Electrónico de Datos en su 26.º período de sesiones:	
1. Proyecto de reglas uniformes sobre los aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos (EDI) y medios afines de comunicación de datos comerciales: nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.57) .....	186
2. Propuesta del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte: nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.58) .....	197
C. Informe del Grupo de Trabajo sobre Intercambio Electrónico de Datos (EDI) acerca de la labor realizada en su 27.º período de sesiones (Nueva York, 28 de febrero a 11 de marzo de 1994 (A/CN.9/390) .....	200
D. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Intercambio Electrónico de Datos en su 27.º período de sesiones: artículos revisados del proyecto de reglas uniformes sobre los aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos (EDI) y medios afines de comunicación de datos: nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.60) .	221
<b>IV. ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL</b>	
Proyecto de Directrices para las reuniones preparatorias del proceso arbitral: informe del Secretario General (A/CN.9/396 y A/CN.9/396/Add.1) .....	227
<b>V. POSIBLE LABOR FUTURA</b>	
A. Aspectos jurídicos del financiamiento mediante efectos a cobrar: informe del Secretario General (A/CN.9/397) .....	245
B. Insolvencia transfronteriza: informe sobre el coloquio CNUDMI-INSOL relativo a la insolvencia transfronteriza: nota de la Secretaría (A/CN.9/398) .....	256
C. Proyectos de construcción, explotación y traspaso: nota de la Secretaría (A/CN.9/399)	259
<b>VI. PAGOS INTERNACIONALES</b>	
A. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito: nota de la Secretaría (A/CN.9/384) .....	263
B. Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales: nota de la Secretaría (A/CN.9/386) .....	269
<b>VII. RESPONSABILIDAD DE LOS EMPRESARIOS DE TERMINALES DE TRANSPORTE</b>	
Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional: nota de la Secretaría (A/CN.9/385) .....	275
<b>VIII. COORDINACIÓN DE LOS TRABAJOS</b>	
Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios: informe del Secretario General (A/CN.9/395) .....	281
<b>IX. SITUACIÓN DE LOS TEXTOS DE LA CNUDMI</b>	
A. Situación de las convenciones: nota de la Secretaría (A/CN.9/401) .....	307
B. Estado de las Reglas de Hamburgo: nota de la Secretaría (A/CN.9/401/Add.1) .....	315
<b>X. FORMACIÓN Y ASISTENCIA</b>	
Formación y asistencia técnica: nota de la Secretaría (A/CN.9/400) .....	319

## Tercera parte. Anexos

I.	LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE BIENES, OBRAS Y SERVICIOS .....	325
II.	GUÍA PARA LA INCORPORACIÓN EVENTUAL AL DERECHO INTERNO DE LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE BIENES, DE OBRAS Y DE SERVICIOS (A/CN.9/403) .....	341
III.	ACTAS RESUMIDAS DE LAS SESIONES DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL DEDICADAS A LA PREPARACIÓN DE LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE BIENES, OBRAS Y SERVICIOS.....	367
IV.	BIBLIOGRAFÍA DE TEXTOS RECIENTEMENTE PUBLICADOS RELATIVOS A LA LABOR DE LA CNUDMI: NOTA DE LA SECRETARÍA (A/CN.9/417).....	445
V.	LISTA DE DOCUMENTOS DE LA CNUDMI.....	457
VI.	LISTA DE DOCUMENTOS DE LA CNUDMI REPRODUCIDOS EN VOLÚMENES ANTERIORES DEL <i>ANUARIO</i> .....	461

## INTRODUCCIÓN

El presente es el 25.º volumen de la serie de *Anuarios* de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)<sup>1</sup>.

Este volumen consta de tres partes. La primera parte contiene el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 27.º período de sesiones, celebrado en Nueva York del 31 de mayo al 17 de junio de 1994, y las decisiones adoptadas sobre el mismo por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y la Asamblea General.

La segunda parte reproduce la mayoría de los documentos examinados por la Comisión en su 27.º período de sesiones. Entre estos documentos figuran los informes de los Grupos de Trabajo de la Comisión, así como los estudios, informes y notas que les fueron presentados por el Secretario General y la Secretaría. En esta segunda parte figuran asimismo algunos de los documentos de trabajo que los Grupos de Trabajo tuvieron ante sí.

La tercera parte contiene el texto del proyecto de Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, la Guía para la incorporación eventual al derecho interno de la Ley Modelo, una bibliografía de escritos recientes relativos a la labor de la Comisión, una lista de los documentos presentados al 27.º período de sesiones de la Comisión y la lista de los documentos relativos a la labor de la Comisión que hayan sido reproducidos en los volúmenes anteriores del *Anuario*.

Secretaría de la CNUDMI  
Centro Internacional de Viena  
P.O. Box 500, A-1400 Viena (Austria)  
Teléfono: 43-1-21345-4060 Télex: 135612 Telefax: 43-1-237485

<sup>1</sup>Los volúmenes del *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* (denominado en adelante *Anuario* [año]) que se han publicado hasta la fecha son los siguientes:

Volumen	Años	Publicación de las Naciones Unidas No. de venta
I	1968-1970	S.71.V.1
II	1971	S.72.V.4
III	1972	S.73.V.6
III Suppl.	1972	S.73.V.9
IV	1973	S.74.V.3
V	1974	S.75.V.2
VI	1975	S.76.V.5
VII	1976	S.77.V.1
VIII	1977	S.78.V.7
IX	1978	S.80.V.8
X	1979	S.81.V.2
XI	1980	S.81.V.8
XII	1981	S.82.V.6
XIII	1982	S.84.V.5
XIV	1983	S.85.V.3
XV	1984	S.86.V.2
XVI	1985	S.87.V.4
XVII	1986	S.88.V.4
XVIII	1987	S.89.V.4
XIX	1988	S.89.V.8
XX	1989	S.90.V.9
XXI	1990	S.91.V.6
XXII	1991	S.93.V.2
XXIII	1992	S.94.V.7
XXIV	1993	S.94.V.16

## VIGÉSIMO SÉPTIMO PERÍODO DE SESIONES (1994)

### A. Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 27.º periodo de sesiones (Nueva York, 31 de mayo a 17 de junio de 1994) [Original: inglés]<sup>a</sup>

#### ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN .....	1-2
I. ORGANIZACIÓN DEL PERÍODO DE SESIONES .....	3-10
A. Apertura del período de sesiones .....	3
B. Composición y asistencia .....	4-7
C. Elección de la Mesa .....	8
D. Programa .....	9
E. Aprobación del informe .....	10
II. PROYECTO DE LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE BIENES, OBRAS Y SERVICIOS .....	11-110
A. Introducción .....	11-13
B. Examen de los artículos .....	14-89
C. Informe del grupo de redacción .....	90-96
D. Aprobación de la Ley Modelo y recomendación .....	97
E. Examen del proyecto de Guía para la Promulgación .....	98-110
III. ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL .....	111-195
A. Introducción .....	111-112
B. Examen del proyecto de Directrices para las Reuniones Preparatorias en el Procedimiento Arbitral .....	113-193
C. Conclusión .....	194-195
IV. GARANTÍAS Y CARTAS DE CRÉDITO CONTINGENTE .....	196-197
V. CUESTIONES JURÍDICAS PROPIAS DEL INTERCAMBIO ELECTRÓNICO DE DATOS .....	198-201
VI. JURISPRUDENCIA RELATIVA A LOS TEXTOS DE LA CNUDMI (SISTEMA "CLOUT") .....	202-207
A. Introducción .....	202
B. Consideraciones de la Comisión .....	203-207
VII. LABOR FUTURA .....	208-229
A. Aspectos jurídicos del financiamiento mediante efectos a cobrar .....	208-214
B. Insolvencia transfronteriza .....	215-222
C. Proyectos de construcción, explotación y traspaso .....	223-228
D. Ejecución de otras propuestas formuladas en el Congreso de la CNUDMI .....	229

<sup>a</sup>Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/49/17) (denominado en adelante el "Informe").

	<i>Párrafos</i>
VIII. REGLAS Y USOS UNIFORMES DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL EN MATERIA DE CRÉDITOS DOCUMENTARIOS (RUU 500).....	230-231
IX. FORMACIÓN Y ASISTENCIA TÉCNICA .....	232-239
X. SITUACIÓN Y PROMOCIÓN DE LOS TEXTOS JURÍDICOS DE LA CNUDMI .....	240-252
XI. RESOLUCIÓN PERTINENTE DE LA ASAMBLEA GENERAL Y OTROS ASUNTOS .....	253-259
A. Resolución de la Asamblea General relativa a la labor realizada por la Comisión .....	253-255
B. Bibliografía .....	256
C. Fecha y lugar del 28.º período de sesiones de la Comisión .....	257
D. Períodos de sesiones de los grupos de trabajo .....	258-259

#### *Anexos*

	<i>Página</i>
I. Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios .....	33
II. Lista de documentos que la Comisión tuvo ante sí en su 27.º período de sesiones .....	33

## INTRODUCCIÓN

1. El presente informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional se refiere al 27.º período de sesiones de la Comisión, celebrado en Nueva York del 31 de mayo al 17 de junio de 1994.

2. De conformidad con la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1966, este informe se presenta a la Asamblea y también a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) para que formulen observaciones.

### I. ORGANIZACIÓN DEL PERÍODO DE SESIONES

#### A. Apertura del período de sesiones

3. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) inició su 27.º período de sesiones el 31 de mayo de 1994. Declaró abierto el período de sesiones el Sr. Hans Corell, Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos, Asesor Jurídico.

#### B. Composición y asistencia

4. La Asamblea General, en su resolución 2205 (XXI), estableció la Comisión con una composición de 29 Estados, elegidos por la Asamblea. En su resolución 3108 (XXVIII) de 12 de diciembre de 1973, la Asamblea General aumentó el número de los miembros de la Comisión de 29 a 36 Estados. Los miembros actuales de la Comisión, elegidos el 19 de octubre de 1988 y el 4 de noviembre de 1991, son

los Estados siguientes, cuyo mandato expira el último día anterior al comienzo del período anual de sesiones de la Comisión en el año indicado<sup>1</sup>:

Alemania (1995), Arabia Saudita (1998), Argentina (1998), Austria (1998), Bulgaria (1995), Camerún (1995), Canadá (1995), Chile (1998), China (1995), Costa Rica (1995), Dinamarca (1995), Ecuador (1998), Egipto (1995), Eslovaquia (1998), Estados Unidos de América (1998), España (1998), Francia (1995), Federación de Rusia (1995), Hungría (1998), India (1998), Irán (República Islámica del) (1998), Italia (1998), Japón (1995), Kenya (1998), México (1995), Marruecos (1995), Nigeria (1995), Polonia (1998), Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (1995), República Unida de Tanzania (1998), Singapur (1995), Sudán (1998), Tailandia (1998), Togo (1995), Uganda (1998) y Uruguay (1998).

5. Con la excepción de Costa Rica, todos los miembros de la Comisión estuvieron representados en el período de sesiones.

<sup>1</sup>En virtud de la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, los miembros de la Comisión se eligen por un período de seis años. Entre los miembros actuales, 17 fueron elegidos por la Asamblea General en su cuadragésimo tercer período de sesiones, el 19 de octubre de 1988 (decisión 43/307), y 19 en su cuadragésimo sexto período de sesiones, el 4 de noviembre de 1991 (decisión 46/309). De conformidad con la resolución 31/99, de 15 de diciembre de 1976, el mandato de los miembros elegidos por la Asamblea General en su cuadragésimo tercer período de sesiones expirará en 1995, el día anterior a la apertura del 28.º período ordinario de sesiones de la Comisión, mientras que el mandato de los miembros elegidos por la Asamblea en su cuadragésimo sexto período de sesiones expirará en 1998, el día anterior a la apertura del 35.º período de sesiones de la Comisión.

6. Asistieron al período de sesiones observadores de los Estados siguientes: Antigua y Barbuda, Argelia, Australia, Belarús, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Chipre, El Salvador, Finlandia, Guatemala, Indonesia, Iraq, Jamahiriya Árabe Libia, Jordania, Líbano, Malta, Myanmar, Pakistán, Panamá, República Árabe Siria, República Checa, República de Corea, Rumania, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Turquía, Ucrania, Viet Nam, Yemen y Zambia.

7. Asistieron también al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

a) *Órganos de las Naciones Unidas*: Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial);

b) *Organizaciones intergubernamentales*: Banco Interamericano de Desarrollo; Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano (AALCC); Corte Permanente de Arbitraje de La Haya; Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT);

c) *Otras organizaciones internacionales*: Asociación Internacional de Abogados; Cámara de Comercio Internacional; Centro Regional de Arbitraje Mercantil Internacional de El Cairo; Comité Marítimo Internacional; Consejo Internacional de Arbitraje Comercial; Grupo Latinoamericano de Abogados para el Derecho de Comercio Internacional (GRULACT); INSOL International; International Women's Insolvency & Restructuring Confederation (IWIRC); The Chartered Institute of Arbitrators; The Law Association for Asia and the Pacific (LAWASIA).

### C. Elección de la Mesa<sup>2</sup>

8. La Comisión eligió a los siguientes miembros de la Mesa:

*Presidente*: Sr. David Morán Bovio (España)

*Vicepresidentes*: Sr. Olivér Glatz (Hungría)  
Sr. José María Abascal Zamora (México)  
Sr. Ahmed Choukri (Marruecos)

*Relator*: Sr. Visoot Tuvayanond (Tailandia)

### D. Programa

9. El programa del período de sesiones, aprobado por la Comisión en su 520a. sesión, celebrada el 31 de mayo de 1994, fue el siguiente:

1. Apertura del período de sesiones.
2. Elección de la Mesa.
3. Aprobación del programa.
4. Nuevo orden económico internacional: contratación pública.
5. Arbitraje comercial internacional: proyecto de directrices para las reuniones preparatorias en el procedimiento arbitral.
6. Intercambio electrónico de datos.
7. Prácticas contractuales internacionales: proyecto de convención sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente.
8. Jurisprudencia sobre textos de la CNUDMI.
9. Programa de trabajo futuro.
10. Reglas y usos uniformes de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en materia de créditos documentarios (RUU 500).
11. Situación de los textos jurídicos de la CNUDMI y labor efectuada para su promoción.
12. Capacitación y asistencia.
13. Resoluciones de la Asamblea General sobre la labor de la Comisión.
14. Otros asuntos.
15. Fecha y lugar de futuras reuniones.
16. Aprobación del informe de la Comisión.

### E. Aprobación del informe

10. En su 546a. sesión, celebrada el 17 de junio de 1994, la Comisión aprobó el presente informe por consenso.

## II. PROYECTO DE LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE BIENES, OBRAS Y SERVICIOS

### A. Introducción

11. En su 26.º período de sesiones, celebrado en 1993, la Comisión aprobó la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes y de Obras<sup>3</sup>. En el mismo período de sesiones, la Comisión recordó que se había decidido limitar inicialmente los trabajos a la formulación de disposiciones legislativas modelo sobre la contratación de bienes y de obras. Tras haber completado la labor relativa a las disposiciones legislativas modelo sobre la contratación pública de bienes y de obras, la Comisión decidió ocuparse de la elaboración de disposiciones legislativas modelo sobre la contratación de servicios y asignó esta labor al Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional. El Grupo de Trabajo examinó el proyecto de disposiciones modelo sobre la contratación pública de servicios en sus períodos de sesiones 16.º y 17.º Los informes de estos períodos de sesiones figuran en los documentos A/CN.9/389 y A/CN.9/392, y en el anexo a este

<sup>2</sup>La elección del Presidente tuvo lugar en la 520a. sesión, celebrada el 31 de mayo de 1994; la elección de los Vicepresidentes en la 534a. sesión, celebrada el 9 de junio de 1994, y la elección del Relator en la 526a. sesión, celebrada el 4 de junio de 1994. De conformidad con una decisión adoptada por la Comisión en su primer período de sesiones, la Comisión tiene tres Vicepresidentes, además del Presidente y el Relator, a fin de que cada uno de los cinco grupos de Estados enumerados en el párrafo 1 de la sección II de la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General esté representado en la Mesa de la Comisión (véase el Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su primer período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 16 (A/7216)*, párr. 14 (*Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, vol. I: 1968-1970* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.71.V.1), segunda parte, I, A, párr. 14).

<sup>3</sup>*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/47/17)*, anexo I.

último documento se reproduce el texto del proyecto de Ley Modelo sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios aprobado por el Grupo de Trabajo.

12. La Comisión tomó nota de que el Grupo de Trabajo había examinado en su 17.º período de sesiones la forma que deberían adoptar las disposiciones legislativas modelo sobre la contratación de servicios. Se observó que el Grupo de Trabajo había decidido que las disposiciones se presentaran en la forma de una legislación modelo consolidada que se ocupara de los bienes, las obras y los servicios, mediante la introducción de enmiendas a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes y de Obras para abarcar la contratación pública de servicios. Sin embargo, a fin de limitar los cambios que deberían hacerse en las disposiciones existentes relativas a bienes y obras, el Grupo de Trabajo decidió que las disposiciones sobre la contratación de servicios en que se previera un método de contratación separado solamente para los servicios se incluyeran en un capítulo separado de la Ley Modelo, el capítulo IV *bis*. Se señaló también que mediante el enfoque recomendado se dejaría intacta la Ley Modelo en su forma adoptada por la Comisión y recomendada por la Asamblea General para su uso por los Estados que desearan aprobar leyes con un alcance limitado a la contratación pública de bienes y de obras.

13. Antes de iniciar el debate sustantivo sobre los artículos del proyecto de Ley Modelo, la Comisión consideró la forma en que llevaría a cabo sus deliberaciones, en particular teniendo en cuenta el hecho de que la Ley Modelo contenía una gran cantidad de métodos de contratación. A este respecto, se señaló que la Ley Modelo no contenía de hecho un número excesivo de métodos de contratación ya que, según se explicaba en la Guía para la Promulgación (A/CN.9/393, párr. 16), los tres métodos establecidos en el artículo 17 eran opcionales y los Estados promulgantes tal vez no desearan incluir todos ellos en sus leyes. Se sugirió por eso que la mejor forma de proceder sería considerar la Ley Modelo enmendada artículo por artículo, prestando especial atención a la cuestión del número de métodos de contratación en el contexto del debate sobre el artículo 16. Se señaló también que la labor en el actual período de sesiones de la Comisión debía limitarse a la consideración de los cambios que se necesitarían para hacer que la Ley Modelo fuera aplicable a la contratación pública de servicios<sup>4</sup>.

<sup>4</sup>En el cuadro que figura a continuación se indican los nuevos números asignados a las disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios tras su aprobación por la Comisión; los artículos tal como aparecían en el proyecto de Ley Modelo que la Comisión tiene ante sí, y también como aparecen en la anterior Ley Modelo sobre la Contratación de Bienes y de Obras.

Número del artículo en la Ley Modelo	Número del proyecto de artículo ante la Comisión	Número del artículo en la Ley Modelo anterior
Preámbulo	Preámbulo	Preámbulo
1	1	1
2	2	2
3	3	3
4	4	4
5	5	5
6	6	6

## B. Examen de los artículos

### Título de la Ley Modelo

14. La Comisión examinó el título de la Ley Modelo. Se convino en general en que, aunque podría ser preferible un título breve como "Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública", éste tendría el inconveniente de no ser específico en cuanto al alcance exacto de la Ley Modelo, cosa que era deseable en vista de que seguía estando vigente la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes y de Obras. Se sugirió que, dado

*(continuación)*

Número del artículo en la Ley Modelo	Número del proyecto de artículo ante la Comisión	Número del artículo en la Ley Modelo anterior
7	7	7
8	8	8
9	9	9
10	10	10
11 1) a) a i)	11 1) a) a i)	11 a) a i)
11 1) j)	11 1) y 1 bis)	—
11 1) k)	—	—
11 1) l) y m)	11 1) j) y k)	11 1) j) y k)
12	11 bis	33
13	11 ter	—
14	12	12
15	13	13
16	14	14
17	15	15
18	16	16
19	17	17
20	18	18
21	19	19
22	20	20
23	21	21
24	22	22
25	23	23
26	24	24
27	25	25
28	26	26
29	27	27
30	28	28
31	29	29
32	30	30
33	31	31
34	32	32
35	34	34
36	35	35
37	41 bis	—
38	41 ter	—
39	41 quater	—
40	41 quinquies	—
41	41 sexies 1)	—
42	41 sexies 2)	—
43	41 sexies 3)	—
44	41 sexies 4)	—
45	41 septies	—
46	36	36
47	37	37
48	38	38
49	39	39
50	40	40
51	41	41
52 a)	42 a)	42 a)
52 b)	42 a bis)	—
52 c)-f)	42 b)-e)	42 b)-e)
53	43	43
54	44	44
55	45	45
56	46	46
57	47	47

que el título debería reflejar el contenido de la Ley Modelo, sería más apropiado el título propuesto en el proyecto del Grupo de Trabajo, a saber, "Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios", por indicar que la Ley Modelo era un texto consolidado que se ocupaba de los bienes, las obras y los servicios. Además, se consideró que ese título tendría también la ventaja de indicar la diferencia en el alcance entre la Ley Modelo sobre la Contratación Pública de Bienes y de Obras existente y la Ley Modelo actual, que contenía disposiciones sobre la contratación pública de servicios. Se propuso incluir una nota de pie de página en el texto consolidado de la Ley Modelo para indicar claramente que seguía existiendo y seguía estando disponible la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes y de Obras para los Estados que desearan aprobar legislación limitada a los bienes y las obras. Se sugirió asimismo que podría aclararse más este punto en la Guía para la Promulgación. Tras algunas deliberaciones, la Comisión decidió conservar el título "Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios" y añadir una nota de pie de página a ese título, conforme se había sugerido, para indicar claramente que seguía estando vigente la Ley Modelo anterior.

#### *Preámbulo*

15. La Comisión aprobó sin cambios el preámbulo.

#### *Capítulo I. Disposiciones generales*

##### *Artículo 1. Ámbito de aplicación*

16. La Comisión aprobó sin cambios el artículo 1.

##### *Artículo 2. Definiciones*

17. La Comisión aprobó las definiciones de los términos "contratación pública" (inciso a)) y "entidad adjudicadora" (inciso b)) sin cambios.

*"bienes" (inciso c))*

18. Se preguntó si, en un contrato de compra de bienes, los servicios de transporte asociados con la entrega de esos bienes a la entidad adjudicadora se considerarían "servicios accesorios". En respuesta a esto se dijo que ello dependería de que el contrato de compra de los bienes incluyera también, o no, el transporte de éstos. En caso afirmativo, el transporte se consideraría un servicio accesorio a la contratación de los bienes si el valor del servicio accesorio era inferior al de los bienes. Sin embargo, si el contrato relativo al transporte de los bienes era un contrato separado del contrato de adquisición de los bienes, el transporte no se consideraría un servicio accesorio. Tras deliberar al respecto, la Comisión aprobó sin cambios la definición de "bienes".

*"obras" (inciso d))*

19. Se propuso suprimir la definición del término "obras". Se dijo, para explicar esta propuesta, que la contratación

pública de obras debería tratarse de la misma manera que la contratación pública de servicios ya que, en la construcción, la idoneidad y las calificaciones del proveedor o contratista tenían una importancia crucial. Se señaló también que la contratación pública de obras se consideraba en algunos sistemas jurídicos un caso de contratación pública de servicios. No obstante, la Comisión señaló que la propuesta introduciría cambios en la Ley Modelo sobre la Contratación Pública de Bienes y de Obras, que ya se había finalizado y aprobado. La Comisión mantuvo en consecuencia sin cambios la definición de "obras".

*"servicios" (inciso d bis))*

20. La Comisión transmitió al grupo de redacción su preocupación en el sentido de que el texto entre paréntesis al final de la definición ("el Estado promulgante podrá especificar ciertas categorías de servicios") podría malinterpretarse con el fin de excluir ciertas categorías de servicios del ámbito de aplicación de la Ley Modelo. Se sugirió también que tal vez fuera necesario aclarar mejor esto en la Guía para la Promulgación. Con sujeción al cambio de redacción indicado, la Comisión aprobó la definición de "servicios".

21. La Comisión aprobó sin cambios las definiciones de los términos "proveedor o contratista" (inciso e)), "contrato adjudicado" (inciso f)), "garantía de licitación" (inciso g)), y "moneda" (inciso h)).

##### *Artículo 3. Obligaciones internacionales del Estado relativas a la contratación pública [y acuerdos intergubernamentales en el interior (del Estado)]*

22. La Comisión aprobó sin cambios el artículo 3.

##### *Artículo 4. Reglamentación de la contratación pública*

23. La Comisión aprobó sin cambios el artículo 4, tomando nota de una sugerencia en el sentido de que tal vez fuera útil mencionar en la Guía para la Promulgación algunos ejemplos de cuestiones relacionadas con la contratación pública de servicios que podrían tratarse en la reglamentación de la contratación pública.

##### *Artículo 5. Acceso del público a los textos normativos*

24. La Comisión aprobó sin cambios el artículo 5.

##### *Artículo 6. Condiciones exigibles a los proveedores o contratistas*

25. Se expresó la preocupación de que la redacción actual del párrafo 6) llevara a resultados injustos, ya que un proveedor o contratista podría resultar descalificado por errores que no afectaban al fondo de una propuesta y que eran fácilmente corregibles, como ocurriría, por ejemplo, cuando por inadvertencia no se hubieran incluido en la propuesta los informes financieros correspondientes a un año. A fin de hacer frente a esa preocupación, se sugirió que el criterio para la descalificación debía ser si la información incompleta o inexacta presentada en relación con la

idoneidad del proveedor o contratista afectaba al fondo de la propuesta. La opinión general fue que la redacción actual, a la que se había llegado tras considerable debate en el último período de sesiones, era preferible. Se señaló que la falta de presentación de informes financieros podía solucionarse con arreglo a la redacción actual de la Ley Modelo. Tras algunas deliberaciones, la Comisión aprobó sin cambios el artículo 6.

#### *Artículo 7. Precalificación*

##### *Párrafo 1)*

26. La Comisión aprobó el párrafo 1) y remitió al grupo de redacción una sugerencia relativa a que se añadiera una referencia al capítulo IV *bis*.

##### *Párrafo 2)*

27. La Comisión aprobó sin cambios el párrafo 2).

##### *Párrafo 3)*

28. Se sugirió que tal vez fuera redundante la referencia en el apartado ii) del inciso b) del párrafo 3) al inciso f) del artículo 41 *ter*, teniendo en cuenta el apartado iii) del inciso a) del párrafo 3). La Comisión remitió la cuestión al grupo de redacción. No recibió apoyo una propuesta tendiente a suprimir el apartado v) del inciso a) del párrafo 3), en razón de que impondría una carga indebida a la entidad adjudicadora. Se observó que el objetivo del apartado v) del inciso a) del párrafo 3) era establecer una transparencia básica y que en la disposición se reconocía que la entidad adjudicadora podría establecer otros requisitos que le permitirían eliminar, muy pronto en el proceso de contratación, a los proveedores o contratistas que no estuvieran debidamente calificados para llevar a cabo el contrato. La Comisión afirmó también la necesidad de incluir el apartado ii) del inciso b) del párrafo 3).

##### *Párrafos 4) a 8)*

29. La Comisión aprobó sin cambios los párrafos 4) a 8).

#### *Artículos 8 a 10*

30. La Comisión aprobó sin cambios los artículos 8 a 10, titulados Participación de proveedores y contratistas, Forma de las comunicaciones y Documentos probatorios presentados por proveedores y contratistas.

#### *Artículo 11. Expediente del proceso de contratación*

31. Se sugirió que tal vez fuera útil exigir que la entidad adjudicadora mantuviera un expediente relativo a su decisión de aplicar uno de los procedimientos de contratación limitados previstos en el artículo 41 *bis*. Se planteó una pregunta en cuanto al objetivo de las palabras "o la base para determinar el precio" y "si son conocidos por la entidad adjudicadora". En cuanto a la primera frase, se señaló que la intención era ocuparse de los casos en que la entidad adjudicadora sólo tuviera una base para determinar el

precio como, por ejemplo, en el caso de un consultor contratado por horas, y no conociera el precio real del contrato. En cuanto a la segunda frase, se explicó que tenía por fin ocuparse, por ejemplo, de los casos en que la entidad adjudicadora no podría conocer el precio hasta después de la evaluación de un proveedor y contratista sobre la base de su idoneidad, como ocurría en el sistema de doble pliego, en el que no se requeriría la apertura del pliego del precio a los proveedores y contratistas cuyas propuestas hubieran sido rechazadas por razones técnicas.

#### *Artículo 11 bis. Rechazo de todas las ofertas, propuestas o cotizaciones*

32. La Comisión aprobó sin cambios el artículo 11 *bis*.

#### *Artículo 11 ter. Entrada en vigor del contrato adjudicado*

33. No recibió apoyo una propuesta tendiente a añadir, después de las palabras "en el momento de solicitarse", las palabras "o de aceptarse", especialmente porque la transparencia exigía la divulgación de la información antes de la preparación y la presentación de las propuestas.

#### *Artículo 12. Anuncio público de las adjudicaciones de contratos*

34. Se expresó la opinión de que tal vez fuera útil exigir la notificación inmediata de los procedimientos de contratación, por lo menos en los casos de contratación de fuente única. Se señaló que, en la etapa actual, ese anuncio sólo podía mencionarse en la Guía para la Promulgación. Se expresó la preocupación de que, si se establecía en el párrafo 3) un valor monetario por debajo del cual no se aplicaría el requisito de la publicación, resultaría necesario enmendar periódicamente la Ley Modelo a fin de tener en cuenta la inflación. Se señaló que esta preocupación podría encararse en la Guía para la Promulgación mediante la inclusión de la recomendación de establecer un límite mínimo en la reglamentación de la contratación pública, que sería probablemente más fácil de enmendar. Tras algunas deliberaciones, la Comisión aprobó sin cambios el artículo 12.

#### *Artículo 13. Incentivos ofrecidos por proveedores o contratistas*

35. Se preguntó si la conducta de un ex funcionario o ex empleado era pertinente para la conducta de la entidad adjudicadora. Se señaló, en respuesta a esto, que la intención de la Ley Modelo era corregir posibles prácticas abusivas, incluidos los actos de ex funcionarios o empleados que pudieran tener un impacto en el proceso de contratación. Se indicó que la referencia a funcionarios y empleados era necesaria ya que, por ejemplo, un miembro del directorio de una empresa sería considerado "funcionario" y no "empleado". Tras deliberar al respecto, la Comisión aprobó sin cambios el artículo 13.

*Artículo 14. Reglas relativas a la descripción de los bienes, obras o servicios*

36. Se hicieron varias sugerencias con respecto al artículo 14. Una de ellas fue que se suprimieran las palabras "que creen obstáculos en el proceso de contratación", por ser vagas. Se sugirió también que no era apropiada la referencia a los servicios en la segunda oración del párrafo 2) del artículo 14, ya que las marcas, las etiquetas, los certificados de conformidad, etc., eran pertinentes para los bienes pero no para los servicios. Tras algunas deliberaciones, la Comisión aprobó sin cambios el artículo 14.

*Artículo 15. Idioma*

37. La Comisión aprobó sin cambios el artículo 15.

*Capítulo II. Métodos de contratación y condiciones para su aplicación*

*Artículo 16. Métodos de contratación*

38. Se propuso suprimir el inciso b) del párrafo 3) ya que, con la excepción de la licitación y la solicitud de propuestas de servicios, los demás métodos de contratación pública no se aplicarían a la contratación pública de servicios. Se dijo en apoyo de esta propuesta que, en la práctica, la contratación de servicios se llevaba a cabo mediante licitación o solicitud de propuestas. Se dijo además que la existencia de una multiplicidad de métodos de contratación para la contratación pública de servicios haría que resultara difícil para las entidades adjudicadoras decidir qué método adoptar. De manera análoga, se dijo que era incorrecto abandonar, en el caso de los servicios, la norma general de que los procedimientos de licitación debían ser el método preferido para la contratación pública, ya que entrañaban los procedimientos más abiertos y competitivos.

39. En respuesta a esto, se recordó que el Grupo de Trabajo había considerado con algún detalle la cuestión de cuáles de los métodos existentes para la contratación pública de bienes y obras debían estar también disponibles para la contratación de servicios. El Grupo de Trabajo había encontrado que el enfoque existente era una solución intermedia viable, en particular porque los Estados tal vez no desearan incorporar en sus propias leyes todos los métodos de contratación disponibles para los bienes y las obras. Además, se señaló que, en la contratación pública de servicios, podría resultar apropiado en algunos casos utilizar métodos de contratación distintos de la licitación o la solicitud de propuestas de servicios. Tras algunas deliberaciones, la Comisión decidió mantener el inciso b) del párrafo 3) sin cambios. Se convino también en que en la Guía para la Promulgación podría explicarse mejor el carácter opcional de algunos de los métodos de contratación.

40. En lo que respecta a la redacción, se propuso que se sustituyeran las palabras "los procedimientos enunciados" en el encabezamiento del párrafo 3) por las palabras "el método enunciado" y que se indicara claramente que, en el párrafo 4), la referencia a los incisos a) y b) del párrafo 3) era una referencia solamente a los propios incisos y no al

encabezamiento del párrafo 3). Tras remitir estas propuestas al grupo de redacción, la Comisión aprobó el artículo 16.

*Artículos 17 y 18*

41. No se hicieron observaciones sobre los artículos 17 y 18, titulados Condiciones para la licitación en dos etapas, la solicitud de propuestas o la negociación competitiva y Condiciones para el procedimiento de licitación restringida.

*Artículo 19. Condiciones para la solicitud de cotizaciones*

42. Se señaló y se remitió al grupo de redacción el problema de que, en el texto inglés del párrafo 1), se utilizaba la palabra "provided" dos veces pero con diferentes significados, y se dijo que ello podría crear incertidumbres.

*Artículo 20. Condiciones para la contratación, con un solo proveedor o contratista*

43. Con referencia al inciso d) del párrafo 1), se sugirió que en la Guía para la Promulgación podría señalarse la posibilidad de utilizar la reglamentación de la contratación pública para prevenir el uso abusivo de la contratación de fuente única a fin de mantener la normalización.

*Artículos 21 a 35*

44. No se hicieron observaciones sobre los artículos 21 a 35, titulados: Licitación nacional; Procedimientos de convocatoria a licitación o a precalificación; Contenido de la convocatoria a licitación o precalificación; Entrega del pliego de condiciones; Contenido del pliego de condiciones; Aclaraciones y modificaciones del pliego de condiciones; Idioma de las ofertas; Presentación de las ofertas; Plazo de validez de las ofertas; modificación y retirada de las ofertas; Garantías de la oferta; Apertura de las ofertas; Examen, evaluación y comparación de las ofertas; Prohibición de negociaciones con los proveedores o contratistas; Rechazo de todas las ofertas, y Aceptación de una oferta y entrada en vigor del contrato.

*Capítulo IV. Otros métodos de contratación pública*

45. Se sugirió que tal vez fuera necesario modificar el título del capítulo IV, ya que el capítulo IV bis contenía también procedimientos para la contratación pública distintos de la licitación. Se hicieron varias sugerencias, entre ellas "Otros métodos de contratación pública". Esas sugerencias se remitieron al grupo de redacción.

*Artículos 36 a 41*

46. No se hicieron observaciones sobre los artículos 36 a 41, titulados: Licitación en dos etapas; Procedimiento de licitación restringida; Solicitud de propuestas; Negociación competitiva; Solicitud de cotizaciones, y Contratación con un solo proveedor o contratista.

### *Capítulo IV bis. Solicitud de propuestas de servicios*

#### *Observaciones generales*

47. Se planteó la cuestión de si era en términos generales conveniente incluir en la Ley Modelo un método especial para la contratación de servicios ("solicitud de propuestas de servicios"), cuyos procedimientos figuran en el capítulo IV bis, al mismo tiempo que, de conformidad con el inciso b) del párrafo 3) del artículo 16, los procedimientos para la solicitud de propuestas previstos en el artículo 38 también son aplicables a la contratación de servicios. Al respecto, se señaló que al parecer ambos métodos de contratación en alguna medida se superponen, por ejemplo, por lo que respecta a la cuestión de cuál de los dos métodos ha de utilizarse en los casos en que la entidad adjudicadora desee obtener diversas propuestas en cuanto a posibles maneras diferentes de satisfacer sus necesidades de contratación. Se dijo entonces que, para evitar la apariencia de complejidad y la posibilidad de confusión, y con el fin de proporcionar la orientación más clara posible, en especial de los Estados con poca experiencia en la promulgación de leyes relativas a la contratación pública, sería preferible no aplicar, por lo menos a los servicios, los procedimientos de solicitud de propuestas con arreglo al artículo 38.

48. Al deliberar sobre esta cuestión, la Comisión tomó nota de que el Grupo de Trabajo había examinado, pero no había podido llegar a un acuerdo sobre otros enfoques posibles, distintos del previsto en el proyecto actual que, para la contratación de servicios, no sólo tiene los procedimientos que figuran en el capítulo IV bis, sino también los demás métodos, de contratación, en especial los indicados en el artículo 17. Uno de los métodos alternativos habría sido incorporar todos los procedimientos especiales relativos a los servicios en los métodos existentes para la contratación de bienes y de obras, sin agregar un método separado para los servicios. Otro sistema habría sido agregar ese método separado y excluir la posibilidad de la aplicación de los demás métodos o al menos de los previstos en el artículo 17, a los servicios. Al respecto se observó que la falta de unanimidad en las deliberaciones del Grupo de Trabajo en cuanto al método que había de adoptarse reflejaba el hecho de que los distintos Estados promulgantes podrían elegir métodos diferentes dentro de la gama de métodos de contratación posibles para la contratación de servicios. Habida cuenta de esto, la Comisión acordó en general que debía dejarse en claro, en una nota colocada en la portada de la Ley Modelo y en la Guía para la Promulgación, que la Ley Modelo ofrecía al poder legislativo de los Estados promulgantes diversas opciones en cuanto a los métodos de contratación de servicios y que los Estados tal vez no desearan incorporar en su legislación todos los métodos disponibles.

49. Se expresó asimismo que este enfoque se ajustaría plenamente a la finalidad de la Ley Modelo y coincidiría al respecto con otros documentos multilaterales, como el Acuerdo del GATT sobre Compras del Sector Público y las directrices para la contratación pública de la Unión Europea. Estos instrumentos multilaterales señalan principios generales que deben aplicar los Estados miembros, pero los Estados tienen que dictar su propia legislación nacional. La Ley Modelo proporciona un modelo de régimen legal que

estaría en consonancia con los principios enunciados en esos instrumentos multilaterales.

50. La Comisión se mostró algo renuente a aceptar el título del capítulo IV bis, en especial en razón de que su similitud con el título del método de contratación previsto en el artículo 38 (Solicitud de propuestas) induciría a confusión. Se pidió al grupo de redacción que procurara encontrar un título alternativo, por ejemplo, "método especial para la contratación de servicios". Asimismo, la Comisión fue partidaria de remitir al grupo de redacción una propuesta de trasladar el capítulo IV bis de manera que figurase inmediatamente después del capítulo III (Proceso de licitación). Se consideró que esta ubicación era más adecuada, puesto que el capítulo trata del método ordinario de contratación de servicios.

### *Artículo 41 bis. Solicitud de propuestas de servicios*

#### *Título*

51. Se convino en que habría que encontrar un título más preciso para el artículo 41 bis, y especialmente uno que reflejara el elemento de anuncio, que era el núcleo de la disposición. Se pidió al grupo de redacción que encontrara un título apropiado.

#### *Párrafo 1)*

52. Se preguntó si en el párrafo 1) debería partirse de la base de que la publicación en el diario oficial u otra publicación oficial garantizaría siempre el anuncio oportuno dado que era posible que en algunos Estados esta clase de publicaciones apareciera después de que saliera a la luz el proceso de contratación. También se expresó el parecer de que el párrafo 1) no debería entrar en detalles como el precio, pero sí debería referirse a la cuestión de la idoneidad de los proveedores o contratistas. No obstante, la Comisión decidió no introducir modificaciones en el texto de ese párrafo. En general, se consideró que éste reflejaba la disposición análoga de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública de Bienes y de Obras y era apropiado.

#### *Párrafo 2)*

53. Se dijo que la obligación de publicar un anuncio en un periódico internacional impuesta en el párrafo 2) era onerosa para la entidad adjudicadora. Igual que cuando se había expresado una preocupación similar respecto del precepto análogo contenido en la Ley Modelo sobre la Contratación Pública de Bienes y de Obras, se impuso el parecer de que el principio de la competencia abierta y la norma concomitante de convocatoria amplia era un elemento clave del tipo de régimen altamente competitivo y transparente de contratación de cuya codificación se estaba ocupando la Comisión. Al mismo tiempo, se reconoció que el principio debería contemplar algunas excepciones en virtud de los párrafos 2) y 3), el último de los cuales sería examinado a continuación por la Comisión.

#### *Párrafo 3)*

54. La Comisión, sobre la base de una propuesta tendiente a suprimir el párrafo 3) consideró en general si

correspondía o no incluir excepciones al principio de la convocatoria amplia como las incluidas en el párrafo 3). Entre las razones citadas para apoyar la eliminación total del párrafo 3) se dijo que el párrafo 2) ya se refería a algunas excepciones y que contemplar otras limitaría demasiado el grado de competencia logrado por este método, que era el principal método de contratación de servicios. Sin embargo, los argumentos en contrario convencieron a la Comisión de la conveniencia de conservar la totalidad, o al menos parte, del párrafo 3). Estos argumentos giraban en torno a la necesidad de contemplar algún grado de flexibilidad respecto de la norma de la convocatoria amplia, de tal manera que hubiese suficiente flexibilidad para tener en cuenta las circunstancias diferentes de los Estados promulgantes y así evitar que las entidades adjudicadoras se apartaran del capítulo IV *bis* y optaran por métodos de contratación menos competitivos o la posibilidad de estimular la exclusión general de la aplicación de la Ley Modelo para ciertas categorías de servicios. Al mismo tiempo, se acogió ampliamente la idea de garantizar que se limitara adecuadamente el acceso a las excepciones mediante la inclusión de requisitos relativos a los expedientes completos y a la aprobación en relación con el párrafo 3).

#### *Incisos a) y b)*

55. Por lo que toca a las disposiciones detalladas del párrafo 3), la Comisión afirmó que, cualquiera que fuese su alcance, el párrafo 3) debería constituir una excepción simultáneamente para los requisitos de convocatoria nacional e internacional previstos en los párrafos 1) y 2), ya que el párrafo 3) se refiere a los casos de "convocatoria directa". Se pidió al Grupo de Trabajo que examinara si este punto podría aclararse haciendo una referencia a la convocatoria directa en el encabezamiento del párrafo 3).

56. La Comisión prestó especial atención a la diferencia de formulación entre el inciso a), que contempla la convocatoria directa cuando los servicios sean prestados sólo por un número limitado de proveedores o contratistas "conocidos por la entidad adjudicadora", y la disposición análoga relativa al procedimiento de licitación restringida (inciso a) del artículo 18). Se dijo que esta última disposición no contenía la referencia al conocimiento por parte de la entidad adjudicadora y, que en consecuencia, podría considerarse que se prestaba menos a los abusos que el inciso a) del actual párrafo 3). Aunque se consideró que debería conservarse la referencia al conocimiento por parte de la entidad adjudicadora a fin de dar a ésta suficiente flexibilidad, se impuso el punto de vista de que la disposición actual debería seguir la redacción del inciso a) del artículo 18.

#### *Inciso c)*

57. Se expresaron distintos puntos de vista respecto de si debía conservarse o no el inciso c), que contempla una excepción a la convocatoria amplia en los casos en que, a causa de la índole de los servicios que hayan de contratarse, la única manera de promover la economía y la eficiencia es mediante la convocatoria directa. Se manifestó que la disposición era vaga y que la referencia simplemente a la "índole de los servicios" y a "la economía y la eficiencia" llevaría a que se renunciara a la convocatoria amplia precisamente en los casos en que ésta debería promoverse.

Se expresó además que en el caso de la licitación restringida no se contemplaba una exclusión similar a la del inciso c) y que las excepciones previstas en los incisos a) y b) permitían suficiente flexibilidad.

58. En apoyo de la conservación del inciso c) se invocó una serie de argumentos, en especial la necesidad de conservar un grado adecuado de flexibilidad a fin de que la entidad adjudicadora pudiera encarar las circunstancias especiales que podrían surgir en la contratación de servicios. Se hizo hincapié en que la aceptación del método especial de contratación de servicios, así como de la Ley Modelo en su conjunto, dependía de que hubiera un grado adecuado de flexibilidad respecto del requisito de convocatoria amplia, a fin de dar la ponderación debida a la economía y la eficiencia y a otros intereses del Estado promulgante.

59. La Comisión examinó una serie de propuestas destinadas a conciliar las diversas inquietudes y argumentos planteados en el curso de los debates acerca de si debía conservarse el inciso c). Un grupo de propuestas se inclinaban a hacer más precisa la disposición refiriéndose más concretamente a lo que debería entenderse por "índole de los servicios". En ellas se sugería, por ejemplo, que se hiciera referencia al carácter "profesional", "altamente complejo y especializado", "intelectual" o "confidencial" de los servicios. Se estudió la posibilidad de adoptar diversas combinaciones posibles de estas descripciones, incluida la enumeración de la mayoría o de todos estos factores, la limitación de la disposición a los casos en que hubiera necesidad de confidencialidad, y una propuesta tendiente a mencionar simplemente los casos en que la índole de los servicios no justificaba una convocatoria amplia.

60. Tras examinar, sin llegar a acuerdo, una solución basada en una modificación de la referencia a la índole de los servicios, la Comisión convino en que, en vez de centrar la atención en una definición más concreta de la índole de los servicios contemplados, sería mejor referirse a circunstancias especiales que exigen confidencialidad o a requisitos basados en el interés nacional. La Comisión remitió esta decisión al grupo de redacción para su puesta en práctica y le pidió que examinara una propuesta tendiente a trasladar la referencia a la economía y la eficiencia del inciso c) al encabezamiento del párrafo 3).

#### *Párrafo 4)*

61. La Comisión remitió al grupo de redacción una sugerencia en el sentido de incluir en el párrafo 4) una referencia expresa a la disposición relativa a la solicitud de propuestas en los casos de convocatoria directa. Con esta salvedad, el párrafo se aprobó sin modificaciones.

#### *Artículo 41 ter. Contenido de la solicitud de propuestas de servicios*

62. Se expresó la opinión de que el requisito de proporcionar toda la información indicada en el artículo 41 *ter* era demasiado oneroso para la entidad adjudicadora. Por ejemplo, se dijo que los incisos d) y e) se referían a información que no era necesario incluir en la solicitud de propuestas, que el inciso k) exigía que la entidad adjudicadora diera demasiados detalles y que los incisos s) y t) exigían que la

entidad adjudicadora proporcionara información sobre leyes, en tanto que debía recaer en los proveedores y contratistas la obligación de verificar y tener presente la ley aplicable sobre contratación pública. Se sugirió en consecuencia la posibilidad de suprimir algunos de esos incisos.

63. En respuesta a esto, se señaló que el artículo 41 *ter*, que seguía el texto de una disposición similar contenida en el capítulo III, tenía por fin proporcionar un nivel de transparencia y apertura equivalente al previsto en los procedimientos de licitación, ya que el capítulo IV *bis* era el principal método para la contratación de servicios. Tras algunas deliberaciones, la Comisión decidió no suprimir ninguno de los incisos del artículo 41 *ter*.

64. La Comisión observó que la disposición “si el precio es un criterio pertinente” al comienzo de los incisos *j*) y *k*), aunque tenía por fin indicar que el precio podría no ser un criterio pertinente en algunos casos de contratación de servicios, podría disminuir indebidamente la importancia del precio. La Comisión convino en que podía cambiarse esa impresión errónea trasladando la frase al final de los incisos y utilizando una redacción tal como “a menos que el precio no sea un criterio pertinente”. Se sugirió también que en la Guía para la Promulgación podrían indicarse los casos en que el precio podría no ser un criterio pertinente.

65. Con respecto al inciso *n*), se preguntó si era posible indicar un tipo de cambio en la solicitud de propuestas, dado que los tipos de cambio estaban sujetos a fluctuaciones. En respuesta a esto, se dijo que, con el fin de mantener la claridad y la transparencia, era importante hacer referencia a un tipo de cambio, que podría indicarse, por ejemplo, como el tipo de cambio vigente en una institución financiera determinada en una fecha determinada.

*Artículo 41 quater. Criterios para la evaluación de las propuestas*

*Párrafo 1)*

*Encabezamiento*

66. Se expresaron varias preocupaciones en relación con el párrafo 1). Una era que las palabras “sólo podrán referirse” obstarían para que la entidad adjudicadora aplicara otros criterios, como la confidencialidad, el interés nacional, la transferencia de tecnología y el fomento de las exportaciones. Se señaló a ese respecto que la expresión “sólo podrán referirse” obedecía al propósito de limitar el alcance de los criterios sobre la base de los cuales la entidad adjudicadora podría evaluar las propuestas, sin requerir su uso en todos los casos. Se señaló al mismo tiempo que los criterios mencionados recaerían bajo la categoría de los enumerados en el inciso *d*) o podrían añadirse en la legislación del Estado promulgante.

67. Se expresó también preocupación por el hecho de que el impacto ambiental de las propuestas no figuraba entre los criterios para la evaluación enumerados en el artículo 41 *quater*. En respuesta a esto se señaló que las preocupaciones ambientales podrían tenerse en cuenta a través del inciso *g*) del artículo 41 *ter*, que se ocupaba de la descripción de los servicios. Se sugirió que este enfoque

era evidente por el hecho de que la Comisión no había incluido el impacto ambiental como uno de los criterios utilizados en la contratación pública de bienes y obras, pese a que podía muy bien considerarse que los bienes y las obras planteaban en general mayores riesgos para el medio ambiente que los servicios.

68. Otra preocupación expresada fue que la carga de notificar a los proveedores y contratistas de los criterios que habrían de utilizarse en la solicitud de propuestas podría ser excesivo para la entidad adjudicadora. Se señaló en respuesta a esto que la notificación a los proveedores y contratistas de los criterios de evaluación era esencial para fomentar la transparencia y la equidad en la competencia. Además, se señaló que existían métodos de contratación distintos de la solicitud de propuestas para los casos en que no fuera posible para la entidad adjudicadora establecer claramente esos criterios de evaluación.

69. Tras algunas deliberaciones, la Comisión aprobó el encabezamiento del párrafo 1) sin cambios.

*Inciso a)*

70. Se hicieron varias propuestas con miras a mejorar la redacción del inciso *a*): que se añadiera la palabra “pertinente” (se señaló que, si bien el adjetivo “pertinente” sería aplicable a la experiencia de los proveedores y contratistas, no se aplicaría a su reputación ni a su confiabilidad); que se añadieran las palabras “en la esfera correspondiente” después de la palabra “experiencia”; y que se indicara más claramente el significado de la referencia al “personal”, ya que podría haber incertidumbre, por ejemplo, en cuanto a la aplicabilidad a contratistas independientes contratados por el ganador de la licitación o en cuanto a la utilización de personal cuando el ganador de la licitación no había notificado su contratación a la entidad adjudicadora. La Comisión aprobó el inciso *a*) y remitió la cuestión de su redacción precisa al grupo de redacción.

*Inciso b)*

71. La Comisión aprobó sin cambios el inciso *b*).

*Inciso c)*

72. Se expresó la preocupación de que el inciso *c*) podría dar la impresión errónea de que el precio era un criterio pertinente en la mayoría de los casos, sin especificar las formas en que podría expresarse. Se señaló que el precio no podría aplicarse de la manera tradicional como criterio en la contratación de varios servicios. Tras deliberar al respecto, la Comisión llegó a la conclusión de que la preocupación se encaraba de manera adecuada y aprobó sin cambios el inciso *c*).

*Inciso d)*

73. Se formuló la sugerencia general, que fue aceptada por la Comisión, de que el grupo de redacción examinase la posibilidad de poner totalmente en consonancia el inciso *d*) y el apartado iii) del inciso *c*) del párrafo 4) del artículo 32, en particular respecto de la mención a la transferencia de tecnología, que no figuraba en el inciso *d*).

*Párrafo 2)*

74. Se señaló que la aplicación de un margen de preferencia a favor de los contratistas nacionales como técnica para lograr objetivos de economía nacional era en general aceptable. Sin embargo, se expresó la opinión de que los objetivos de esa técnica podrían lograrse mejor dando crédito a los proveedores y contratistas nacionales en los procedimientos de contratación pública por su conocimiento de la región y del idioma. Tras algunas deliberaciones, la Comisión aprobó sin cambios el párrafo 2).

*Artículo 41 quinquies. Aclaraciones y modificaciones de la solicitud de propuestas*

75. Se expresó la preocupación de que la obligación de comunicar a todos los proveedores y contratistas las aclaraciones solicitadas y proporcionadas a uno o algunos de ellos podría ser demasiado onerosa para la entidad adjudicadora. Se sugirió en consecuencia que la comunicación de esas aclaraciones se hiciera a solicitud de parte. La Comisión decidió mantener sin cambios la disposición y señaló que no bastaría con proporcionar las aclaraciones a los contratistas solamente a solicitud de éstos ya que no habría ninguna forma independiente de determinar que se había planteado una pregunta y se había proporcionado una aclaración.

*Artículo 41 sexies. Procedimientos para la selección*

76. Se sugirió que, con el fin de diferenciar mejor entre los tres métodos de selección enunciados en los párrafos 2), 3) y 4) del artículo 41 sexies, se les pusieran subtítulos o se dividieran en artículos diferentes. Aunque hubo objeciones a los subtítulos por considerarse que no se ajustaban al formato actual de la Ley Modelo, se expresó interés en la idea de artículos distintos. Se hicieron diversas propuestas respecto de los títulos o encabezamientos, todas encaminadas en general a diferenciar entre los tres métodos de selección relativos a las negociaciones. Tras el debate, la Comisión pidió al grupo de redacción que atendiera el deseo de la Comisión de distinguir mejor entre los procedimientos enunciados en los tres párrafos en cuestión.

*Párrafo 1)*

77. Se expresó la preocupación de que la formulación actual del inciso c) podría provocar confusión en cuanto a si se refería al uso de grupos de expertos independientes y ajenos a la entidad adjudicadora o al uso de expertos seleccionados de entre su personal. Se expresó también la opinión de que debía dejarse en claro que correspondía a los grupos de expertos sólo una función de asesoramiento en el proceso de selección y que la responsabilidad definitiva de la selección correspondía a la entidad adjudicadora.

78. La Comisión observó que el Grupo de Trabajo había considerado de manera más bien extensa la forma de redactar la disposición acerca del uso de grupos de expertos y había decidido no ocuparse en la Ley Modelo de cuestiones como la medida exacta en que podían usarse esos grupos. Tras el debate la Comisión decidió mantener el inciso sin cambios, con sujeción a las modificaciones de redacción

encaminadas a aclarar que la referencia se hacía al uso de un grupo de expertos externos. Se sugirió además que en la Guía para la Promulgación podría darse mayor orientación acerca del uso de ese tipo de grupos.

*Párrafo 2)*

79. Se expresó preocupación por cuanto la palabra "umbral" que se utilizaba en el inciso a) no captaba en forma apropiada el propósito de la disposición, que consistía en dar a la entidad adjudicadora la oportunidad de establecer un nivel mínimo de calidad y técnico por debajo del cual no se considerarían las propuestas. Se sugirió además que se podría explicar mejor en el inciso la forma en que podría fijarse un umbral de ese tipo. Sin embargo, hubo objeciones a esta última sugerencia por cuanto correspondía al sentido de dar excesiva orientación acerca del mecanismo de aplicación de ciertos procedimientos, criterio que la Comisión había decidido evitar. Tras el debate la Comisión decidió mantener sin cambios el inciso, aunque debía redactarse de manera de dejar en claro que el "umbral mínimo" se refería a la fijación de un nivel mínimo de calidad que debían tener las propuestas.

*Párrafo 3)**Inciso a)*

80. Se expresó la preocupación de que el inciso a) no era claro por cuanto no especificaba los fundamentos para rechazar las propuestas. Como respuesta se indicó que la inteligencia del Grupo de Trabajo en su 17.º período de sesiones había sido que el rechazo se basaría en la falta de satisfacción de un criterio básico, como una calificación profesional, y no necesariamente en la falta de cumplimiento de un umbral determinado. De conformidad con esa inteligencia, se sugirió que se enmendara el inciso a) de manera que su texto fuera el siguiente: "Si la entidad adjudicadora utiliza el procedimiento previsto en el presente párrafo, entrará en negociaciones con los proveedores o contratistas que hayan presentado propuestas aceptables y podrá pedir o permitir que se revisen esas propuestas a condición de que se dé a todos los proveedores o contratistas la oportunidad de participar en las negociaciones". Se expresó la opinión de que esa formulación sería aceptable, en particular si se había de remitir a las "propuestas técnicamente aceptables". Se dudó de la claridad de las palabras "si la entidad adjudicadora . . . párrafo" en el texto árabe de los párrafos 2), 3) y 4). La Comisión aprobó el inciso a) y encomendó al grupo de redacción la formulación exacta.

*Incisos b) y c)*

81. Se propuso que se suprimieran los incisos b) y c) por cuanto la entidad adjudicadora debía estar en condiciones de estructurar las negociaciones en la forma que estimara conveniente. No obstante, prevaleció la opinión de que se mantuvieran sin cambios los incisos b) y c) en aras de la transparencia y eficiencia y a fin de velar por el carácter racional de la evaluación de los aspectos técnicos y de otro orden de las propuestas no relacionados con el precio, de manera que no fueran afectados por el precio. La Comisión rechazó una referencia expresa en el inciso c) al "sistema de dos sobres".

*Inciso d)*

82. Se expresó la opinión de que el significado de las palabras “responda mejor a las necesidades de la entidad adjudicadora” no era claro. Sin embargo, predominó la opinión de que los criterios de evaluación enunciados en el artículo 41 *quater* constituían una indicación clara de lo que podía considerarse que respondía mejor a las necesidades de la entidad adjudicadora. Tras el debate la Comisión aprobó el inciso *d)* sin cambios.

*Párrafo 4)**Incisos a), b) y c)*

83. La Comisión aprobó los incisos *a)*, *b)* y *c)* sin cambios.

*Inciso d)*

84. Se expresó la preocupación de que el inciso *d)*, que requería que la entidad adjudicadora informara a los proveedores o contratistas de que no habían alcanzado el umbral mínimo requerido, imponía una carga indebida a la entidad adjudicadora. Se respondió que se trataba de un requisito de justicia básica respecto de los proveedores y contratistas, que habrían destinado recursos humanos y de otro orden, con el fin de que pudieran desempeñarse mejor en caso de que se les otorgara el contrato. Se sugirió como alternativa que se enmendara el artículo 11 de manera que se dejara constancia de los proveedores o contratistas que habían alcanzado el umbral mínimo y que esa información se pudiera revelar cuando se solicitara. Tras el debate la Comisión aprobó el inciso *d)* sin cambios.

*Inciso e)*

85. Se expresó la preocupación de que las palabras “sea evidente . . .” y otros elementos de la disposición introducían cierto grado de incertidumbre y la posibilidad de que se obrara en forma arbitraria. La Comisión aprobó el inciso *e)* a reserva de que el grupo de redacción procediese a llevar a cabo una formulación más clara.

*Inciso f)*

86. La Comisión afirmó que no estaba permitido a la entidad adjudicadora reabrir las negociaciones con los proveedores o contratistas con los que ya las hubiera terminado con el fin de evitar las negociaciones sin plazo fijo, ya que podrían llevar a abusos y demoras innecesarias. La Comisión estimó que la disposición reflejaba a la sazón toda la discreción necesaria para la entidad adjudicadora y se sugirió que se aclarara esta cuestión en la Guía para la Promulgación. La Comisión aprobó el inciso *f)* sin cambios.

*Artículo 41 septies. Confidencialidad*

87. Se expresó la opinión de que el artículo era inapropiado por cuanto negaba a la entidad adjudicadora la oportunidad de iniciar negociaciones con proveedores y contratistas, ya que ello implicaría el intercambio de información acerca de las propuestas. Como respuesta se indicó que el artículo, que se ajustaba a la norma semejante incorporada en otros aspectos de la Ley Modelo, era importante con el fin de mantener la integridad del procedimiento de adquisi-

sición al asegurar que la entidad adjudicadora no utilizara las negociaciones inapropiadamente como medio para enfrentar a los proveedores y contratistas entre sí. Además, otorgaba protección a toda información confidencial que pudiera figurar en las propuestas. En consecuencia, la Comisión aprobó el artículo 41 *septies* sin cambios.

*Observaciones generales relativas al capítulo IV bis*

88. Tras terminar su examen de los procedimientos relacionados con el método especial de contratación pública, la Comisión volvió a examinar la forma en que se presentaría el método especial en relación con los demás métodos de contratación en la Ley Modelo. La Comisión no se pronunció a favor de varias sugerencias presentadas, entre ellas, por ejemplo, que se suprimieran el inciso *b)* del párrafo 3) del artículo 16 y las referencias a los servicios en los artículos 17 a 20, y que se incluyera en la Guía una explicación con respecto a la opción de utilizar esos métodos para los servicios, o que se suprimiera todo el capítulo IV *bis*. La Comisión afirmó que sería preferible conservar el enfoque del proyecto existente, con una nota de pie de página del tipo examinado anteriormente en que se indicara que la Ley Modelo daba a los órganos legislativos la posibilidad de elegir entre varios métodos de contratación para incorporarlos en su legislación interna (véase el párrafo 48 *supra*). En cuanto al contenido de la nota, la preferencia general en la Comisión fue que se hiciera hincapié en el hecho de que la Ley Modelo contenía dos métodos principales, junto con un método alternativo para los casos en que los métodos principales no resultaran apropiados. Se consideró también en general que la nota debía ser neutra en lo que respecta a la combinación de métodos que deberían adoptar los Estados promulgantes.

*Capítulo V. Vías de recurso*

89. Se expresó la opinión de que algunos aspectos de los procedimientos de recurso (artículos 42 a 47) eran incompatibles con los enfoques existentes en algunos Estados y que varias de las disposiciones podrían considerarse onerosas para la entidad adjudicadora. Se hizo en particular referencia a las disposiciones relativas a la suspensión del proceso de contratación, a los distintos plazos y al requisito de que se notificara de los procedimientos de recurso a todos los proveedores o contratistas. Sin embargo, prevaleció el parecer de que los procedimientos de recurso debían mantenerse sin cambios, con sujeción al examen por el grupo de redacción de la formulación precisa de las disposiciones relativas a los servicios contenidas en el inciso *a bis)* del párrafo 2) del artículo 42. Se señaló que el texto actual era, por lo demás, idéntico al contenido en la Ley Modelo sobre la Contratación Pública de Bienes y de Obras. Se señaló también que el proyecto actual incluía también una nota de asterisco en que se reconocía que, por consideraciones constitucionales o de otra índole, los Estados podrían no considerar procedente incorporar los artículos relativos a las vías de recurso.

*C. Informe del grupo de redacción*

90. El texto completo del proyecto de Ley Modelo fue remitido a un grupo de redacción para que aplicara las

decisiones de la Comisión y revisara el texto de modo de asegurar que las versiones en los distintos idiomas fuesen coincidentes. La Comisión, en sus 535a. y 536a. sesiones, celebradas el 9 y el 10 de junio de 1994, examinó el informe del grupo de redacción.

91. Se sugirió que el título "Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios" no dejaba suficientemente en claro que la Ley Modelo que había sido aprobada por la Comisión en su 26.º período de sesiones y que se limitaba a la contratación pública de bienes y de obras seguía siendo válida. Se rechazó la sugerencia de distinguir entre ambas Leyes Modelo refiriéndose al año de aprobación de la última debido a que, en algunas jurisdicciones, las leyes sólo llevaban fecha si reemplazaban leyes anteriores sobre la misma materia, lo cual no era la intención en este caso. Tras el debate la Comisión acordó que la nota de pie de página que figuraría en el título debía dejar en claro que la actual Ley Modelo no reemplazaba la Ley Modelo anterior.

92. Se preguntó por qué razón en el apartado ii) del inciso b) del párrafo 3) del artículo 7 se había suprimido la referencia al inciso f) del artículo 41 *ter*. Como respuesta se señaló que la eliminación era simplemente una cuestión de redacción puesto que la información a que aludía el inciso f) del artículo 41 *ter* ya se exigía de conformidad con el apartado iii) del inciso a) del párrafo 3) del artículo 7.

93. Respecto de la nota de pie de página del artículo 16 se opinó que la intención había sido indicar que el Estado promulgante podía optar por no ampliar los métodos de contratación previstos en el artículo 17 a la contratación de servicios. Se observó que, en la forma en que estaba redactada, la nota de pie de página mencionaba la disponibilidad de los dos métodos principales de contratación pública, señalaba que hay otros métodos de contratación y a continuación expresaba que los Estados podían decidir no incorporar todos esos métodos en su legislación nacional. Se señaló que la nota de pie de página abordaba la cuestión de la elección del método de contratación de manera muy general y podría llevar a la incertidumbre respecto de los métodos de contratación que ofrecía la Ley Modelo ya existente sobre la contratación pública de bienes y de obras, que no contenía una nota de pie de página al respecto, pese a que la Guía para la Promulgación de esa Ley efectivamente se refería a las opciones. Tras el debate la Comisión acordó que tal vez fuese preferible incluir una breve nota de pie de página que indicara simplemente que los Estados podrán decidir no incorporar todos esos métodos en su legislación nacional. Hubo acuerdo en que esta nota podía luego remitir a la Guía para la Promulgación, donde se encontraría una explicación más detallada.

94. Por lo que respecta al párrafo 3) del artículo 41 *bis*, se sugirió que la Guía para la Promulgación debería aclarar mejor el mecanismo de convocación directa a presentar propuestas y la forma en que la entidad adjudicadora podría tratar las propuestas no solicitadas.

95. La Comisión observó que el título del capítulo III *bis* ("Método especial para la contratación de servicios") podría dar la errada impresión de que éste es el único método de contratación de servicios. En consecuencia, la Comisión

decidió que sería más claro que este capítulo se titulara "Método principal para la contratación de servicios".

96. En relación con el párrafo 1) del artículo 41 *sexies ter* se propuso que, en vez de referirse a "propuestas aceptables", se dispusiera que la entidad adjudicadora celebrara negociaciones con los proveedores y contratistas cuya calificación fuera superior a un "nivel mínimo", semejante al previsto respecto de los otros dos procedimientos de selección. La propuesta no fue aceptada por estimarse que entrañaba una modificación de fondo, ya que no se había fijado dicho nivel mínimo para el procedimiento de selección con negociaciones simultáneas. Tras el debate, la Comisión resolvió reemplazar la expresión "nivel mínimo" por la palabra "umbral", que figuraba en los artículos 41 *sexies bis* y 41 *sexies quater*, basándose en que la expresión "nivel mínimo" podría dar la impresión de que la entidad adjudicadora debería tratar de recibir propuestas de calidad mínima.

#### D. Aprobación de la Ley Modelo y recomendación

97. La Comisión, tras examinar el texto del proyecto de Ley Modelo revisado por el grupo de redacción<sup>4</sup>, aprobó la siguiente decisión en su 545ª sesión, celebrada el 15 de junio de 1994:

*"La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional,*

*Recordando su mandato con arreglo a la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1966, de promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional y de tener presentes los intereses de todos los pueblos a ese respecto, y particularmente los de los países en desarrollo, en el progreso amplio del comercio internacional,*

*Tomando nota de que la contratación pública representa una proporción importante del gasto público de la mayoría de los Estados,*

*Recordando la aprobación de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública de Bienes y de Obras en su 26.º período de sesiones,*

*Recordando asimismo la decisión que adoptó en su 26.º período de sesiones de elaborar disposiciones legislativas modelo sobre la contratación pública de servicios dejando intacta la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes y de Obras,*

*Tomando nota de que las disposiciones legislativas modelo sobre la contratación pública de servicios por las que se establecen procedimientos encaminados a promover la integridad, la confianza, la equidad y la transparencia en el proceso de contratación pública fomentarán también la economía, la eficiencia, y la competencia en la contratación pública y de esa manera un mayor desarrollo económico,*

*Opinando que el establecimiento de disposiciones legislativas modelo sobre la contratación de servicios aceptables para Estados con sistemas jurídicos, sociales*

y económicos diferentes contribuye a fomentar unas relaciones económicas internacionales armoniosas,

*Convencida* de que las disposiciones legislativas modelo sobre los servicios contenidos en un texto consolidado sobre la contratación de bienes, obras y servicios ayudará considerablemente a todos los Estados, incluidos los países en desarrollo y los Estados cuyas economías se hallan en transición, a reforzar las leyes sobre contratación pública en vigor y a formular leyes sobre la contratación pública en los casos en que no existan actualmente,

1. *Aprueba* la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios contenida en el anexo I del informe de este período de sesiones;

2. *Pide* al Secretario General que transmita el texto de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, juntamente con la Guía para la incorporación eventual al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, a los gobiernos y a otros órganos interesados;

3. *Recomienda* que todos los Estados examinen con ánimo favorable la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios cuando promulguen leyes o revisen las leyes vigentes teniendo presente la conveniencia de mejorar y uniformar las leyes relativas a la contratación pública y las necesidades específicas de la práctica de la contratación pública.”

#### E. Examen del proyecto de Guía para la Promulgación

98. La Comisión realizó un debate sobre el proyecto de Guía para la Promulgación de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios sobre la base del documento A/CN.9/394. Se señaló que, aunque el proyecto de Guía se presentaba en la forma de enmiendas a la Guía para la Promulgación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes y de Obras existente, la intención no era en realidad introducir enmiendas en esa Guía sino preparar un segundo documento, sin alterar la Guía para la Promulgación existente.

99. Se sugirió que, dado que la contratación pública de obras entrañaba a veces elementos relativos al proceso de contratación que eran similares a los de la contratación de servicios, debería indicarse en la Guía que los Estados podrían considerar la posibilidad de utilizar también las disposiciones sobre la contratación pública de servicios para la contratación pública de obras. La Comisión pasó entonces a examinar las observaciones sobre párrafos concretos del anexo al documento A/CN.9/394.

##### Párrafo 1)

100. Se sugirió que en la observación 1 *bis* debería indicarse claramente que la Comisión no estaba enmendando

en el actual período de sesiones el proyecto de Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes y de Obras sino adoptando de hecho un segundo texto que se ocupaba de la contratación de bienes, obras y servicios.

##### Párrafo 3)

101. Se sugirió que el uso de la palabra “productos” para describir los servicios podría resultar ambiguo y que debía utilizarse una palabra como “objetos” o “cosas”.

##### Párrafo 5)

102. Se sugirió que debía suprimirse la frase en que se decía que en el procedimiento de selección previsto en el artículo 41 *sexies* 12) se actuaba “como en la licitación”. Se sugirió también que se indicara claramente en la última oración del párrafo que, con arreglo al procedimiento de selección previsto en el artículo 41 *sexies* 14), la entidad adjudicadora no podía reiniciar las negociaciones con los proveedores y contratistas con los que hubiera dado por terminadas las negociaciones.

##### Párrafo 12)

103. Se dijo que, en razón de la definición muy amplia de los servicios, la Guía debía contener algunos ejemplos de objetos, en particular bienes inmuebles, cuya clasificación podría ser útil aclarar en la Ley Modelo.

##### Párrafo 13)

104. Se sugirió que, con referencia a la contratación de servicios, se indicara en la Guía que la reglamentación de la contratación pública podría ocuparse de cuestiones tales como los conflictos de intereses.

##### Párrafo 16)

105. Se señaló que la referencia a la información “de que disponga” la entidad adjudicadora debía concentrarse en las situaciones en que el precio de algunas propuestas no se revelaría hasta después de la terminación de los procedimientos de contratación.

##### Párrafo 18)

106. Se sugirió que se incluyeran en la Guía algunos ejemplos de servicios que podrían obtenerse mediante procedimientos de licitación. Con referencia a la observación 2, se dijo que la redacción actual de la primera oración podría dar la impresión errónea de que el requisito del expediente no era obligatorio.

##### Párrafo 21)

107. Se sugirió que, en la observación 1 relativa al artículo 41 *quater*, cuando se hacía referencia a los demás artículos de la Ley Modelo en que se enumeraban criterios similares, debía haber una referencia concreta a esos artículos.

108. Se señaló que, en la última oración de la observación 2 relativa al artículo 41 *sexies* debía indicarse que los procedimientos de selección incluidos en los párrafos 3) y 4) del artículo 41 *sexies* eran en realidad distintos de la licitación porque se permitían en ellos las negociaciones.

109. Con respecto a la observación 5 relativa al artículo 41 *sexies*, se sugirió que la restricción en virtud de la cual la entidad adjudicadora no podía reabrir las negociaciones no debía expresarse de modo que el método de selección resultara menos competitivo, sino como un medio para establecer cierta disciplina en los procedimientos de contratación pública.

110. Con sujeción a la introducción por la Secretaría de los cambios necesarios a fin de reflejar las decisiones de la Comisión sobre la Ley Modelo y las demás sugerencias formuladas, la Comisión aprobó la Guía.

### III. ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

#### A. Introducción

111. La Comisión, en su 26.º período de sesiones, celebrado en 1993, examinó una nota de la Secretaría titulada "Directrices para la celebración de conferencias previas a las audiencias en el procedimiento arbitral" (A/CN.9/378/Add.2)<sup>5</sup>. En la nota, luego de indicarse la conveniencia de observar los principios de discreción y flexibilidad en la dirección del proceso arbitral, se señalaba que en algunas circunstancias esos principios podían dificultar que los participantes en un arbitraje se prepararan para las diversas fases del proceso arbitral. Además, en la nota se describía cómo se podían evitar esas dificultades celebrando en una fase temprana del procedimiento arbitral una reunión preparatoria del proceso en la que se estudiaran y planificaran las actuaciones. En la nota se proponía también que la Comisión elaborase directrices para esas reuniones preparatorias y se formulaba una lista provisional de los temas que esas directrices podían abordar. La Comisión aceptó la sugerencia y pidió a la Secretaría que elaborase un proyecto de directrices<sup>6</sup>. Al elaborarlas, la Secretaría consideró que la expresión "reuniones preparatorias" era más adecuada que "reuniones previas", ya que las reuniones previstas podían celebrarse en otras etapas del proceso arbitral.

112. En el período de sesiones en curso, la Comisión tuvo ante sí los documentos A/CN.9/396 y Add.1, en los que figuraba el proyecto de Directrices para las Reuniones Preparatorias en el Procedimiento Arbitral (las conclusiones de los debates figuran en los párrafos 194 y 195 *infra*).

#### B. Examen del proyecto de Directrices para las Reuniones Preparatorias en el Procedimiento Arbitral

##### 1. Examen del texto en su conjunto

113. En la Comisión hubo un apoyo general a la iniciativa de elaborar las Directrices, y se estimó que el proyecto de Directrices que figuraba en el documento A/CN.9/396/Add.1 era una buena base para los debates. Se consideró que las Directrices serían una ayuda muy útil para los

abogados y asimismo tendrían un importante efecto educativo. También se observó que las Directrices serían útiles tanto en los arbitrajes *ad hoc* como en los arbitrajes administrados por instituciones arbitrales.

114. Se consideró que en el proyecto de texto debía hacerse hincapié en la conveniencia de celebrar una o más reuniones preparatorias y que el momento de su celebración dependía de las circunstancias del caso. Se consideró que, cuando en el texto se hiciera referencia a "una reunión preparatoria", se debería modificar la redacción para indicar la posibilidad de celebrar una o más reuniones. Si se decidía convocarla, el principio rector para organizar una o más reuniones preparatorias y determinar sus fechas debía ser la flexibilidad. Se hizo hincapié en que en las Directrices no se debía dar la impresión de que la celebración de una reunión preparatoria debía constituir una práctica sistemática, sino que sería útil en la medida en que permitiera lograr ahorros de tiempo y dinero. Se expresó la opinión de que tal vez no fuera útil una reunión preparatoria cuando las partes demostrasen una actitud de enfrentamiento o falta de cooperación; no obstante, y según otra opinión, correspondía al tribunal arbitral adoptar la decisión de celebrar una reunión, teniendo principalmente en cuenta la conveniencia de promover un proceso arbitral eficaz.

115. Se señaló que los temas examinados en el capítulo III del proyecto de Directrices eran pertinentes para la planificación de los procedimientos arbitrales, independientemente de si se convocaba una reunión preparatoria especial o no. Por consiguiente, se sugirió que se ampliara el alcance de las Directrices para que el texto, en lugar de presentar sólo los temas sobre los que podía ser útil adoptar decisiones procesales en una fase temprana como puntos del orden del día de dichas reuniones, abordase esos temas en el contexto de los diversos enfoques posibles de la planificación de los procedimientos arbitrales, de los que formaban parte las reuniones preparatorias.

116. Se observó que algunas de las cuestiones que podían abordarse en una reunión preparatoria se relacionaban con cuestiones sustantivas, y no procesales, entre las partes, y que las decisiones tomadas en la reunión preparatoria o a consecuencia de ella no podrían prejuzgar de dichas cuestiones sustantivas y deberían tomarse de manera que se respetasen plenamente los derechos procesales de las partes.

117. Se mencionó la posibilidad de emplear en el título la palabra "Guía" en lugar de la palabra "Directrices". Se sugirieron las siguientes expresiones para sustituir a la expresión "reunión preparatoria": "conferencia de planificación", "conferencia preparatoria", "consulta" y "deliberaciones preparatorias".

118. Se sugirió la posibilidad de incrementar la utilidad de las Directrices elaborando un índice y que, además de las Directrices, se preparase una lista sumaria de los temas del programa sin las observaciones de las Directrices, lista que sería de utilidad para los profesionales.

<sup>5</sup>Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/48/17), párrs. 291 a 296.

<sup>6</sup>Ibid., párrs. 293 y 296.

## 2. Capítulo I del proyecto, "Consideraciones generales"

119. Se sugirió que se indicase en el párrafo 2 que, además de las disposiciones acordadas por las partes, otra limitación a la discrecionalidad del tribunal arbitral podía provenir de acuerdos concretos entre las partes. Se sugirió que, a tal efecto, se efectuasen las modificaciones pertinentes en las Directrices.

120. En lo tocante al párrafo 3, se propuso suprimir la referencia al estilo procesal preferido porque tales preferencias tal vez no fueran compartidas por todas las partes en el arbitraje y porque no era necesario que se compartiera una preferencia para que el tribunal adoptase la decisión de utilizar una manera particular de proceder.

121. Se consideró útil que en el párrafo 6 se mencionaran las razones que podrían llevar a los árbitros a celebrar una reunión preparatoria. Además, se señaló que no todos los asuntos considerados en una reunión preparatoria podían considerarse detalles de procedimiento.

122. En lo tocante al párrafo 15, se sugirió que en las Directrices se expresara que la práctica establecida en el lugar del arbitraje era otro de los factores que debían tenerse presentes para la celebración de las reuniones preparatorias. En contrario, se dijo que una práctica en materia de arbitraje que no se hubiese incorporado al reglamento de arbitraje convenido era difícil de determinar y no era obligatoria, y que por lo tanto no era apropiado hacer referencia a una obligación de observar dicha práctica.

123. Una opinión apoyó la supresión del párrafo 17 y de las partes del párrafo 16 que se referían a modificaciones del reglamento de arbitraje convenidas por las partes. Se dijo que el reglamento de arbitraje era aplicable en virtud de un acuerdo entre las partes y que, si bien estaba implícito que las partes podían decidir modificar su acuerdo, no era apropiado que el tribunal arbitral plantease en la reunión preparatoria la cuestión de posibles modificaciones de esa índole. Según otra opinión, el texto que se estaba examinando era útil en la medida en que contenía una advertencia acerca de las posibles dificultades resultantes de modificaciones del reglamento de arbitraje.

## 3. Capítulo II del proyecto, "Convocatoria y dirección de la reunión preparatoria"

124. Se expresó la preocupación de que la última oración del párrafo 19 pudiese entenderse en el sentido de que siempre existía un riesgo inmanente de que la reunión preparatoria aumentase las costas o complicase la administración del procedimiento. Para mitigar esa preocupación, se sugirió hacer referencia en términos positivos a las ventajas de las reuniones preparatorias a los efectos de la reducción de las costas, ya que en ellas se adoptarían medidas con miras a la eficiencia del proceso arbitral.

125. Se formuló la sugerencia de eliminar la última oración del párrafo 21, pues el hecho de que una de las partes se opusiese a la celebración de una reunión preparatoria no significaría necesariamente que la reunión no pudiese

alcanzar sus objetivos. Se señaló que las objeciones de una de las partes no podían impedir que se planificara la eficiencia de los procedimientos. No obstante, se expresó la opinión de que tal vez no fuese apropiado que el tribunal arbitral celebrase una reunión preparatoria en caso de que una de las partes formulase objeciones y no participase en la reunión, según se describía en el párrafo 22. En caso de que se celebrase una reunión preparatoria en ausencia de una de las partes, se consideró necesario poner de relieve que el tribunal, al adoptar decisiones, tenía que observar los principios del debido proceso legal.

126. Con respecto al párrafo 23, una de las opiniones formuladas fue que dicho párrafo debía mantenerse, pero con algunas enmiendas. En apoyo de esa opinión, se dijo que era útil aclarar quiénes podían ser los participantes en una reunión preparatoria. Se sugirió que en el párrafo 23 se consignara primero lo que era habitual, a saber, que, cuando las partes estuviesen representadas por abogados u otros representantes, típicamente asistirían a la reunión preparatoria los representantes de las partes, y en esa oportunidad explicarían las razones por las cuales tal vez fuese necesario o útil que las propias partes estuviesen presentes. Otra sugerencia formulada consistía en que se mencionara que la invitación a la reunión preparatoria debía indicar también las cuestiones que se abordarían en la reunión. Según otra opinión, debía suprimirse el párrafo 23, pues no era apropiado que el tribunal arbitral sugiriese a las partes quiénes debían participar en su nombre en la reunión preparatoria.

127. Con respecto al párrafo 24, se expresó la opinión de que la decisión de celebrar consultas por algún medio de telecomunicación (por ejemplo, por telefax o por conferencia telefónica multilateral) dependía de varios factores, y no sólo de la cantidad de cuestiones procesales que hubieran de resolverse.

128. Se sugirió que tal vez fuese útil considerar en el contexto del párrafo 25 la posibilidad de planificar los procedimientos sobre la base de un cuestionario dirigido a las partes por el tribunal, o sobre la base de comunicaciones escritas de las partes.

129. En lo concerniente al párrafo 31, se indicó que no debía preverse que sólo se celebraría más de una reunión preparatoria en casos excepcionales y que el tiempo y las costas no eran los únicos factores que había que tener en cuenta a la hora de decidir si se celebraría más de una reunión, ya que uno de los factores pertinentes que habría que considerar era en qué medida aumentaría la eficiencia del proceso arbitral mediante la celebración de una reunión.

130. Con respecto al párrafo 33 se expresaron opiniones divergentes. Según una de ellas, dicho párrafo debía suprimirse, pues no era necesario que las Directrices abordasen la difícil cuestión de la categorización de las decisiones adoptadas en una reunión preparatoria. Otra opinión sostenía que el párrafo debía mantenerse, pero enmendado, de manera que no se distinguiese entre cuestiones de fondo y de procedimiento, ya que podía resultar difícil hacer esa distinción. Una de las enmiendas sugeridas era que se suprimiese la referencia al fondo de la controversia, pues el objetivo de las reuniones preparatorias era resolver asuntos procesales y no sustantivos. Según otra sugerencia, debían

ponerse ejemplos de las cuestiones a resolver en una reunión preparatoria, sin categorizar las cuestiones. Se observó que, si bien el objetivo de la reunión preparatoria no era que el tribunal arbitral tomase decisiones sobre el fondo del asunto, en dicha reunión las partes debían poder definir o precisar, por acuerdo, el alcance de las cuestiones que debía decidir el tribunal arbitral (como se examina en particular en el capítulo III, secciones D y E).

131. Se sugirió que en el párrafo 33, o en otra parte, se mencionara que la reunión preparatoria daba a las partes la oportunidad de celebrar acuerdos que excluyeran o redujeran la posibilidad de interponer recursos contra un laudo o de formular objeciones contra el reconocimiento y la ejecución del laudo. Dicha sugerencia fue objeto de oposición, fundada en que en muchos sistemas jurídicos la cuestión del recurso a los tribunales estaba regida por disposiciones que no admitían acuerdos en contrario; además, era inadecuado que el tribunal arbitral sugiriese a las partes que renunciaban a cualquier derecho que pudieran tener a recurrir contra el laudo.

132. Se observó que los dos enfoques mencionados en el párrafo 34 con respecto a la forma de tomarse y consignarse las decisiones no eran excluyentes. Se señaló que algunos acuerdos entre las partes debían formularse por escrito (por ejemplo, en el párrafo 1) del artículo 1 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI se estipulaba que las modificaciones a dicho Reglamento debían acordarse por escrito), y se sugirió que en las Directrices se señalasen a la atención esos casos.

133. Se expresó la preocupación de que tal vez la primera oración del párrafo 35 crease la inconveniente impresión de que era beneficioso que los árbitros limitasen sus conversaciones con las partes en lo tocante a las decisiones a adoptar.

134. Con respecto al párrafo 36, se indicó que el grado de pormenorización de las decisiones tomadas en una reunión preparatoria dependía en gran medida de que la información de que disponían los árbitros les permitiese formular decisiones concretas.

#### 4. Proyecto de capítulo III: "Lista anotada de posibles temas para una reunión preparatoria"

135. Se indicó que en el proyecto de capítulo III debía quedar claro que era conveniente abordar algunos de los temas de la lista anotada en una fase inicial del proceso, en la que tal vez no se hubieran sometido al tribunal arbitral todos los puntos controvertidos, en tanto que otros de los temas de la lista se podían abordar adecuadamente en una fase ulterior, después de que las partes hubiesen presentado sus reclamaciones y sus argumentos de defensa. Así, se indicaron como ejemplos de temas de la primera categoría el régimen del proceso arbitral (sección A), el idioma de las actuaciones (sección M) o el lugar de arbitraje (sección P); como ejemplos de temas de la segunda categoría se indicaron la definición de los puntos controvertidos y el orden para su examen (sección D), las cuestiones de hecho o de derecho no controvertidas (sección E) y las cuestiones relacionadas con la presentación de pruebas (secciones F a J).

136. Se sugirió que se reconociese al tribunal arbitral cierto nivel de discrecionalidad respecto del modo de preparar el orden del día de la reunión preparatoria; además se sugirió que en la parte introductoria del capítulo III se recomendase que el orden del día se preparase en consulta con las partes.

137. Se tomó nota de que en el párrafo 38 se establecía como norma general, a reserva de lo que determinase discrecionalmente el tribunal arbitral, que los temas no anunciados en el orden del día no se debían plantear en la reunión preparatoria. Se expresó la opinión de que el párrafo debería estar redactado en términos más amplios, de manera que las partes pudiesen plantear un tema que no estuviese incluido en el orden del día.

#### a) Sección A: "Régimen del proceso arbitral"

138. Se expresó cierto apoyo a la opinión de que se suprimiese la sección A de la lista anotada. Se indicó que, habida cuenta del gran número de normas sobre las que había que ponerse de acuerdo, las deliberaciones correspondientes podrían ser arduas y prolongarse excesivamente, por lo que se retrasaría la solución del asunto o se podrían recurrir a tácticas dilatorias y, en consecuencia, podría surgir una nueva cuestión controvertida. Además, sería necesario modificar el reglamento elegido en esa fase del procedimiento para suprimir las disposiciones que ya no fuesen aplicables, como el que regía la petición inicial y la constitución del tribunal arbitral, y esas modificaciones podían ser complicadas, ya que los reglamentos incluían frecuentemente disposiciones relacionadas entre sí. Por otra parte, cuando se optase por un reglamento de arbitraje aplicado por una institución, su adaptación podría afectar a las funciones que tuviese que realizar necesariamente la institución para aplicar el reglamento, lo que complicaría las deliberaciones o aportaría un elemento de incertidumbre al proceso.

139. No obstante, se sostuvo que se debía mantener la sección, dado que podía ser útil que, en la fase inicial del proceso, se recordase a las partes que, en caso de que no lo hubiesen hecho, podrían considerar la posibilidad de convenir en un reglamento de arbitraje. Se destacó que el hecho de considerar la posibilidad de convenir en un reglamento de arbitraje no retrasaría el proceso, dado que, en caso de que se observase que las partes no podían alcanzar un acuerdo con prontitud, el tribunal podía poner fin a las deliberaciones correspondientes.

#### b) Sección B: "Competencia y composición del tribunal arbitral"

140. Se expresaron opiniones divergentes respecto de la posibilidad de mantener la sección B de las Directrices. Según una opinión, la sección se debería mantener, dado que la pronta aclaración de que las partes convenían en que el tribunal arbitral se había constituido adecuadamente y de que éste tenía competencia para entender de la controversia resultaría útil a los efectos de que más adelante no se formularan objeciones exclusivamente con el fin de demorar el proceso o la ejecución del laudo.

141. Según otra opinión, que fue ampliamente respaldada, había que suprimir la sección B. Se destacaron las

disposiciones relativas al proceso arbitral (como el párrafo 2) del artículo 16 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional y el artículo 21 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI), en las que se estipulaba que las objeciones sobre la competencia se debían formular a más tardar en el momento de la presentación del escrito de contestación a la demanda o tan pronto como se plantease, durante el proceso arbitral, la cuestión sobre la que se considerase que el tribunal no tenía competencia. En relación con esas disposiciones se indicó que, si la reunión preparatoria se celebrase antes de la presentación del escrito de contestación a la demanda, no procedía pedir a la parte correspondiente que expresase su posición acerca de la competencia antes de preparar toda su defensa y presentar el escrito de contestación a la demanda; por otra parte, si la reunión preparatoria se celebrase después de la presentación del escrito de contestación a la demanda, normalmente ya habría pasado el momento de formular objeciones a la competencia.

142. Además, se destacó que correspondía exclusivamente a las partes formular objeciones respecto de la competencia o la composición del tribunal arbitral y que no procedía que éste, en la reunión preparatoria, pidiese a las partes que se pronunciasen sobre la cuestión. En la medida en que cabía considerar que el título "composición del tribunal arbitral" abarcaba también la cuestión de la recusación de un árbitro por circunstancias que hubiesen hecho dudar de su imparcialidad o independencia, se indicó, además, que esa cuestión sólo podía ser planteada por las partes y que las leyes y reglamentos sobre el arbitraje solían regular rigurosamente la recusación (como el artículo 13 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional y el artículo 11 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI).

c) *Sección C: "Posibilidad de resolver por acuerdo la controversia"*

143. Hubo divergencia de opiniones a la hora de considerar si procedía que el tribunal arbitral plantease por su propia iniciativa la cuestión de una posible solución y cómo podría participar el tribunal en las negociaciones encaminadas a lograr una solución. Se indicó que, en algunos ordenamientos jurídicos, el hecho de averiguar si era posible llegar a una solución era incompatible con la función de árbitro; además, se dijo, a causa de esa averiguación, podría empeorar el clima del proceso, una de las partes podría encontrarse en la incómoda situación de tener que negarse a llegar a un acuerdo, se podría dudar de la imparcialidad de los árbitros y, en caso de que no se lograra una conciliación, aumentarían las posibilidades de que se formularan objeciones al laudo.

144. Se indicó que había ordenamientos jurídicos en los que se preveía que se realizase esa investigación en la legislación procesal y en los que, en ocasiones, ello se consideraba aceptable y deseable, siempre que no se pusiera en entredicho la imparcialidad del tribunal.

145. Por lo que respecta al hecho de que las partes, por su propia iniciativa, pidiesen al tribunal arbitral que les prestase asistencia para llegar a una solución, se expresó la opinión de que eran difíciles de conciliar las funciones de

árbitro y de conciliador, por lo que procedía que los árbitros se negasen a actuar como conciliadores o mostrasen reservas respecto de iniciativas de esa índole. Según otra opinión, el tribunal arbitral debería mantener celosamente su imparcialidad en todo momento, si bien las ventajas de lograr una solución justificaban que se aviniese a atender a la petición que las partes le formularan al respecto.

146. A la vista de las deliberaciones que anteceden, se sugirió que se mencionasen las opiniones y prácticas divergentes en las Directrices, acompañadas de las oportunas advertencias, y que se dejase que los expertos decidiesen libremente, de conformidad con la legislación y la práctica aplicables, acerca del modo más adecuado de proceder. En contra de esa opinión, se sugirió que se suprimiesen las observaciones 1 y 2 y se mantuviese únicamente la observación 3, de manera que quedase claro que cualquier negociación que se celebrase para resolver la controversia era una cuestión que interesaba exclusivamente al tribunal arbitral por ser un factor que afectaba a la ordenación del proceso. Se dijo que la descripción de las opiniones y prácticas divergentes, referidas a las observaciones 1 y 2, no constituiría una indicación suficientemente clara para los expertos acerca del modo en que debían proceder.

147. Se indicó que la observación 3 guardaba relación directa con el punto del orden del día, lo que no ocurría en el caso de las observaciones 1 y 2.

d) *Sección D: "Definir los puntos controvertidos y el orden para su examen"*

*Punto i)*

148. Se sugirió que, en la última oración de la observación 1, se suprimiera la referencia a que el proceso podría llevarse tal vez sobre la base únicamente de documentos. Se dijo que, cualesquiera que fuesen las circunstancias, no procedía que el tribunal arbitral tomase la iniciativa de prescindir de las vistas orales, dado que cualquiera de las partes podría considerar que los alegatos orales sobre las cuestiones de derecho eran tan importantes como los alegatos orales sobre las cuestiones de hecho.

149. Por otra parte, se consideró que la oración se justificaba en parte porque contenía un ejemplo sobre el modo de limitar los costos del arbitraje después de que se hubiesen definido los puntos controvertidos. Se sugirió que en el ejemplo se aclarase que, en lugar de prescindir de las vistas orales, se podría reducir su alcance. Se dijo que, si se mantuviese el ejemplo, en él se debería aclarar que las partes tenían un derecho absoluto a la celebración de vistas orales con independencia de la naturaleza del punto controvertido que hubiese de definirse, a reserva únicamente de cualquier disposición en contrario de la normativa aplicable o del acuerdo de las partes. Se propuso, además, que en el ejemplo no se alentase al tribunal arbitral a tomar la iniciativa de prescindir de las vistas orales o de limitarlas, y que esa iniciativa correspondiese a las partes.

150. Se indicó que la ley aplicable era un factor determinante de los hechos que tenían que probar las partes en defensa de sus posiciones y que, en consecuencia, los puntos controvertidos únicamente se podían definir cuando

quedaba claro qué ley se aplicaba al fondo de la controversia. Así pues, las secciones D y E no deberían figurar en el orden del día si, en el momento de la celebración de la reunión preparatoria, no se hubiese determinado qué ley regía el fondo de la controversia.

*Punto ii)*

151. Se indicó que se debían suprimir las observaciones 6 y 7, dado que versaban sobre el fondo de la controversia y podrían dar lugar a dudas y vacilaciones.

*Punto iii)*

152. En lo concerniente a la observación 9, se sugirió que, al fijar el orden de examen de los puntos controvertidos, el tribunal arbitral debería actuar con cautela para no dar la impresión de que estaba prejuzgando el fondo del asunto o expresando una opinión al respecto.

153. Se indicó que, en ocasiones, tal vez habría que modificar el orden de examen que se hubiera decidido y que en las Directrices se podría hacer referencia a esa posibilidad.

154. En lo concerniente a la última oración de la observación 9, se sugirió que el orden de examen de los puntos controvertidos se determinase en función del carácter preliminar de una cuestión respecto de otras. Se expresaron reservas en relación con la utilización de otros criterios para determinar ese orden, los cuales se mencionaban en la última oración de la observación 9, ya que ello podría constituir un indicio injustificado y prematuro de que probablemente iba a prosperar una reclamación o podría influir en el modo en que una de las partes fundamentase su posición.

155. Según una opinión, eran útiles las observaciones 10 y 11, relativas a los laudos parciales, provisionales e interlocutorios, dado que en ellas se precisaba la observación 9. En contra de esa opinión, se indicó que se deberían suprimir esas observaciones porque iban más allá del punto del orden del día, habida cuenta de que no se contaba con una definición generalmente aceptada de los laudos parciales, provisionales e interlocutorios y no era posible dar una explicación adecuada de ese tema tan complicado en el escaso espacio que se le dedicaba.

*e) Sección E: "Cuestiones de hecho o de derecho no controvertidas"*

156. Se señaló que había que suprimir la observación 3. Se dijo asimismo que en las Directrices no se debería sugerir que el tribunal arbitral hiciera un anuncio relativo a las costas del arbitraje, como se preveía en esa observación, ya que ello podía ser calificado de coerción y que en la tercera observación se daba excesivo peso a uno solo de los factores que había que tener en cuenta en la imputación de las costas.

*f) Sección F: "Disposiciones relativas a la prueba documental"*

*Punto ii)*

157. Se sugirió reemplazar en las observaciones 4 y 5 el término "presunción" por otro.

*Punto v)*

158. En cuanto a la solicitud de que se presentasen documentos, se señaló que había que aclarar en las observaciones la necesidad de respetar el carácter confidencial de los documentos presentados. En particular se señaló como razón para ello que los documentos reservados (las comunicaciones entre un cliente y su abogado, por ejemplo) podían perder el carácter de tales si no se respetaba la confidencialidad. Se mencionó el artículo 20 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI como posible modelo para plantear la cuestión de la confidencialidad.

159. Se dijo que había que suprimir en la observación 11 la parte relativa a la solicitud de documentos "internos", ya que podía restringir indebidamente la solicitud de algunos tipos de documentos de esa índole (las minutas de reuniones de accionistas o memorandos enviados dentro de una empresa, por ejemplo), incluso si el tribunal arbitral consideraba razonable que se solicitara su presentación. Se señaló, sin embargo, que en varios ordenamientos jurídicos las condiciones para poder solicitar la presentación de documentos, en particular documentos internos, eran bastante restrictivas, por lo cual era necesario llegar a una solución que fuese generalmente aceptable.

160. En cuanto a la referencia al derecho de no autoincriminarse (observación 13), se señaló que ese derecho procedía en un tribunal penal pero no en un arbitraje.

*g) Sección G: "Disposiciones relativas a las pruebas materiales"*

161. Se propuso revisar la última oración de la observación 3 a fin de no dar la impresión de que, según las Directrices, los empleados de una de las partes podían ser escuchados como testigos en el curso de la inspección *in situ* de bienes raíces o de otra índole.

*h) Sección H: "Disposiciones relativas a la prueba de testigos"*

*Punto i)*

162. Se señaló que había que suprimir la última oración de la observación 3 ya que daba preferencia al testimonio oral en contraposición al escrito. Se dijo que la sentencia sería incompatible con el principio de que la decisión de no presentar un testimonio oral debía quedar librada por entero a la discreción de las partes.

163. Se señaló que, en algunas tradiciones jurídicas, el juramento era considerado un elemento importante, y en algunas situaciones necesario, del testimonio. Por ello, se dijo que para reemplazar el juramento tradicional por una declaración escrita, cuestión a la que se hacía referencia en la observación 6, se necesitaba el consentimiento de ambas partes.

164. Se indicó que se aplicaban distintos métodos para el protocolo de la firma en las deposiciones de testigos y que en algunos casos esos métodos se regían por tratados internacionales. Se señaló que, habida cuenta de esas diferencias, en las Directrices no había que tratar de examinar los

diversos métodos empleados para la preparación de deposiciones escritas de testigos, ni de dar orientación al respecto; las directrices debían limitarse a recordar que, antes de que se pidiera a las partes que presentasen deposiciones escritas de testigos, debía haber un criterio común en cuanto a la forma en que habían de prepararse.

*Punto ii)*

165. Se sugirió que se suprimiesen las observaciones 8 a 12. Se adujo como razón que el alcance limitado de las directrices no hacía posible describir en forma adecuada los distintos métodos para la prueba testimonial. Además, esa descripción no era necesaria ya que las directrices obedecían al propósito de indicar en qué cuestiones era necesario adoptar prontamente decisiones de procedimiento, pero no de dar orientación en cuanto al posible contenido de esas decisiones. Se indicó que, en algunos ordenamientos jurídicos, hay disposiciones que regulan las formalidades que se han de observar obligatoriamente cuando se declara bajo juramento.

166. Se sugirió por otra parte suprimir únicamente las observaciones 8 y 9 y se señaló que las demás obedecían a un propósito útil ya que se referían a cuestiones que suscitaban problemas en la práctica.

*Punto iii)*

167. Se indicó que, en lo tocante a los procedimientos para la prueba testimonial, en muchos ordenamientos jurídicos el trato de las personas asociadas con alguna de las partes en el proceso no era distinto del de otras personas, por lo que había que revisar la observación 15 y, en particular, la primera oración.

i) *Sección I: "Disposiciones relativas a la prueba pericial"*

168. No se formularon observaciones acerca de la sección I.

j) *Sección J: "Disposiciones relativas a la presentación de escritos"*

169. Se dijo que la observación 2 era demasiado detallada y que, en lugar de describir los diversos tipos de documentos que podían presentarse, bastaría con recordar al tribunal arbitral que tenía que preguntar a las partes qué tipo de documentos se proponían presentar.

170. Se señaló que las ventajas y las desventajas de las presentaciones consecutivas o simultáneas dependían de diversas consideraciones, algunas de las cuales no estaban mencionadas en la observación 5 (la celeridad del proceso, por ejemplo), que la evaluación de esas consideraciones estaba librada a la discreción del tribunal arbitral y que no había que tratar en las Directrices de orientar a los árbitros acerca de la forma de ejercer esa facultad discrecional.

k) *Sección K: "Detalles prácticos relativos a los escritos y elementos de prueba"*

171. Se señaló que la sección K era más detallada que otras y que la observación correspondiente era breve en

comparación con otras. En el debate acerca del punto hasta el cual debían ser detallados los elementos de la lista y las observaciones se dijo que la respuesta dependía en parte de la forma y el contenido de la lista resumida de las cuestiones a que se referían las Directrices, cuya preparación se había sugerido (véase el párrafo 118 *supra*). Por ejemplo, si la lista de cuestiones había de publicarse en forma separada de las Directrices, los puntos debían ser suficientemente detallados, de manera que bastase con su mera mención.

l) *Sección L: "Vistas"*

*Observaciones introductorias y punto i)*

172. Se señaló que podía ser útil que en la reunión preparatoria se hiciese referencia a la cuestión del carácter confidencial de las vistas.

173. Se dijo que la única manera adecuada de adoptar decisiones relativas a las vistas era hacerlo después de que las partes hubiesen expuesto sus acciones y excepciones y el tribunal arbitral pudiese prever cuál sería la cantidad de pruebas. Se sugirió que este factor constase en las Directrices (véase también el párrafo 135 *supra*).

174. Se indicó que la sección L y el proyecto de Directrices en general eran demasiado minuciosos y que en ellos se hacía indebidamente hincapié en aspectos formales que aproximaban el proceso arbitral a un proceso judicial, lo que no estaba en consonancia con el principio de flexibilidad del arbitraje.

175. Se dijo que el encabezamiento del programa no expresaba debidamente que la celebración de vistas era lo usual y que la excepción era el procedimiento basado únicamente en documentos.

176. En lo concerniente a la segunda oración de la observación 2, se indicó que el tribunal arbitral comprometería su imparcialidad al manifestar a las partes su opinión inicial sobre el fondo del asunto. En consecuencia, se sugirió que se suprimiera esa oración. Por otra parte, se indicó que la oración era demasiado simplista, ya que, en caso de que el tribunal arbitral decidiese manifestar su opinión inicial sobre el fondo del asunto, debería hacerlo con suma cautela y, por ejemplo, únicamente cuando todos los árbitros estuviesen de acuerdo en que una de las partes estaba malgastando tiempo y dinero al presentar innecesariamente cierto argumento o prueba. Se expresó una crítica similar respecto de la última oración de la observación 5.

177. También en relación con el examen de la segunda oración de la observación 2, se sugirió que se suprimiesen totalmente las observaciones 2 y 5, ya que en las Directrices no se debería correr el riesgo de explicar las ventajas e inconvenientes de las vistas orales y el modo en que éstas debían llevarse a cabo. Esas explicaciones excedían indebidamente el alcance de las Directrices, en las que únicamente se deberían abordar los tipos de decisiones que habría que adoptar, pero no el fondo de esas decisiones.

178. Se dijo que la observación 7 podría considerarse una orientación con objeto de que no se fijasen fechas de-

finitivas para las vistas; no se debería dar esa orientación, habida cuenta de que, en muchos casos, era deseable fijar fechas definitivas.

*Punto iii)*

179. Aunque se reconoció con aprobación que en la observación 13 se destacaba que los modelos procesales indicados en las observaciones 11 y 12 eran ejemplos que podían adaptarse en función de las circunstancias del caso, se señaló que se deberían suprimir las observaciones 11 y 12, dado que no se podían explicar de manera tan somera todos los aspectos que deberían tenerse en cuenta al decidir el orden en que se harían las presentaciones orales en las vistas y en las Directrices no se debía orientar a los árbitros sobre el modo en que habían de ejercitar sus facultades discrecionales. Además, se expresó cierto temor a que se considerase erróneamente que la CNUDMI había desarrollado en las observaciones el principio de que se deberían de dar plenas oportunidades a las partes para que explicasen sus posiciones; a causa de ese malentendido, se podrían llegar a invocar las observaciones en las actuaciones judiciales que se emprendiesen cuando una de las partes se opusiera al reconocimiento y a la ejecución del laudo.

*Punto iv)*

180. Según una de las opiniones expresadas, era útil el examen de las observaciones 14 y 15. Según otra opinión, en las Directrices se debería mencionar exclusivamente la necesidad de aclarar si se pretendía que se entregaran las notas de los argumentos expuestos verbalmente, pero no se deberían abordar posibles soluciones por lo que respecta al momento de la entrega de las notas ni a su alcance y contenido. Se sugirió que se revisaran las observaciones, teniendo en cuenta las normas existentes sobre el cierre de las audiencias por el tribunal arbitral (por ejemplo, el artículo 29 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI).

*m) Sección M: "Idioma de las actuaciones"*

181. Se sugirió que se volviese a examinar el orden en que la sección M, y posiblemente otras secciones, aparecían en el proyecto de capítulo III y que se diesen algunas orientaciones acerca del orden que debían seguir las secciones, sobre la base del Reglamento de Arbitraje y la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI.

182. En lo concerniente a la cuestión de qué documentos presentados en su idioma original deberían ir acompañados de una traducción al idioma de las actuaciones arbitrales, cuestión a la que se refería la observación 2, se sugirió que se revisase esa observación a la vista del artículo 17 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

*n) Sección N: "Apoyo administrativo"*

183. Se sugirió que en las observaciones se indicase que había instituciones internacionales de arbitraje que también prestaban los tipos de servicios administrativos mencionados en el programa y que algunas de esas instituciones había concertado acuerdos de cooperación entre sí para ayudarse mutuamente a la hora de prestar servicios administrativos.

*o) Sección O: "Secretario o escribano de un tribunal arbitral"*

184. Se indicó que, en algunos lugares de arbitraje, las instituciones arbitrales nombraban a determinadas personas, denominadas "relatores", que se encargaban de llevar el expediente de las actuaciones, preparar material de información y prestar asistencia a los árbitros en relación con la forma del laudo y otras decisiones.

*p) Sección P: "Lugar del arbitraje"*

185. Se indicó que en la lista de factores de la observación 2 no quedaba claro cuál era la importancia relativa de esos factores; así, el régimen de ejecución del laudo (factor g)) podría considerarse erróneamente como el menos importante por figurar en el último lugar de la lista. En relación con esa indicación, se dijo que en la observación 2 no se deberían intentar aclarar los diversos factores y que se debía suprimir totalmente esa observación, dado que las Directrices deberían limitarse a plantear la cuestión de la determinación del lugar de arbitraje, sin intentar examinar los factores que debían servir de base para elegir ese lugar.

*q) Sección Q: "Normas imperativas aplicables al proceso arbitral"*

*Punto i)*

186. Se indicó que se deberían suprimir el punto i) y las observaciones correspondientes, ya que, entre otras cosas, estaban en contradicción con el principio de que el tribunal arbitral tenía el deber de conocer y de interpretar el derecho que regulaba el proceso arbitral.

*Punto ii)*

187. Se expresó la opinión de que se deberían suprimir el punto ii) y las correspondientes observaciones, dado que la cuestión de las disposiciones relativas al archivo o registro del laudo y al modo de su presentación no se debían prever en la fase inicial de las actuaciones, que era cuando se solían celebrar las reuniones preparatorias. Además, el hecho de plantear esa cuestión en las Directrices podría dar la impresión de que el archivo o el registro del laudo constituía una obligación del tribunal arbitral, impresión que en muchos casos era errónea.

188. Se expresaron dudas acerca de la propuesta de supresión del punto ii), dado que se consideraba importante recordar a los participantes en el proceso arbitral los requisitos indicados en ese punto del programa y las consecuencias, en ocasiones graves, que entrañaba el incumplimiento de esos requisitos.

*r) Sección R: "Arbitraje multilateral"*

189. Se indicó que la preparación del arbitraje multilateral guardaba relación con varias cuestiones que figuraban en el proyecto de Directrices (por ejemplo, las disposiciones relativas a la prueba y las vistas). Además, se sugirió que el examen del arbitraje multilateral no apareciese como un punto del programa, sino como una sección independiente dentro de las Directrices.

190. En lo concerniente a la observación 4, se sugirió que se suprimiese el texto que aparecía después de la primera oración, dado que el objetivo de las Directrices no era asesorar sobre cuestiones que ordinariamente quedaban a discreción del tribunal arbitral en las leyes y reglamentos de arbitraje.

191. Por lo que respecta a la observación 6, se indicó que en las Directrices se debía evitar dar la impresión de que no correspondía enteramente a cada una de las partes decidir en qué vistas deseaba participar. En relación con esa indicación, se sugirió que se suprimiese la observación 6.

s) *Sección S: "Suma depositada para sufragar las costas procesales" y Sección T: "Otras cuestiones de procedimiento"*

192. No se hicieron comentarios sobre las secciones S y T (por lo que respecta a la sección T, véase el párrafo 137 *supra*).

#### 5. *Nuevas cuestiones que podrían ser incluidas en las Directrices*

193. Se sugirió que se considerase la posibilidad de abordar las siguientes cuestiones en las Directrices:

a) En caso de que no se hubiese hecho, la designación de una autoridad encargada de efectuar nombramientos (por ejemplo, a los efectos de plantearle la recusación o sustitución de un árbitro o recabar la asistencia de esa autoridad en relación con la determinación del monto de los honorarios del tribunal arbitral o de la cuantía que se haya de depositar);

b) El carácter confidencial de la información revelada durante el proceso arbitral (véanse también los párrafos 158 y 172 *supra*);

c) La utilización del intercambio electrónico de datos durante las actuaciones (por ejemplo, para enviar pruebas, argumentos o información); la manera de aportar como pruebas registros y mensajes mediante el intercambio electrónico de datos y su valor probatorio;

d) El establecimiento de normas básicas para las comunicaciones entre las partes y el tribunal arbitral (por ejemplo, en relación con las limitaciones de las comunicaciones de las partes; el número de ejemplares que se han de transmitir; la distribución de comunicaciones escritas y la utilización de telefax, teléfono y conferencias telefónicas).

### C. Conclusión

194. La Comisión pidió a la Secretaría que examinase el proyecto de Directrices a la vista del examen realizado en el período de sesiones en curso y que presentase un proyecto revisado a la Comisión en su 28.º período de sesiones de 1995, con miras a que el texto quedase concluido en ese período de sesiones.

195. La Comisión tomó nota con satisfacción que el XXII Congreso Internacional de Arbitraje, que organizaría el Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial en Viena del 3 al 6 de noviembre de 1994, constituiría una

buena oportunidad para que los especialistas de diferentes lugares del mundo formularan observaciones sobre el proyecto de Directrices.

### IV. GARANTÍAS Y CARTAS DE CRÉDITO CONTINGENTE

196. En su 22.º período de sesiones, celebrado en 1989, la Comisión decidió que se empezara a trabajar en la preparación de un régimen uniforme de las garantías y de las cartas de crédito contingente, y encomendó esa labor al Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales<sup>7</sup>. En su actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí los informes del Grupo de Trabajo sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones 20.º y 21.º (A/CN.9/388 y A/CN.9/391), en los que el Grupo de Trabajo continuó su labor de preparación de un proyecto de convención sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente. El Grupo de Trabajo había dedicado anteriormente a esa tarea sus períodos de sesiones 13.º a 19.º. Los informes sobre la labor realizada en esos períodos de sesiones figuraban en los documentos A/CN.9/330, A/CN.9/342, A/CN.9/345, A/CN.9/358, A/CN.9/361, A/CN.9/372 y A/CN.9/374. La Comisión tomó nota de que el Grupo de Trabajo había modificado el título del proyecto de convención para sustituir el término "cartas de garantía" por "garantías independientes y cartas de crédito contingente".

197. La Comisión manifestó su satisfacción por la labor realizada hasta el momento por el Grupo de Trabajo y pidió al Grupo de Trabajo que continuara trabajando con prontitud para presentar el proyecto de convención a la Comisión en su 28.º período de sesiones, que se celebraría en 1995.

### V. CUESTIONES JURÍDICAS PROPIAS DEL INTERCAMBIO ELECTRÓNICO DE DATOS

198. En su 27.º período de sesiones, celebrado en 1992, la Comisión encomendó la preparación de un régimen jurídico del intercambio electrónico de datos (EDI) al Grupo de Trabajo sobre Pagos Internacionales, que pasó a ser designado como Grupo de Trabajo sobre el Intercambio Electrónico de Datos<sup>8</sup>. En su 26.º período de sesiones, celebrado en 1993, la Comisión tuvo ante sí el informe del Grupo de Trabajo sobre la labor de su 25.º período de sesiones (A/CN.9/373). La Comisión tomó nota de que el Grupo de Trabajo había comenzado a examinar el contenido de las reglas uniformes del EDI y expresó la esperanza de que el Grupo de Trabajo procediera con rapidez en la preparación de ese texto<sup>9</sup>.

199. En su actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí los informes del Grupo de Trabajo sobre la labor de sus períodos de sesiones 26.º y 27.º (A/CN.9/387 y A/CN.9/390). La Comisión manifestó su satisfacción por la

<sup>7</sup>*Ibid.*, cuadragésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/44/17), párr. 244.

<sup>8</sup>*Ibid.*, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/47/17), párrs. 140 a 148.

<sup>9</sup>*Ibid.*, cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/48/17), párrs. 302 a 306.

labor realizada por el Grupo de Trabajo y tomó nota de que el Grupo de Trabajo había decidido utilizar el término "disposiciones legales modelo" por expresar mejor la naturaleza especial del texto, que constituía un conjunto diverso de disposiciones legales que los Estados promulgantes no incorporarían necesariamente *in toto* o todas juntas en un mismo instrumento normativo del derecho interno (A/CN.9/390, párrs. 16 y 17).

200. En cuanto a los plazos para la conclusión de la actual labor del Grupo de Trabajo, se expresó la opinión de que podría resultar difícil terminar la labor en curso y presentar las disposiciones legales modelo a la Comisión en su próximo período de sesiones, pues quedaban por resolver diversas cuestiones, tales como el ámbito de aplicación y la autonomía de las partes, y, en cualquier caso, era posible que la Comisión no dispusiera en su próximo período de sesiones de tiempo suficiente para examinar las normas. La opinión preponderante, sin embargo, fue la de que el Grupo de Trabajo podría terminar un proyecto de conjunto de disposiciones básicas en su 28.º y 29.º período de sesiones, en particular teniendo en cuenta que se había decidido que las disposiciones legales modelo no debían centrarse en las relaciones entre los usuarios del EDI y las autoridades públicas, ni en las transacciones de usuarios (A/CN.9/390, párr. 21). Se señaló que podrían añadirse nuevas disposiciones en una etapa posterior, especialmente teniendo en cuenta que se trataba de una esfera de rápido desarrollo tecnológico.

201. En cuanto a otros asuntos jurídicos que podrían examinarse en el futuro, la Comisión tomó nota de que en su 27.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo había aprobado una recomendación a la Comisión de que se iniciara la labor preliminar en relación con la cuestión del carácter negociable o transferible de los derechos sobre mercancías en un medio computadorizado en cuanto hubiera concluido la preparación de las disposiciones legales modelo (A/CN.9/390, párr. 155). Esa recomendación recibió apoyo general. También se sugirió la conveniencia de aplicar un criterio más amplio para incluir en cualquier labor futura el carácter negociable de los derechos sobre valores. Se objetó, sin embargo, que teniendo en cuenta el alto grado de regulación en el plano nacional, podría resultar particularmente difícil lograr uniformidad en esa esfera. Otra sugerencia que contó con cierto apoyo fue la de que la Comisión examinara las cuestiones jurídicas que surgían en el contexto de las relaciones entre los usuarios del EDI y los encargados de prestar servicios, por ejemplo las redes de comunicaciones electrónicas. Sin embargo, recordando el debate celebrado a ese respecto en el 27.º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/390, párr. 159), la Comisión expresó la opinión de que, por lo menos en la etapa actual, era preferible abordar la cuestión de la responsabilidad de los proveedores de servicios en los acuerdos sobre comunicaciones, y, en cualquier caso, resultaría muy difícil formular normas aplicables a todos los tipos de servicios de comunicaciones electrónicas. También se sugirió la conveniencia de preparar un estudio sobre las cuestiones jurídicas relacionadas con la encriptación. A ese respecto, se manifestó la opinión de que ese asunto correspondía más bien al ámbito de competencia de los órganos especializados nacionales o internacionales.

## VI. JURISPRUDENCIA RELATIVA A LOS TEXTOS DE LA CNUDMI (SISTEMA "CLOUT")

### A. Introducción

202. Sobre la base de una decisión adoptada por la Comisión en su 21.º período de sesiones, la Secretaría estableció el sistema "CLOUT" ("*Case Law on UNCITRAL texts*")<sup>10</sup>. El mecanismo para el funcionamiento del sistema "CLOUT" se estableció en el documento A/CN.9/SER.C/GUIDE/1.

### B. Consideraciones de la Comisión

203. En su actual período de sesiones, la Comisión tomó nota con reconocimiento de la existencia de tres ediciones de la serie de resúmenes CLOUT, que contiene reseñas de 52 fallos judiciales y laudos arbitrales relacionados con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/1, 2 y 3). Se expresó la convicción generalizada de que el sistema CLOUT sería beneficioso, en particular en la promoción de la interpretación y aplicación uniformes de los textos jurídicos de la CNUDMI.

204. La Comisión observó que los corresponsales nacionales tenían que recopilar fallos judiciales y laudos arbitrales, preparar resúmenes y enviar a la Secretaría los resúmenes junto con los textos completos de los fallos judiciales y laudos arbitrales, y destacó que para que el sistema CLOUT se utilizara a plena capacidad, había que completar la red de corresponsales nacionales y éstos debían desempeñar su tarea de manera rápida. La Comisión observó también que la labor de la Secretaría relacionada con la edición de los resúmenes, el almacenamiento de los fallos y laudos arbitrales en su forma original, la traducción de los resúmenes a los otros cinco idiomas de las Naciones Unidas, la publicación de éstos en los seis idiomas de las Naciones Unidas y el envío de los resúmenes y los textos completos de los fallos judiciales y laudos arbitrales a las partes interesadas a petición de éstas, aumentarían considerablemente a medida que se incrementaba el número de fallos y laudos cubiertos por el sistema CLOUT. Por tanto, la Comisión pidió a la Secretaría que garantizara que se consignaran recursos suficientes para el funcionamiento efectivo del sistema CLOUT. La Comisión expresó su reconocimiento a los corresponsales nacionales y a la Secretaría por su labor e instó a los Estados a que cooperaran con la Secretaría en el funcionamiento del sistema CLOUT y facilitaran la realización de las tareas de los corresponsales nacionales.

205. Se hicieron varias propuestas con el fin de aumentar la utilidad del sistema CLOUT. Una de ellas consistió en preparar un índice sobre la base de las cuestiones jurídicas,

<sup>10</sup>Para información básica sobre el sistema CLOUT, véase A/CN.9/267; *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/40/17)*, párr. 377; A/CN.9/312; y *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/43/17)*, párrs. 98 a 109.

y no exclusivamente sobre la base de los textos en que podían encontrarse esas cuestiones jurídicas. Para promover la difusión del sistema CLOUT, se propuso que los documentos de dicho sistema se enviaran mediante sistemas de comunicaciones electrónicas a los usuarios en diversas localidades en todo el mundo, incluidas las instituciones académicas, los centros de arbitraje y los centros de información de las Naciones Unidas.

206. La Comisión observó que, sobre la base de la decisión de los corresponsales nacionales adoptada en su quinta reunión anual (Viena, 22 de julio de 1993), los derechos de autor sobre los documentos del sistema CLOUT se asignaban por los corresponsales nacionales y pertenecían a las Naciones Unidas. La Comisión también recordó el debate que se celebró en su 21.º período de sesiones<sup>11</sup> y destacó que debía prestarse especial atención a la difusión más amplia posible de los documentos del sistema CLOUT. La Comisión estuvo de acuerdo en que el objetivo principal para publicar los documentos del sistema CLOUT con los derechos de autor de las Naciones Unidas era evitar distorsiones de su contenido por parte de usuarios no autorizados y que si los derechos de autor impidieran la difusión más amplia posible del sistema CLOUT, habría que volver a evaluar la cuestión.

207. Finalmente, la Comisión convino en que, aunque las cuestiones de política relacionadas con el sistema CLOUT estaban dentro de los límites de su mandato, la forma detallada de funcionamiento del sistema CLOUT debía quedar a discreción de los corresponsales nacionales. En ese sentido, se expresó el deseo de que, a fin de realzar la importancia de las reuniones de corresponsales nacionales, se hiciesen esfuerzos para lograr una participación más amplia de los corresponsales nacionales en las reuniones anuales y la elaboración de informes presentados a la Comisión sobre las cuestiones importantes que surgiesen en relación con el funcionamiento del sistema CLOUT.

## VII. LABOR FUTURA

### A. Aspectos jurídicos del financiamiento mediante efectos a cobrar

208. En su 26.º período de sesiones (1993), la Comisión tuvo ante sí una nota preparada por la Secretaría sobre cesión de créditos y cuestiones conexas (A/CN.9/378/Add.3). La nota describía brevemente algunas de las cuestiones jurídicas relacionadas con la cesión de créditos que originaban problemas en el comercio internacional. Sobre la base de esa nota, la Comisión pidió a la Secretaría que preparase un estudio que identificase la esfera en la que la labor de unificación pareciese prometedora con miras a facilitar una decisión de la Comisión sobre la viabilidad de esa labor. La Comisión pidió a la Secretaría que preparase ese estudio, en cooperación con el UNIDROIT y otras organizaciones internacionales a fin de evitar la duplicación de la labor.

209. De conformidad con esa solicitud, la Secretaría presentó a la Comisión, en su presente período de sesiones, un informe (A/CN.9/397) en el que se examinaba el ámbito posible de la labor. El estudio sugería que la labor podría ser conveniente y factible, particularmente si se limitaba a la cesión de efectos comerciales internacionales por cobrar, es decir reclamaciones de pago de sumas de dinero que tuviesen su origen en transacciones comerciales internacionales, incluida la cesión de efectos a cobrar por vía de venta o por vía de garantía real, la cesión sin aviso, el facturaje en la medida en que no fuese objeto del Convenio del UNIDROIT sobre el facturaje internacional (Ottawa, 1988), el facturaje a tanto alzado de efectos por cobrar no documentarios, la negociabilización de los efectos a cobrar y el financiamiento del propio proyecto. El informe describía una serie de posibles temas, tales como acuerdos de intransferibilidad, cesión global, forma de la cesión, validez de la cesión entre el cedente y el cesionario, frente al deudor y frente a terceros, así como la cuestión conexa del orden de prioridad entre varios acreedores que invoquen algún derecho sobre unos mismos efectos a cobrar. Además, hacía referencia a la posibilidad de inscripción en un registro internacional como posible solución al problema del orden de prioridad. Observaba que el mecanismo de la inscripción suscitaba cuestiones que excedían del ámbito de la cesión de efectos a cobrar y podían tener también en algún momento importancia en relación con la labor realizada en otras esferas tales como la negociabilidad de los derechos sobre mercaderías, que el Grupo de Trabajo sobre intercambio electrónico de datos había recomendado a la Comisión como posible tema futuro (véase A/CN.9/390, párr. 157, así como el párrafo 201 del presente informe), y el tema de las garantías reales, que fue propuesto durante el Congreso como posible tema futuro cuya viabilidad estaba examinándose actualmente.

210. La Comisión expresó a la Secretaría su reconocimiento por su cooperación con el UNIDROIT, que estaba preparando un proyecto de convención sobre garantías reales sobre equipo móvil, y con el Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento (BERF), que ha elaborado una ley modelo sobre la cesión en garantía ("*secured transactions*"). Las medidas adoptadas incluían la presentación de un proyecto de documento (A/CN.9/397) al UNIDROIT y al BERF para que formularan observaciones y la presentación oral de su versión final al Consejo de Administración del UNIDROIT en su reciente reunión (Roma, 9 a 14 de mayo de 1994). La Comisión hizo suya la conclusión (A/CN.9/397, párrs. 52 a 56) de que la labor en la esfera de la financiación mediante efectos a cobrar era conveniente y factible, habida cuenta particularmente del hecho de que se había establecido, en el último período de sesiones, una base para la cooperación y la coordinación con miras a evitar la duplicación de la labor y otras posibles dificultades. La Comisión pidió a la Secretaría que preparase un estudio que examinase más detalladamente las cuestiones que habían sido identificadas, acompañado posiblemente por un primer proyecto de normas uniformes. Sin embargo, se expresaron algunas reservas con respecto a la conveniencia de examinar los aspectos jurídicos del establecimiento y el funcionamiento de un registro internacional.

211. Se observó que el estudio sería preparado en cooperación con el UNIDROIT y otras organizaciones interna-

<sup>11</sup> Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/43/17), párr. 103.

cionales interesadas, tales como el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento y el Banco Interamericano de Desarrollo, así como los organismos nacionales que participasen en la reforma jurídica en la esfera de la financiación mediante efectos a cobrar, tal como se hacía tradicionalmente en los proyectos de la CNUDMI. En particular, se hizo hincapié en la importancia de la cooperación estrecha con el UNIDROIT por una serie de razones.

212. Una razón era el vínculo entre la financiación mediante efectos a cobrar y el facturaje. En ese sentido se señaló que la labor de la Comisión sobre financiación mediante efectos a cobrar no interferiría sustancialmente con el Convenio del UNIDROIT sobre el facturaje internacional, pues el Convenio se refería solamente a algunos tipos y aspectos del facturaje internacional, pero no a la amplia esfera de la financiación mediante efectos a cobrar y otros importantes aspectos, tales como la cuestión del orden de prioridad entre diversos acreedores que invocasen un derecho sobre unos mismos efectos a cobrar. Se observó que las posibilidades de que un amplio número de Estados aprobase ese Convenio, que, según la información existente, estaba siendo considerado para su adopción por un cierto número de Estados, aumentarían si la Comisión pudiese elaborar una norma uniforme que resolviese la cuestión del orden de prioridad (A/CN.9/397, párrs. 36 a 42). En particular, para que no se pensase que la labor de la Comisión en la esfera de la financiación mediante efectos a cobrar justificaba un retraso en la aprobación del Convenio sobre el facturaje, o que había que revisar o que actualizar el Convenio, la Comisión expresó la opinión de que los Estados debían examinar la posibilidad de aprobar el Convenio.

213. Otra razón era que la inscripción en un registro internacional (A/CN.9/397, párrs. 43 a 51) estaba siendo considerada en el contexto de la labor del UNIDROIT sobre un proyecto de convención sobre garantías reales sobre equipo móvil, como base para que la nueva garantía internacional que había de establecer el proyecto de convenio tuviese efectos contra terceros y para la solución de la cuestión del orden de prioridad entre diversos acreedores en conflicto. Otra razón era también la necesidad de evitar la duplicación de los esfuerzos con el proyecto más amplio previsto por el UNIDROIT con respecto a garantías reales en general (A/CN.9/397, párr. 8).

214. En la Comisión se expresó amplio apoyo a las opiniones manifestadas y las sugerencias hechas en el informe. Sin embargo, se puso en duda la posibilidad de incluir la conversión de activos financieros en valores (*securitization*) habida cuenta de que los mercados de valores eran objeto de una reglamentación considerable a nivel nacional. Por otra parte, se observó que se debía incluir dentro de los límites de la labor la conversión de activos financieros en valores debido a su importancia fundamental para el comercio internacional, que se debía principalmente al hecho de que permitía a los bancos refinanciar sus créditos, realizando así la ampliación de la financiación del comercio. Se recomendó que se examinaran las cuestiones que tuvieran que ver con círculos comerciales separados, a fin de determinar si era factible establecer normas de carácter general. Se sugirió también que las normas se basaran en la práctica comercial. Se planteó también la cuestión de la posibilidad de elaborar una norma uniforme relativa a la

cuestión de los efectos de la cesión contra terceros, habida cuenta de su complejidad. La Comisión no adoptó una decisión definitiva respecto de si esas cuestiones habían de incluirse en un texto jurídico futuro.

## B. Insolvencia transfronteriza

215. En su 26.º período de sesiones (1993), la Comisión, sobre la base de una nota de la Secretaría (A/CN.9/378/Add.4) convino en que debía examinar detalladamente la conveniencia y posibilidad de realizar una labor en la esfera de la insolvencia transfronteriza, habida cuenta de los problemas de orden práctico cada vez mayores causados por la falta de armonía entre las leyes nacionales que regulan la insolvencia transfronteriza. Se pidió a la Secretaría que preparase para un futuro período de sesiones de la Comisión un estudio a fondo de la conveniencia y la viabilidad de normas armonizadas sobre la insolvencia transfronteriza<sup>12</sup>.

216. En el presente período de sesiones, se informó que, como paso inicial para la reunión de información sobre el estudio de viabilidad solicitado por la Comisión, la Secretaría, con la colaboración y la asistencia de INSOL International, había organizado un coloquio sobre insolvencia transfronteriza (Viena, 17 a 19 de abril de 1994). INSOL es una asociación internacional de prácticos de las diversas profesiones que participan en los casos de insolvencia transfronteriza. El coloquio, al que asistieron aproximadamente 90 participantes de diversos países, estuvo orientado a permitir a la Comisión evaluar desde un punto de vista práctico la conveniencia y la viabilidad de cualquier labor futura que pudiese llevar a cabo en esa esfera.

217. En el coloquio se expresó la opinión generalizada de que había necesidad de elaborar mecanismos jurídicos para limitar el grado en que las disparidades y conflictos entre las leyes nacionales creaban obstáculos que entorpecían innecesariamente el logro de los objetivos económicos y sociales básicos del procedimiento de insolvencia, dificultando así la actividad comercial. Se informó en general que en el ambiente jurídico prevaleciente la fragmentación y la compartimentación con arreglo a líneas nacionales dominaban la administración de la insolvencia transfronteriza.

218. Por vía de conclusiones, se observó que en el coloquio se acogió con agrado el interés expresado por la Comisión en un posible proyecto sobre insolvencia transfronteriza y que la Secretaría continuaría la labor relativa a la evaluación de la viabilidad del trabajo en esa esfera solicitada por la Comisión en cooperación con las organizaciones interesadas.

219. La Secretaría informó que, sobre la base de una evaluación actual de la viabilidad y con el beneficio del debate mantenido en el coloquio y de las consultas celebradas en él con prácticos del derecho y con organizaciones interesadas, se podían identificar en la presente etapa ciertos sectores del tema de la insolvencia transfronteriza en

<sup>12</sup>*Ibid.*, cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/48/17), párrs. 302 a 306.

los que la labor de la Comisión sería al parecer no solamente conveniente, sino también factible y útil. Además, era posible al parecer realizar una labor en esos sectores sin desviarse necesariamente hacia algo que se estimó generalmente en el coloquio no era, al menos en la presente etapa, una esfera de labor viable o incluso necesariamente conveniente, a saber, la unificación del derecho sustantivo sobre la insolvencia. El primer sector se refería a la cooperación judicial. Se informó que INSOL International se había ofrecido a copatrocinar con la CNUDMI y a organizar, juntamente con una conferencia regional que celebraría en Toronto en marzo de 1995, un coloquio de jueces sobre cooperación judicial en la insolvencia transfronteriza. El coloquio de jueces tendría por objeto obtener las opiniones de los jueces sobre la medida en que era posible la cooperación judicial en virtud de la legislación vigente, por ejemplo mediante la aplicación del concepto de "comity" (cortesía); explorar los límites de la cooperación en el derecho actual, y determinar las normas necesarias para facilitar la cooperación judicial como primer paso para hacer frente a las dificultades que surgen por efecto de procedimientos paralelos y de regímenes jurídicos y jurisdicciones potencialmente en conflicto.

220. Un segundo sector, al que se hizo referencia en general como "acceso y reconocimiento", se refería al acceso a los tribunales de los representantes de procedimientos extranjeros de insolvencia o acreedores, y al reconocimiento de órdenes dictadas por tribunales extranjeros ante los que se incoase un procedimiento de insolvencia. La labor preliminar en esta esfera podría identificar las ventajas y desventajas de los distintos enfoques legislativos posibles en materia de acceso y reconocimiento, teniendo particularmente en cuenta los esfuerzos de reforma legislativa realizados a nivel nacional y multilateral, y permitiría evaluar la conveniencia de formular normas uniformes sobre acceso y reconocimiento.

221. Un tercer proyecto que la Comisión podría considerar en su momento era la formulación de un conjunto de disposiciones legislativas modelo sobre insolvencia. Aunque no fuese la conclusión del coloquio, se observó que, sin tratar de efectuar la unificación amplia del derecho sustantivo, un código modelo de insolvencia podía llegar a ser importante no sólo para los gobiernos interesados en la modernización del derecho, sino también para la comunidad mercantil y los prácticos del derecho. Para evitar las dificultades que originaría un esfuerzo de unificación global del derecho sustantivo en materia de insolvencia, y para tener en cuenta las distintas opciones de política que un Estado desearía considerar al elaborar una ley de insolvencia, el modelo podía contener disposiciones alternativas para la ejecución de las distintas opciones de política. Con miras a una posible cooperación con el Comité J de la Sección de Derecho Mercantil de la Asociación Internacional de Abogados, se hizo referencia a la labor exploratoria realizada por ese organismo sobre conceptos fundamentales de un código modelo de insolvencia.

222. La Comisión expresó su reconocimiento por la labor realizada y pidió a la Secretaría que continuase su labor sobre la base descrita anteriormente, haciendo particularmente hincapié en la presente etapa en las cuestiones de la cooperación judicial y el acceso y reconocimiento.

### C. Proyectos de construcción, explotación y traspaso

223. La Comisión tuvo ante sí una nota sobre la posible labor futura en la esfera de los proyectos de construcción, explotación y traspaso (A/CN.9/399). Se observó que, en su 26.º período de sesiones, celebrado en 1993, la Comisión tuvo ante sí una nota sobre la posible labor futura (A/CN.9/378) en la que la Secretaría informó a la Comisión que estaba supervisando la labor realizada por la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI) en relación con la preparación de las Directrices para la elaboración, negociación y contratación de proyectos de construcción, explotación y traspaso. En ese período de sesiones, la Comisión hizo hincapié en la importancia de esos proyectos y tomó nota con reconocimiento de la intención de la Secretaría de presentar a la Comisión una nota sobre la posible labor futura en esa esfera. La nota que se examina tenía por fin informar a la Comisión de la situación actual al respecto.

224. La Comisión observó que en su forma básica un proyecto de construcción, explotación y traspaso es un proyecto en el que un gobierno otorga una concesión para un período de tiempo a un consorcio privado para la elaboración de un proyecto. A continuación, el consorcio construye, explota y administra el proyecto durante un cierto número de años después de su finalización, recupera el costo de su construcción y obtiene un beneficio del ingreso procedente del funcionamiento y la explotación comercial del proyecto y, al final del período de la concesión, el proyecto es transferido al gobierno. La Comisión observó también que la falta de conocimientos en la organización de un proyecto de construcción, explotación y traspaso, particularmente en el seno de los gobiernos, entorpece el proceso de negociación.

225. Se informó que el hecho de que la responsabilidad de la devolución de los préstamos pase del "cliente" tradicional (el gobierno) al consorcio privado implica un aumento del riesgo para los prestamistas. Por ello, los prestamistas quedan en una situación que impone la búsqueda de medios adicionales de reducción del riesgo, con inclusión de seguros. Este elemento de distribución no tradicional del riesgo entre las distintas partes determina que la etapa precontractual de un proyecto de construcción, explotación y traspaso sea generalmente bastante compleja.

226. Se informó también que otro aspecto que actúa algunas veces como un obstáculo en el establecimiento de proyectos de construcción, explotación y traspaso es la falta de certidumbre jurídica en algunos Estados con respecto a la realización de aspectos particulares de un proyecto. En otros casos, puede darse una falta de claridad con respecto a la base jurídica y el efecto de ciertas seguridades contractuales a largo plazo que el gobierno deberá dar al consorcio privado. Tal vez sea por tanto necesario promulgar leyes apropiadas para que el marco jurídico subyacente sea atractivo para proyectos de construcción, explotación y traspaso.

227. La Comisión observó que los problemas anteriormente mencionados, entre otros, y las posibilidades que presentaban los proyectos de construcción, explotación y traspaso habían inducido a la ONUDI a iniciar la pre-

paración de Directrices para la elaboración, negociación y contratación de proyectos de construcción, explotación y traspaso. Además de difundir información sobre los proyectos de que se trata, el objetivo de las directrices es permitir a los Estados y a las demás partes interesadas elaborar y formular el enfoque apropiado para la promoción y la elaboración de proyectos de construcción, explotación y traspaso. Se observó también que la Secretaría ha venido supervisando el progreso realizado en el seno de la ONUDI con respecto a las Directrices, que se espera estén finalizadas en septiembre de 1994.

228. En la Comisión se expresó un firme apoyo a la realización de una labor en la esfera de proyectos de construcción, explotación y traspaso. Se observó que, aunque los aspectos jurídicos de los proyectos de esa índole formarán parte de las Directrices de la ONUDI, tal vez no sea posible que ese texto trate esos aspectos en forma detallada. Se expresó particularmente interés por la intención de la Secretaría de estudiar, una vez que se hayan finalizado las Directrices de la ONUDI, la conveniencia y la viabilidad de una labor adicional de la Comisión sobre algunos de los problemas planteados con respecto a proyectos de construcción, explotación y traspaso. Se sugirió que ello podría incluir, por ejemplo, la creación de un marco jurídico apropiado para los proyectos de esa índole, en particular para el acuerdo de concesión, y la orientación a las partes en materia de contratación, por ejemplo, mediante la elaboración de suplementos a la Guía jurídica de la CNUDMI sobre la elaboración de contratos internacionales para la construcción de obras industriales. Se sugirió también la posibilidad de considerar una labor futura en la esfera de las compras para proyectos de construcción, explotación y traspaso.

#### D. Ejecución de otras propuestas formuladas en el Congreso de la CNUDMI

229. Una vez completado el debate sobre los tres temas anteriores, se señaló a la atención de la Comisión que, de conformidad con las propuestas hechas en el Congreso de la CNUDMI celebrado en 1992, se había celebrado en Viena en marzo de 1994 el primer concurso de arbitraje mercantil internacional Willem C. Vis. Se informó también que la Secretaría, a fin de explorar la aplicación de la propuesta de establecer un mecanismo para la vigilancia de la aplicación de la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Nueva York, 1958), celebraría consultas con el Comité D de la Asociación Internacional de Abogados.

### VIII. REGLAS Y USOS UNIFORMES DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL EN MATERIA DE CRÉDITOS DOCUMENTARIOS (RUU 500)

230. La Comisión tuvo ante sí una nota que contenía una solicitud de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) a la Comisión para que examinase la posibilidad de recomendar el uso en el comercio internacional de la revisión de las Reglas y Usos Uniformes de 1993, tal como se había hecho anteriormente con las revisiones de 1962, 1974 y 1983. La

Comisión convino en formular una recomendación de esa índole, y aprobó la siguiente resolución:

*“La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional,*

*Expresando su reconocimiento a la Cámara de Comercio Internacional por haberle transmitido el texto revisado de las “Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios”, aprobado por la Comisión de técnica y práctica bancarias de la Cámara de Comercio Internacional y el Consejo de la Cámara de Comercio Internacional el 23 de abril de 1993, con efecto a contar del 1.º de enero de 1994,*

*Felicitando a la Cámara de Comercio Internacional por haber hecho una nueva contribución a la facilitación del comercio internacional actualizando sus reglas relativas a la práctica del crédito documentario para que tuvieran en cuenta la evolución de la industria del transporte y las nuevas aplicaciones tecnológicas, así como para mejorar el funcionamiento de las reglas,*

*Tomando nota de que las “Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios” constituyen una contribución importante a la facilitación del comercio internacional,*

*Recomienda que se aplique la revisión de 1993 en las transacciones que entrañen la aprobación de un crédito documentario.”*

231. En el curso del debate previo a la aprobación de la resolución citada muchos miembros de la Comisión expresaron la inquietud de que una aplicación estricta del derecho de autor de la CCI sobre las RUU (o, análogamente, de la CCI sobre las INCOTERMS o sobre los formularios modelo de la Federación Internacional de Asociaciones de Expedidores de Carga), al menos en lo que se refería a la utilización del texto por los gobiernos y con fines de enseñanza, no procedía por tratarse de un texto jurídico uniforme destinado a ser utilizado en todo el mundo. Muchos miembros de la Comisión opinaron que un enfoque restrictivo que afectara inclusive a las funciones gubernamentales y de enseñanza era contrario a los objetivos de la armonización del derecho y la difusión de información y que no se ajustaba al propósito de lograr el reconocimiento judicial y otras formas de apoyo jurídico al texto. La Comisión pidió a la Secretaría que diera a conocer las inquietudes manifestadas. En lo que respecta a la aprobación de las RUU, se dijo que la CNUDMI no debía aprobar la labor realizada por organizaciones no gubernamentales sin estudiarla cuidadosamente. Además, la Comisión expresó interés en la posibilidad de examinar en términos más generales las cuestiones planteadas en el debate en cuanto a si la Comisión podía hacer suyos textos jurídicos formulados por otras organizaciones, actividad que estaba comprendida en el mandato de la Comisión.

### IX. FORMACIÓN Y ASISTENCIA TÉCNICA

232. La Comisión tuvo ante sí una nota de la Secretaría (A/CN.9/400) en la que se indicaba que seguía llevando a la práctica un activo programa de formación y asistencia

técnica, aun cuando lo que podía realizarse con los limitados recursos humanos y financieros disponibles sólo permitía satisfacer una parte de las necesidades e intereses.

233. Se comunicó que, dado que los seminarios nacionales eran relativamente más eficaces en función de los costos que los seminarios regionales, la Secretaría había seguido dando prioridad a la celebración de seminarios nacionales. Desde el período de sesiones anterior, se habían celebrado seminarios nacionales en: *a*) Mongolia (septiembre de 1993), en cooperación con el Gobierno de Mongolia, con asistencia de aproximadamente 30 participantes; *b*) Karachi, Pakistán (29 y 30 de septiembre de 1993), en cooperación con el Instituto de Capacitación de la Autoridad Aduanera y la Sociedad de Investigación en Derecho Internacional, con la asistencia de aproximadamente 35 participantes; *c*) Bishkek, Kirguistán (5 a 7 de octubre de 1993), en cooperación con el Gobierno de Kirguistán, con la asistencia de aproximadamente 15 participantes; *d*) Buenos Aires, Argentina (20 y 21 de octubre de 1993), en cooperación con el Gobierno de la Argentina, con asistencia de aproximadamente 130 participantes; *e*) Río de Janeiro, Brasil (25 y 26 de octubre de 1993), conferencias sobre los textos de la CNUDMI celebradas en cooperación con la Universidad Cândido Mendes y la PETROBRAS, con la asistencia de aproximadamente 65 participantes; *f*) Estambul, Turquía (25 a 27 de abril de 1994), en cooperación con la Universidad de Mármara y la Unión de Cámaras de Comercio Turcas, con la asistencia de aproximadamente 50 participantes.

234. En el plano regional, se celebró un seminario sobre la CNUDMI, de cuatro días de duración, en el marco de la conferencia bienal de la Asociación Jurídica para Asia y el Pacífico Occidental (LAWASIA), LAWASIA'93, que tuvo lugar en Colombo del 13 al 16 de septiembre de 1993. Se destacó la participación y el aporte de miembros de la Secretaría en conferencias, seminarios y cursos relacionados con el derecho mercantil internacional organizados por otras organizaciones. Además, la Secretaría había convenido en copatrocinar el curso de posgrado en derecho mercantil internacional, de tres meses de duración, que organizarán en 1994 el Instituto Universitario de Estudios Europeos y el Centro Internacional de Capacitación de la Organización Internacional del Trabajo, en Turfín. En el curso se examinarán cuestiones relacionadas con la armonización del derecho mercantil internacional y diversos temas del programa de trabajo de la Comisión.

235. Se informó que los días 25 y 26 de mayo de 1994 se había llevado a cabo en Nueva York un programa de dos días de duración, centrado en los textos jurídicos de la Comisión. El programa fue organizado por la Union Internationale des Avocats, contó con el patrocinio de la Asociación de Abogados de los Estados Unidos de América, la Asociación de Abogados de la Ciudad de Nueva York y la Asociación de Abogados del Condado de Nueva York, y fue acogido por la Facultad de Derecho de la Universidad de Fordham.

236. La Secretaría informó que la difusión cada vez mayor del conocimiento de los textos jurídicos de la CNUDMI en numerosos países, en particular países en desarrollo y Estados de reciente independencia, había de-

terminado un incremento de los pedidos provenientes de países que estaban contemplando la posibilidad de sancionar leyes basadas sobre los textos de la CNUDMI. Con frecuencia, esto entrañaba el examen de proyectos de leyes relacionados con los textos de la CNUDMI. Se informó que la Secretaría esperaba seguir intensificando sus esfuerzos por organizar o copatrocinar seminarios y simposios sobre derecho mercantil internacional. Para el resto de 1994, se estaban planificando nuevos seminarios para Botswana, Kenya, Namibia, la República Unida de Tanzania, Uganda y Zimbabwe. Estaba previsto que otras solicitudes de seminarios y misiones informativas sobre los textos de la CNUDMI, formuladas por diversos países africanos, latinoamericanos y del Caribe, así como de países de Europa oriental y Asia central, fueran atendidas en 1994, en la medida en que lo permitiesen las actuales limitaciones materiales.

237. La Secretaría puso de relieve que su capacidad de ejecutar esos planes dependía de la obtención de fondos suficientes mediante contribuciones al Fondo Fiduciario para Simposios. Asimismo se señaló que en el presupuesto ordinario no se habían previsto fondos para viajes de participantes y conferencistas. A consecuencia de ello, los gastos debían ser sufragados con cargo al Fondo Fiduciario para Simposios de la CNUDMI, cuyo nivel seguía siendo excesivamente bajo, y que de hecho estaba reduciéndose, a pesar de la creciente demanda de formación y asistencia técnica.

238. Con respecto a las contribuciones al Fondo Fiduciario para Simposios de la CNUDMI, la Comisión tomó nota de que el Canadá había hecho una contribución pluriannual. Las contribuciones de esa clase son especialmente valiosas porque permiten a la Secretaría planificar y financiar el programa sin necesidad de recabar fondos de donantes potenciales para cada una de las actividades. Además, las contribuciones de Francia y Suiza se habían utilizado para el programa de seminarios.

239. La Comisión expresó su agradecimiento a todos los que habían prestado asistencia financiera al programa de seminarios y al Fondo Fiduciario para Simposios de la CNUDMI. Reconociendo la capital importancia de la formación y la asistencia técnica para la difusión de información sobre los textos de la Comisión, ésta señaló que era necesario que los Estados consideraran la posibilidad de contribuir al Fondo Fiduciario para Simposios de la CNUDMI, a fin de permitir a la Secretaría hacer frente a la creciente demanda de formación y asistencia técnica, especialmente en los países en desarrollo y en los nuevos Estados independientes. La Comisión señaló también la necesidad de que la Secretaría se asegurara de que se contaría con recursos humanos suficientes para cubrir la creciente demanda de seminarios y asistencia técnica. Se señaló en particular el valor que un gasto adecuado en formación y asistencia técnica añadiría a los gastos mucho más importantes en que la Organización y los Estados Miembros incurrían para la elaboración de los textos. Además, la Comisión tomó nota de que la Secretaría tenía intención de establecer actividades de cooperación y coordinación con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y otros organismos de asistencia para el desarrollo.

## X. SITUACIÓN Y PROMOCIÓN DE LOS TEXTOS JURÍDICOS DE LA CNUDMI

240. La Comisión examinó la situación de las firmas, ratificaciones, adhesiones y aprobaciones de convenciones resultantes de su labor, es decir, la Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías (Nueva York, 1974) ("la Convención sobre la prescripción"), el Protocolo por el que se enmienda la Convención sobre la prescripción (Viena, 1980), el Convenio de las Naciones Unidas sobre el transporte marítimo de mercancías, 1978 (Hamburgo) ("las Reglas de Hamburgo"), la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980) ("la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa"), la Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales (Nueva York, 1988) ("la Convención de la CNUDMI sobre letras de cambio y pagarés") y el Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional (Viena, 1991) ("el Convenio de las Naciones Unidas sobre los Empresarios de Terminales de Transporte"). La Comisión examinó también la situación de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958). Además, la Comisión tomó nota de los Estados que habían promulgado leyes basadas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional ("la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje").

241. La Comisión tomó nota con agrado de que, desde el informe presentado a la Comisión en su 26.º período de sesiones (1993), la República Checa había depositado un instrumento de sucesión en la ratificación por la ex Checoslovaquia de la Convención sobre la prescripción. Análogamente, tomó nota de la sucesión por Bosnia y Herzegovina en la adhesión a esa Convención por Yugoslavia, así como de la ratificación de la Convención por Ucrania y de la adhesión a ella de los Estados Unidos de América. La Comisión tomó nota con agrado de que la República Checa había depositado también un instrumento de sucesión respecto del Protocolo por el que se enmienda la Convención sobre la prescripción y de que los Estados Unidos de América se habían adherido al Protocolo.

242. La Comisión tomó nota con agrado de que Austria había depositado un instrumento de ratificación de las Reglas de Hamburgo y de que el Camerún había depositado un instrumento de adhesión a dichas Reglas.

243. La Comisión tomó nota con agrado de que Bosnia y Herzegovina y Eslovenia habían depositado sendos instrumentos de sucesión en la ratificación por Yugoslavia de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, de que la República Checa había depositado un instrumento de sucesión en la ratificación de la Convención por la ex Checoslovaquia y de que Estonia había depositado un instrumento de adhesión a la Convención.

244. La Comisión tomó nota con agrado de que desde el último período de sesiones Croacia y la ex República Yugoslava de Macedonia habían depositado sendos instru-

mentos de sucesión en la adhesión por Yugoslavia a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, de que la República Checa había depositado un instrumento de sucesión en la ratificación de la Convención por la ex Checoslovaquia, y de que Estonia, Georgia y Arabia Saudita habían depositado sendos instrumentos de adhesión a la Convención.

245. La Comisión tomó nota con agrado de que las Bermudas, Egipto, Finlandia, México y la Federación de Rusia habían promulgado leyes basadas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje. En relación con ello, se informó que los principios básicos en que descansaba la Ley Modelo habían sido incorporados en la nueva ley italiana sobre arbitraje comercial internacional.

246. La Comisión tomó nota de que había algunas dudas acerca de los si los Estados recién formados se consideraban obligados por las Convenciones en las que habían sido partes sus Estados predecesores. En consecuencia, pidió a esos Estados que aclararan su posición y la notificaran al Secretario General.

### *Reglas de Hamburgo*

247. La Comisión examinó sobre la base de una nota de la Secretaría titulada "estado de las Reglas de Hamburgo" (A/CN.9/401/Add.1) el Estado del Convenio de las Naciones Unidas sobre el transporte marítimo de mercancías, 1978 (Hamburgo) ("las Reglas de Hamburgo"), que había entrado en vigor el 1.º de noviembre de 1992 y en el que había 22 Estados partes. En la nota se observaba que las Reglas de Hamburgo se habían preparado con la finalidad de suplantar el régimen de responsabilidad de "La Haya"; el régimen de La Haya se basaba en el Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de 25 de agosto de 1924 ("las Reglas de La Haya"), que algunos Estados habían adoptado con las enmiendas contenidas en el Protocolo de 23 de febrero de 1968 ("las Reglas de La Haya-Visby") o con las nuevas enmiendas contenidas en el Protocolo de 21 de diciembre de 1979. En la nota se hacía referencia a algunas diferencias importantes entre las Reglas de Hamburgo y el régimen de La Haya y en ella se describían los problemas causados por la disparidad de regímenes.

248. Se lamentó la lentitud del proceso de adopción de las Reglas de Hamburgo por los Estados y el hecho de que la disparidad de las leyes nacionales estuviera aumentando debido a que algunos Estados habían promulgado o estaban considerando la posibilidad de promulgar leyes que combinaban las soluciones de las Reglas de Hamburgo y del régimen de La Haya, así como soluciones no unificadas.

249. Se manifestó gran inquietud por los problemas causados por la coexistencia de distintos regímenes de responsabilidad. El ejemplo más relevante de tales problemas que se hizo notar fue el hecho de que las mercancías transportadas en un buque estaban sujetas a distintos regímenes de responsabilidad según los Estados en que determinadas partes de la carga se hubieran cargado o descargado o del

lugar en que se hubieran expedido los documentos correspondientes al contrato de transporte de esas partes de la carga. Esa combinación de regímenes jurídicos hacía aumentar los gastos legales, hacía difícil que el transportista evaluara su responsabilidad, complicaba las negociaciones relativas a la liquidación, obstaculizaba el empleo de documentos uniformes de transporte, distorsionaba la competencia entre los transportistas y se traducía en un tratamiento desigual de sus clientes.

250. Se hizo notar que algunas personas habían sugerido que, como los transportistas de algunos países se oponían a la adhesión a las Reglas de Hamburgo, había que tratar de revisar las Reglas de Hamburgo con vistas a elaborar un régimen que pudiera llegar a gozar de una aceptación más amplia. La Comisión opinó que no era conveniente seguir ese curso de acción. Se opinó que era improbable que la disparidad normativa pudiera superarse de esa manera, porque no había uniformidad de pareceres sobre las disposiciones de las Reglas de Hamburgo susceptibles de modificarse ni respecto de cómo modificarlas. Se esgrimió otro argumento contrario a la revisión, a saber, que durante la labor preparatoria de las Reglas de Hamburgo todos los grupos interesados habían participado en las negociaciones y que las soluciones adoptadas reflejaban concesiones mutuas entre los grupos que se habían estudiado atentamente. El texto adoptado gozaba de una amplia aceptación, ya que de los 71 Estados participantes en la conferencia universal de plenipotenciarios que había aprobado la Convención 68 habían votado a favor, 3 se habían abstenido y ninguno había votado en contra. Se hizo notar que las Reglas de Hamburgo constituían una parte importante de las leyes nacionales en los Estados que se habían adherido a la Convención y que ninguno de esos Estados había tomado la iniciativa de proponer modificaciones. Si bien se reconoció que los Estados evidentemente eran libres de adoptar el sistema de responsabilidad que prefiriesen, se sugirió con especial insistencia que, para superar la actual situación insatisfactoria, las Reglas de Hamburgo se adoptaran ampliamente en un corto período de tiempo, lo que haría posible vigilar el funcionamiento del sistema y añadir nuevas soluciones teniendo en cuenta la evolución de la práctica, así como las nuevas técnicas de transporte.

251. La Comisión escuchó una declaración formulada en nombre del Comité Marítimo Internacional (CMI) para informar a la Comisión sobre la preocupación del CMI por la falta de armonía del régimen jurídico que regía el transporte marítimo de mercancías, el examen por el Comité Ejecutivo del CMI de los problemas que ocasionaba y el interés del CMI por colaborar con la Comisión en la búsqueda de una solución capaz de uniformar la legislación. La Comisión agradeció la declaración y celebró la perspectiva de cooperar con el CMI.

252. Se hizo hincapié en la necesidad de que el Secretario General incrementara los esfuerzos por promover una mayor adhesión a las Reglas de Hamburgo, inclusive mediante la difusión de información y la explicación pormenorizada de las ventajas que la adhesión de las Reglas de Hamburgo podía reportar a todos los participantes en el transporte marítimo de mercancías.

## XI. RESOLUCIÓN PERTINENTE DE LA ASAMBLEA GENERAL Y OTROS ASUNTOS

### A. Resolución de la Asamblea General relativa a la labor realizada por la Comisión

253. La Comisión tomó nota con reconocimiento de la resolución 48/32 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1993, relativa al informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 26.º período de sesiones. En particular la Comisión tomó nota de que, en el párrafo 5 de esa resolución, la Asamblea General había pedido al Secretario General que estableciera un fondo fiduciario separado para que la Comisión pudiera conceder, en consulta con el Secretario General, asistencia para gastos de viaje a los países en desarrollo miembros de la Comisión que la solicitasen. Se señaló a ese respecto que se había iniciado el proceso de creación del fondo fiduciario y que se informaría a los Estados Miembros una vez que hubiera concluido su establecimiento.

254. La Comisión tomó nota también de las deliberaciones respecto a la celebración de reuniones consecutivas de los grupos de trabajo de la Comisión, que había recomendado la Asamblea General en el párrafo 13 de su resolución 47/34, de 25 de noviembre de 1992, y que la Comisión había examinado en su 26.º período de sesiones. Se señaló que, como resultado de la programación hecha por la Oficina de Servicios de Conferencias de la Secretaría de las Naciones Unidas, se habían celebrado en dos casos reuniones consecutivas, una de ellas durante un período de cuatro semanas y la otra durante un período de seis semanas. Se dijo que la experiencia de esos períodos de sesiones había evidenciado las desventajas que, para la labor de la Comisión, tenía la celebración de reuniones consecutivas de diferentes grupos de trabajo, desventajas que se habían examinado en el 26.º período de sesiones de la Comisión<sup>13</sup>.

255. La Comisión aprovechó también la oportunidad para confirmar que era necesario continuar levantando actas resumidas de las partes de su período de sesiones en las que se examinaran, con miras a su aprobación, textos jurídicos, ya que las actas resumidas constituían una parte importante de los trabajos preparatorios.

### B. Bibliografía

256. La Comisión tomó nota con reconocimiento de la bibliografía de textos recientemente publicados respecto de la labor de la CNUDMI (A/CN.9/402).

### C. Fecha y lugar del 28.º período de sesiones de la Comisión

257. Se decidió que la Comisión celebrara su 28.º período de sesiones del 2 al 26 de mayo de 1995 en Viena, ya que se consideraba necesaria esa duración por esperarse que se presentaran a la Comisión tres proyectos de textos jurídicos para que finalizara su examen y los aprobara.

<sup>13</sup>Ibid., párrs. 340 y 341.

#### D. Períodos de sesiones de los grupos de trabajo

258. Se decidió que el Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales celebrara su 22.º período de sesiones del 19 al 30 de septiembre de 1994 en Viena y, en caso de requerir un período de sesiones adicional, el 23.º período de sesiones del 9 al 20 de enero de 1995 en Nueva York.

259. Se decidió que el Grupo de Trabajo sobre Intercambio Electrónico de Datos celebrara su 28.º período de sesiones del 3 al 14 de octubre de 1994 en Viena y su

29.º período de sesiones del 27 de febrero al 10 de marzo de 1995 en Nueva York.

#### ANEXO I

[El anexo I, que contiene la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, se reproduce en la tercera parte, I, del presente *Anuario*.]

#### ANEXO II

[El anexo II, que contiene la lista de los documentos que la Comisión tuvo ante sí en su 27.º período de sesiones, se reproduce en la tercera parte, V, A, del presente *Anuario*.]

### B. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD): pasajes del informe de la Junta de Comercio y Desarrollo (41.º período de sesiones) (TD/B/41(1)/14) (Vol. 1)

#### Tema 8. Otras cuestiones en la esfera del comercio y el desarrollo

##### a) Desarrollo progresivo del derecho mercantil: 27.º informe anual de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

En su 87a. sesión, el 20 de septiembre de 1994, la Junta de Comercio y Desarrollo tomó nota del informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre su 27.º período de sesiones (A/49/17), que la Junta tuvo ante sí con una nota de presentación de la secretaría de la UNCTAD (TD/B/41/(1)/12).

### C. Asamblea General: informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 27.º período de sesiones: informe de la Sexta Comisión (A/49/739)

#### I. INTRODUCCIÓN

1. El tema titulado "Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 27.º período de sesiones" se incluyó en el programa provisional del cuadragésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General de conformidad con la resolución 48/32 de la Asamblea, de 9 de diciembre de 1993.

2. En su tercera sesión plenaria, celebrada el 23 de septiembre de 1994, la Asamblea General, por recomendación de la Mesa, decidió incluir el tema en su programa y asignarlo a la Sexta Comisión.

3. En relación con este tema, la Sexta Comisión tuvo ante sí los siguientes documentos:

a) Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 27.º período de sesiones<sup>1</sup>;

b) Informe del Secretario General sobre la aplicación de los párrafos 5 y 6 de la resolución 48/32 (A/49/427).

4. La Sexta Comisión examinó el tema en sus sesiones 3a. a 5a., 36a. y 37a., celebradas los días 26, 29 y 30 de septiembre y 16 y 17 de noviembre de 1994. En las actas resumidas de esas sesiones (A/C.6/48/SR.3 a 5, 36 y 37) figuran las opiniones de los representantes que hicieron uso de la palabra durante el examen del tema por la Comisión.

5. En la tercera sesión, celebrada el 26 de septiembre, el Presidente de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en su 27.º período de sesiones presentó el informe de la Comisión sobre la labor realizada en ese período de sesiones.

6. En la quinta sesión, celebrada el 30 de septiembre, el Presidente de la Comisión hizo una declaración recapitulativa.

#### II. EXAMEN DE LAS PROPUESTAS

##### A. Proyecto de resolución A/C.6/49/L.11

7. En la 36a. sesión, celebrada el 16 de noviembre, el representante de Austria, en nombre de Alemania, la Argentina, Australia, Austria, Azerbaiyán, Belarús, Bélgica, Belice, Camboya, el Canadá, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, la Federación de Rusia, Finlandia, Francia, Honduras, Hungría, Italia, Marruecos, Nicaragua, Noruega,

<sup>1</sup> Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 17, y corrección (A/49/17 y Corr. 1).

# I. CONTRATACIÓN PÚBLICA

## A. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional acerca de la labor realizada en su 16.º período de sesiones (Viena, 6 a 17 de diciembre de 1993) (A/CN.9/389) [Original: inglés]

### ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN .....	1-8
I. DELIBERACIONES Y DECISIONES .....	9
II. EXAMEN DE PROYECTOS DE DISPOSICIÓN PARA UN RÉGIMEN LEGAL MODELO DE LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS .....	10-78
A. Observaciones generales .....	10-17
B. Título .....	18
C. Preámbulo .....	19
CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES .....	20-52
Artículo 1.  Ámbito de aplicación .....	20-21
Artículo 2.  Definiciones .....	22-26
Artículos 3 a 5 .....	27
Artículo 6.  Condiciones exigibles a los proveedores o contratistas .....	28-29
Artículos 7 y 8 .....	30
Artículo 9.  Forma de las comunicaciones .....	31
Artículo 10. Documentos probatorios presentados por proveedores y contratistas .....	32
Artículo 11. Expediente del proceso de contratación .....	33
Artículos 12 y 13 .....	34
Artículo 14. Reglas relativas a la descripción de los bienes o las obras ..	35
Artículo 15. Idioma .....	36
CAPÍTULO II. MÉTODOS DE CONTRATACIÓN Y CONDICIONES PARA SU APLICACIÓN .....	37-52
Artículo 16. Métodos de contratación .....	37-45
Artículo 17. Condiciones para la licitación en dos etapas, la solicitud de propuestas o la negociación competitiva .....	46-47
Artículo 18. Condiciones para el procedimiento de licitación restringida ..	48-49
Artículo 19. Condiciones para la solicitud de cotizaciones .....	50
Artículo 20. Condiciones para la contratación con un solo proveedor o contratista .....	51-52
CAPÍTULO III. PROCESO DE LICITACIÓN .....	53-62
Artículo 21. Licitación nacional .....	53
Artículo 22. Procedimientos de convocatoria a licitación o a la precalificación .....	54
Artículo 23. Contenido de la convocatoria a licitación o a la precalificación .....	55
Artículo 24. Entrega del pliego de condiciones .....	56

	<i>Párrafos</i>
Artículo 25. Contenido del pliego de condiciones .....	57
Artículos 26 a 31 .....	58
Artículo 32. Examen, evaluación y comparación de las licitaciones ....	59
Artículo 33. Rechazo de todas las licitaciones .....	60
Artículo 34. Prohibición de negociaciones con los proveedores o contratistas .....	61
Artículo 35. Aceptación de una licitación y entrada en vigor del contrato .....	62
<b>CAPÍTULO IV. OTROS MÉTODOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ...</b>	<b>63-77</b>
Artículo 36. Licitación en dos etapas .....	63
Artículo 37. Procedimiento de licitación restringida .....	64
Artículo 38. Solicitud de propuestas .....	65-74
Artículo 39. Negociación competitiva .....	75
Artículo 40. Solicitud de cotizaciones .....	76
Artículo 41. Contratación con un solo proveedor o contratista .....	77
<b>CAPÍTULO V. VÍAS DE RECURSO .....</b>	<b>78</b>
<b>III. CONSIDERACIÓN ULTERIOR DE DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA LEY MODELO .....</b>	<b>79-143</b>
Preámbulo .....	79
Artículo 1 .....	80
Artículo 2 .....	81-83
Artículo 6 .....	84-89
Artículo 7 .....	90
Artículo 8 .....	91
Artículo 11 .....	92
Artículo 14 .....	93
Artículo 16 .....	94-99
Artículo 17 .....	100
Artículo 20 .....	101-104
Artículo 23 .....	105-109
Artículo 25 .....	110-113
Artículo 28 .....	114-115
Artículo 31 .....	116
Artículo 32 .....	117
Artículo 40 .....	118
Artículo 42 .....	119
Artículo 46 .....	120
Nuevo artículo sobre procedimientos especiales para la contratación de servicios .....	121-143
<b>IV. OTRAS CUESTIONES .....</b>	<b>144-151</b>
<b>V. FUTUROS TRABAJOS .....</b>	<b>152-153</b>

## INTRODUCCIÓN

1. En su 19.º período de sesiones, celebrado en 1986, la Comisión decidió comenzar a trabajar, con carácter de prioridad, en la esfera de la contratación pública y encomendó esa labor al Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional. El Grupo de Trabajo inició su labor sobre ese tema en su décimo período de sesiones, celebrado del 17 al 25 de octubre de 1988, examinando un estudio sobre la contratación pública preparado por la Secretaría (A/CN.9/WG.V/WP.22). El Grupo de Trabajo dedicó sus períodos de sesiones 11.º a 15.º a la preparación de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública de Bienes y de Obras (los informes de los períodos de sesiones figuran en los documentos A/CN.9/331, 343, 356, 359 y 371). El Grupo de Trabajo decidió que sería preferible finalizar el régimen modelo de la contratación de bienes y de obras antes de formular el régimen especial para la contratación de servicios (A/CN.9/315, párr. 25). La principal razón para obrar así fue la de que determinados aspectos de la contratación de servicios se rigen por consideraciones diversas de las aplicables a la contratación de bienes y de obras. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación de Bienes y de Obras fue aprobada por la Comisión en su 26.º período de sesiones (Viena, 5 a 23 de julio de 1993).

2. A la luz de una nota preparada por la Secretaría (A/CN.9/378/Add.1) sobre su posible futura labor en la esfera de la contratación de servicios, la Comisión convino en abordar esa labor y encomendó la preparación de un proyecto de régimen legal modelo para la contratación de servicios al Grupo de Trabajo. La Comisión convino en que el Grupo de Trabajo ultimara su labor sobre el régimen legal modelo para la contratación de servicios a tiempo para que lo examinara la Comisión en su 27.º período de sesiones.

3. El Grupo de Trabajo, del que forman parte todos los Estados Miembros de la Comisión, celebró su 16.º período de sesiones en Viena del 6 al 17 de diciembre de 1993. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados Miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Arabia Saudita, Argentina, Austria, Canadá, China, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Irán (República Islámica del), Japón, México, Nigeria, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Sudán y Tailandia.

4. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Armenia, Belarús, Bolivia, Brasil, Colombia, Croacia, Indonesia, Perú, Qatar, República de Corea, Suiza, Turquía, Ucrania y Uruguay.

5. Asistieron asimismo al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

- a) *Órganos de las Naciones Unidas*: Banco Mundial;
- b) *Organizaciones intergubernamentales*: Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano (AALCC), Agencia Espacial Europea (ESA);
- c) *Organizaciones internacionales no gubernamentales*: Asociación Internacional de Abogados.

6. El Grupo de Trabajo eligió a los siguientes miembros de la Mesa:

- Presidente*: Sr. David Morán Bovio (España)
- Relator*: Sr. Abdolhamid Faridi Eraghi (Irán, República Islámica del)

7. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí los siguientes documentos:

- a) Programa provisional (A/CN.9/WG.V/WP.37);
- b) Contratación de servicios: nota de la Secretaría (A/CN.9/378/Add.1);
- c) Contratación pública: proyectos de disposición para un régimen legal modelo para la contratación de servicios: nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.V/WP.38);
- d) Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes y de Obras<sup>1</sup>.

8. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

- 1. Elección de la Mesa;
- 2. Aprobación del programa;
- 3. Disposiciones modelo de carácter legislativo para la contratación de servicios;
- 4. Otros asuntos;
- 5. Aprobación del informe.

## I. DELIBERACIONES Y DECISIONES

9. El Grupo de Trabajo comenzó por dar una lectura completa a la Ley Modelo sobre la Contratación de Bienes y de Obras con miras a ir señalando los cambios que tal vez habrían de introducirse para hacerla aplicable a la contratación de servicios. El Grupo de Trabajo examinó por segunda vez la Ley Modelo volviendo a deliberar sobre cada uno de esos cambios y sobre diversos proyectos de propuesta que fueron presentados. Las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo pueden verse a continuación en el capítulo II del presente informe. Cuando hubo completado sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un proyecto revisado de Ley Modelo en el que se reflejaran sus deliberaciones y decisiones.

## II. EXAMEN DE PROYECTOS DE DISPOSICIÓN PARA UN RÉGIMEN LEGAL MODELO DE LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS

## A. Observaciones generales

10. El Grupo de Trabajo comenzó por tomar nota de la inquietud de que la elaboración de un régimen legal modelo

<sup>1</sup>Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor de su 26.º período de sesiones, Documentos Oficiales de la Asamblea General, Cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/48/17), Anexo I.

para la contratación de servicios entrañara la difícil tarea de tener que formular disposiciones que estuvieran en armonía con la labor que aún había de completar el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) en la esfera de la libertad de acceso de los proveedores de servicios al mercado de la contratación pública de servicios. Se observó además que esta inquietud fue ya expresada cuando en su 26.º período de sesiones, la Comisión, al aprobar la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes y de Obras, decidió ampliar su ley modelo a la contratación de servicios.

11. Hubo acuerdo general, como método de trabajo, con el enfoque adoptado en las dos propuestas presentadas por la Secretaría al Grupo de Trabajo, es decir, el que se introdujeran ajustes y adiciones en la Ley Modelo con miras a la consolidación final de un texto relativo a la contratación pública de bienes, de obras y de servicios. Se reconoció, al mismo tiempo, que la labor en curso del Grupo de Trabajo revelaría hasta qué punto ese enfoque era viable o si sería preciso formular, como alternativa, una ley modelo autónoma relativa a la contratación de servicios. Se observó además que cabría considerar incorporar algunos elementos de las propuestas presentadas en el documento A/CN.9/378/Add.1, tales como la idea de formular un capítulo aparte que regulara algunos aspectos de la contratación de servicios, con algunos elementos de las propuestas presentadas en el documento A/CN.9/WG.V/WP.38, tales como la solicitud de que se formularan medidas especiales relativas al procedimiento aplicable para la presentación de propuestas relativas a la contratación de servicios.

12. El Grupo de Trabajo consideró en general el ámbito de los servicios que habría de regular la Ley Modelo. A este respecto, se suscitó la cuestión de si la Ley Modelo debería excluir algunos tipos de servicios que no sería probable que las entidades adjudicadoras adquirieran por vía de los procedimientos enunciados en la Ley Modelo. Se mencionó en particular los contratos de empleo o de locación de servicios personales y los contratos de servicios profesionales. Respecto de la primera categoría, el Grupo de Trabajo observó que la contratación de personal era una actividad no incluida en el ámbito de aplicación de la Ley Modelo; respecto de los servicios profesionales, si bien se expresó el parecer de que también se encontraban fuera del ámbito de aplicación de los procedimientos de contratación considerados por la Ley Modelo, prevaleció en general el parecer de que los servicios profesionales constituyan una de las principales categorías de servicios regulados por la Ley Modelo, ya que representaban un porcentaje elevado de la contratación pública de servicios.

13. Al mismo tiempo, el Grupo de Trabajo opinó que no sería aconsejable ni siquiera viable tratar de enumerar en la Ley Modelo los tipos de servicios a los que su régimen sería aplicable o enumerar los tipos de servicios que el Estado promulgador podría excluir. Cualquier tentativa de confeccionar esa enumeración se vería dificultada por la circunstancia de que existen muchas y muy diversas categorías y subcategorías de servicios, de las que tal vez, por descuido, se olvidaría más de una en una enumeración así. Se opinó que sería más apropiado incorporar cierta flexibilidad a la Ley Modelo, dejando que cada Estado promulgador defina en su derecho interno respectivo los tipos de

servicios a los que su régimen sería aplicable. Hubo además acuerdo general de que sería aconsejable que la Ley Modelo facultara al Estado promulgador para excluir ciertos servicios de entre los englobados en alguna definición general, en vez de enumerarse en ella exhaustivamente los servicios a los que sería aplicable.

14. Se convino en general en que todos los métodos de contratación actualmente disponibles en el régimen de la Ley Modelo relativa a la contratación de bienes y de obras deberían estar igualmente disponibles para la contratación de servicios, si bien es probable que para esta última se habría de dejar mayor discrecionalidad a la entidad adjudicadora para seleccionar el método de contratación que convenga a cada caso en particular. Se señaló en particular la conveniencia de examinar la aplicabilidad a los servicios de la regla general del artículo 16 1) sobre el recurso al procedimiento de licitación. El Grupo de Trabajo opinó que algunos tipos sencillos de servicios, cuyos pormenores fueran fáciles de especificar, podrían ser adjudicados por vía de licitación, pese a que es probable que la mayoría de los servicios se prestaran más a ser adjudicados por otros métodos. Se convino en que nada cabía hacer en la Ley Modelo para indicar el método de contratación utilizable para cada tipo de servicios, pese a que se sugirió que cabría impartir cierta orientación al respecto en la Guía para la Promulgación.

15. El Grupo de Trabajo observó que habrían de examinarse los procedimientos actuales previstos para cada uno de los métodos de contratación a fin de determinar si sería necesario introducir algún cambio en el que se tuvieran en cuenta las características propias de la contratación de servicios. Por ejemplo, se suscitó la cuestión de si no sería apropiado incluir alguna etapa de negociación de recurrirse en la contratación de servicios al método de la licitación, a fin de acomodar el empleo que suele hacerse de la negociación para determinar la idoneidad y la competencia técnica del proveedor. Se observó, además, que se habría de prestar más atención a la idoneidad para la contratación de servicios de las condiciones impuestas actualmente en la Ley Modelo para el recurso a otros métodos de contratación distintos de la licitación. Por ejemplo, se sugirió señalar en la Guía para la Promulgación que el valor límite para el empleo de ciertos métodos de contratación pudiera ser más bajo para los servicios que para los bienes y las obras.

16. El Grupo de Trabajo examinó varios cambios terminológicos sugeridos en los párrafos 5 a 7 del documento A/CN.9/WG.V/WP.38. Esos cambios sugerían: la sustitución a lo largo de toda la Ley Modelo de las expresiones "... bienes o ... obras que se han de contratar" y la expresión "... bienes o ... obras" por "... objeto del contrato", la adición de las palabras "o ... servicios" en diversos lugares de la Ley Modelo, y otros cambios similares. El Grupo de Trabajo observó que en varios lugares de la Ley Modelo la aplicación de esas sugerencias generales de redacción no parecían reflejar el significado deseado ni la claridad deseable, por lo que convendría examinar caso por caso la introducción de los cambios sugeridos.

17. Al concluir este intercambio de observaciones generales, el Grupo de Trabajo decidió examinar artículo por

artículo el texto actual de la Ley Modelo con miras a señalar los cambios necesarios para hacerla aplicable a la contratación de servicios y para evaluar las propuestas presentadas.

### B. Título

18. El Grupo de Trabajo decidió examinar la propuesta de que se modificara el título de la Ley a "Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública" una vez que se hubiera completado el examen de los cambios eventuales que habrían de introducirse en el cuerpo de la Ley Modelo.

### C. Preámbulo

19. Se observó que sería preciso modificar el Preámbulo para reflejar en su texto su aplicabilidad a los servicios. (Para los debates ulteriores, véase también el párrafo 79 *infra*.)

## Capítulo I. Disposiciones generales

### Artículo 1. *Ámbito de aplicación*

20. Como se observó anteriormente, en el párrafo 13, el Grupo de Trabajo era favorable a que el Estado promulgador tuviera flexibilidad para determinar los servicios a los que sería aplicable el régimen de la nueva ley y convino en que se diera expresión a esa flexibilidad en una disposición de la Ley Modelo que previera la exclusión de ciertos servicios, ya sea en el propio texto de la ley o en los reglamentos de la contratación pública. Ese enfoque correspondería a la flexibilidad que debe tener el régimen de una ley modelo, pero insistiendo al mismo tiempo en la transparencia, que quedaría salvaguardada por el procedimiento previsto para la exclusión del régimen de la Ley Modelo. Se sugirió que la Guía para la Promulgación debería señalar que tal vez habría de establecerse en el Estado promulgador algún órgano o procedimiento regulatorio que determinara qué es lo que habría de ser considerado como servicios.

21. Se suscitó la cuestión de si estaría o no bien formulada para la exclusión de determinados tipos de servicios la regla actualmente enunciada para ese fin en el párrafo 2) b). A este respecto, se sugirió que esa regla se había formulado con miras principalmente a la exclusión de sectores completos de la economía, por lo que su aplicación a los servicios podría invitar a que se excluyeran más servicios de lo deseable. Hubo apoyo para la adición de un inciso expresamente destinado a la exclusión de servicios o, alternativamente, la inclusión de la cuestión en la Guía para la Promulgación.

### Artículo 2. *Definiciones*

22. El Grupo de Trabajo aceptó una propuesta de que se modificara la definición de contratación pública en el artículo 2 a) como sigue:

"Por contratación pública se entenderá la obtención por cualquier medio, principalmente compra, locación, arrendamiento con opción de compra o compra a plazos, de bienes, de obras o de servicios."

23. Se estimó que la sugerencia de que se abreviara la definición suprimiendo las palabras "principalmente compra, locación, arrendamiento con opción de compra o compra a plazos" debería ser remitida al grupo de redacción.

24. Se sugirió insertar una referencia a servicios accesorios al final de la definición de bienes en el inciso c) que dijera así: "así como los servicios accesorios al suministro de esos bienes, siempre que el valor de esos servicios no exceda del valor de los propios bienes". Se aceptó esta propuesta por ser necesaria para distinguir los contratos para la obtención de servicios de los contratos para la obtención de bienes en los que se obtuvieran además algunos servicios accesorios.

25. El Grupo de Trabajo opinó que la Ley Modelo debería dar una definición de "servicios". Se opinó que esa definición resultaba aún más necesaria por el enfoque flexible adoptado respecto del ámbito de los servicios a los que el presente régimen sería aplicable. Se expresó preferencia por alguna definición parecida a la sugerida por la Secretaría (A/CN.9/WG.V/WP.38, nota al párrafo 3), es decir, que el término "servicios" designaba a productos que no eran ni bienes ni obras.

26. El Grupo de Trabajo convino que se mantuviera la opción que se daba al Estado promulgador para incluir ciertas categorías adicionales de bienes, pero que no sería necesario ofrecer una opción similar respecto de la definición de "servicios" en vista de la propia índole de la definición.

### Artículos 3 a 5

27. No se hizo observación alguna sobre los artículos 3 a 5, titulados: Obligaciones internacionales del Estado relativas a la contratación pública (y acuerdos intergubernamentales en el interior (del Estado)), Reglamentos de la contratación pública y Acceso del público a los textos normativos.

### Artículo 6. *Condiciones exigibles a los proveedores o contratistas*

28. El Grupo de Trabajo aprobó y remitió a la fase de redacción una propuesta de añadir algún texto, especialmente en el inciso b) i), que correspondiera mejor a los requisitos exigibles en la contratación de servicios, y concretamente de servicios profesionales. Se señaló asimismo que, pese a que no todos los criterios enunciados en el artículo 6 eran pertinentes para la contratación de servicios, la entidad adjudicadora podría limitarse, conforme al criterio actual, a aplicar únicamente los criterios apropiados para el caso considerado.

29. Se propuso que sería necesario enmendar el párrafo 5) para evitar que la entidad adjudicadora pudiera fijar criterios de idoneidad o de otra índole objetivamente injustificables para la contratación de servicios cuyo efecto fuera el de discriminar contra algunos proveedores o contratistas o entre ellos por razón de su nacionalidad. Se propuso que se evitara esto insertando las palabras "que no esté objetivamente justificado o que no sea requerido por

alguna otra disposición legal” a continuación de las palabras “procedimiento alguno”. Se sugirió que este problema tal vez se hubiera resuelto ya en el artículo 8 1), que permitía limitar la participación en un proceso de contratación por razones especificadas en alguna otra norma legal. Se observó no obstante que los artículos 6 5) y 8 1) se referían a cosas algo distintas; el artículo 6 5) se ocupaba únicamente de los criterios de idoneidad señalados por la entidad adjudicadora, mientras que el artículo 8 1) se ocupaba de la cuestión más amplia de la no discriminación por razón de la nacionalidad, excepto en algunos casos particulares. Se dijo que tal vez fuera concebible que, incluso en casos en los que la intención no fuera limitar la participación en la contratación de servicios por razón de la nacionalidad, la entidad adjudicadora estableciera criterios para la calificación de tal manera que su efecto fuera el de discriminar contra los proveedores extranjeros. Se dijo que la entidad adjudicadora podría hacer esto, por ejemplo, exigiendo que los proveedores dispusieran de alguna licencia local no requerida por algún otro motivo en alguna otra norma legal. Se convino en que se modificara el párrafo 5) para impedir esa posibilidad. (Para otros debates sobre el artículo 6, véanse los párrafos 84 a 89 *infra*.)

#### *Artículos 7 y 8*

30. No se hizo observación alguna respecto de los artículos 7 y 8, titulados: Precalificación y Participación de proveedores y contratistas.

#### *Artículo 9. Forma de las comunicaciones*

31. El Grupo de Trabajo tomó nota de que cualquier enmienda que hubiera de hacerse en el artículo 9 2) para hacerlo aplicable a las comunicaciones para la contratación de servicios sólo podría hacerse una vez examinados otros cambios posibles en la Ley Modelo.

#### *Artículo 10. Documentos probatorios presentados por proveedores y contratistas*

32. No se hicieron observaciones respecto del artículo 10.

#### *Artículo 11. Expediente del proceso de contratación*

33. Se hizo una observación de que algunas de las disposiciones del artículo 11 estaban orientadas hacia la contratación de bienes o de obras, pero que no se adecuaban igual de bien a la contratación de servicios. Se citó como ejemplo la prominencia dada en el párrafo 1) d) al precio de la licitación, que no parecía apropiada para la contratación de servicios. Se convino en que cualquier modificación del artículo 11 sería únicamente posible una vez que el Grupo de Trabajo hubiera examinado el resto de la Ley Modelo desde la perspectiva de la contratación de servicios.

#### *Artículos 12 y 13*

34. No se hicieron observaciones respecto de los mencionados artículos, titulados: Publicaciones de las adjudica-

ciones de contratos e Incentivos ofrecidos por proveedores o contratistas.

#### *Artículo 14. Reglas relativas a la descripción de los bienes o las obras*

35. Se observó que el artículo 14 se había redactado en términos referidos a las características físicas del objeto del contrato, lo que no sería por lo general de interés para la contratación de servicios. Se sugirió por ello que el artículo debería enunciar también alguna regla que correspondiera mejor a la contratación de servicios. Se sugirió que tal sería, por ejemplo, el caso de una referencia a los derechos de ciudadanía o a la obligación de establecer alguna oficina local. Si bien se aceptó esta propuesta, se observó que la cuestión del establecimiento de alguna oficina local tal vez hubiera de ser tratada como cuestión aparte por involucrar otros asuntos como el del acceso al mercado.

#### *Artículo 15. Idioma*

36. Se observó que sería necesario mencionar en la Guía para la Promulgación que el umbral tal vez difería respecto de lo que se consideraría como de escaso valor en la contratación de servicios y como de escaso valor en la contratación de bienes o de obras.

### **Capítulo II. Métodos de contratación y condiciones para su aplicación**

#### *Artículo 16. Métodos de contratación*

##### *Párrafo 1)*

37. El Grupo de Trabajo consideró a grandes rasgos hasta qué punto sería deseable o factible integrar la contratación de servicios en el marco dispositivo actualmente adoptado para los métodos de contratación. El aspecto crucial de esta cuestión era el de si convendría aplicar a los servicios la presunción del artículo 16 1) de que la licitación era el método normal de contratación, por lo que debería justificarse la selección eventual de cualquier otro método de contratación. Se expresó el parecer de que debería integrarse la contratación de servicios en el marco actual de la Ley Modelo, y se adujo en favor de ese parecer que no debería descartarse la aplicabilidad a los servicios de la regla del párrafo 1) por prestarse muchos servicios a ser contratados por la vía de la licitación.

38. Se sugirió asimismo que la contratación de servicios en casos en que el concurso de licitación no resultara apropiado podría ser básicamente resuelta dentro del marco del régimen actual de la Ley Modelo. Se sugirió que ese criterio sería conforme al seguido en la Directiva aplicable en la Comunidad Europea a la contratación de servicios y en la revisión emprendida del Acuerdo del GATT sobre Compras del Sector Público, al no haberse previsto ni en uno ni en otro caso métodos especiales para la contratación de los servicios contemplados. Se insistió además en que la Ley Modelo, que ya había previsto siete métodos de contratación, no soportaría la adición de nuevos métodos para la contratación de servicios. Se insistió en que esa mayor

complejidad disminuiría la transparencia de su régimen y pondría en peligro la aceptabilidad de la Ley Modelo.

39. Obtuvo mayor apoyo el parecer contrapuesto de que se habrían de introducir algunos cambios sustanciales en el régimen actual de los métodos de contratación para dar cabida en ellos a los servicios. Conforme a este parecer, no debería aplicarse la regla del artículo 16 1) a los servicios por estimarse que en la mayoría de los casos la licitación no sería el método adecuado para la contratación de servicios, que la adopción de ese método daría excesiva preponderancia al precio en la contratación de servicios y que debería darse en general mayor flexibilidad a la entidad adjudicadora para la selección del método apropiado de contratación.

40. Al tratarse de la aplicación del parecer dominante mencionado en el párrafo anterior, se comenzó por preguntar cómo habría de formularse la regla para la selección de los métodos aplicables para la contratación de servicios. Se sugirió, por otra parte, emplear una "doble vía" mediante la adición de un capítulo ("II bis") en el que se enunciaran las reglas relativas a la selección de métodos para la contratación de servicios, de modo que se evitara tener que alterar el régimen adoptado para la selección de métodos de contratación para los bienes y las obras. Como posibilidad contraria, que en la fase actual obtuvo algo más de apoyo, se sugirió insertar las disposiciones adicionales como cláusulas separadas en el artículo 16, a fin de minimizar así el riesgo de que se aumentara la complejidad del texto.

41. Otra cuestión suscitada al desglosar los detalles del parecer dominante en el Grupo de Trabajo fue el del alcance real de la flexibilidad que habría de darse a la entidad adjudicadora en la selección del método de contratación apropiado. El Grupo de Trabajo observó que sería necesario decidir si en esos casos en los que la licitación fuera un método viable se habría de ordenar su empleo o dejarlo facultativo. Un enfoque imperativo podría inspirarse en el artículo 17 1) para decir: "de no ser viable formular especificaciones detalladas, ya que de serlo se habría de recurrir a la licitación, la entidad adjudicadora podrá . . .". En apoyo de que se adoptara un enfoque más facultativo, que parecía despertar mayor interés en el Grupo de Trabajo, se dijo que la licitación pudiera no ser el método más apropiado en algunos casos en los que fuera posible recurrir a ella.

42. El Grupo de Trabajo pasó a considerar la orientación o directrices que habrían de darse a la entidad adjudicadora para la selección del método de contratación. Una inquietud muy compartida fue que la licitación restringida y la contratación con una sola fuente deberían seguir siendo métodos excepcionales. El Grupo de Trabajo observó que el recurso a dichos métodos, así como a la solicitud de cotizaciones para la contratación de servicios, debería ser sometido a las restricciones actualmente impuestas en la Ley Modelo.

43. Al igual que sucedió en el debate general relatado anteriormente en el párrafo 14, se expresó escaso apoyo por vincular algunos de los métodos de contratación con una clasificación o categorización de diversos tipos de ser-

vicios. Se observó, sin embargo, que podrían darse algunos ejemplos o algunos consejos a este respecto en la Guía para la Promulgación. Se mostró mayor interés por una propuesta de que se prescribiera la selección por la entidad adjudicadora del método de contratación que mayores probabilidades tuviera de satisfacer los objetivos enunciados en el Preámbulo. Se sugirió que ese enfoque permitiría enunciar una regla normativa en la Ley Modelo, que sería explicada e ilustrada en la Guía para la Promulgación. Sin embargo, se cuestionó la utilidad y eficacia de una regla que no pasaba de ser una mera remisión al Preámbulo. Se sugirió que se enunciará, en su lugar, una regla más precisa, como sería la de prescribir a la entidad adjudicadora que seleccionara el método de contratación más competitivo en cada caso. En esa regla se enunciarían los factores que la entidad adjudicadora habría de tener en cuenta para la selección de ese método (por ejemplo, la importancia de las aptitudes o de la pericia intelectual del proveedor de servicios para dar cumplimiento al contrato que se pensaba adjudicar).

44. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que se invirtiera la regla del párrafo 1) respecto de los servicios, dejando la selección del método de contratación al arbitrio de la entidad adjudicadora. Ese arbitrio debería no obstante ejercitarse dentro de unos parámetros que vendrían marcados por los objetivos de la Ley Modelo.

#### *Párrafo 2)*

45. Se expresó apoyo por el requisito del párrafo 2), modificando tal vez algo su forma, de que se constituyera un expediente, en vista de su importancia para los órganos encargados de supervisar a la entidad adjudicadora.

#### *Artículo 17. Condiciones para la licitación en dos etapas, la solicitud de propuestas o la negociación competitiva*

46. Se observó que la discrecionalidad preconizada por el Grupo de Trabajo, en sus deliberaciones sobre el artículo 16, en la selección de un método para la contratación de servicios, pudiera eliminar la necesidad de formular en el artículo 17 condiciones especiales para el empleo de esos métodos en la contratación de servicios.

47. Se cuestionó la conveniencia o necesidad de tratar de los contratos de investigación y desarrollo en el marco de la contratación de bienes, como se hacía actualmente en el artículo 17 1) b) y en el artículo 20 1) e), si se ampliaba el ámbito sustantivo de aplicación de la Ley Modelo a los servicios.

#### *Artículo 18. Condiciones para el procedimiento de licitación restringida*

48. Se convino en general en que, pese al criterio facultativo adoptado respecto del empleo para la contratación de servicios de la licitación restringida y de los métodos mencionados en el artículo 17, seguía siendo aconsejable mantener las restricciones para el empleo de la licitación restringida, de la solicitud de propuestas o de la negociación competitiva para la contratación de servicios.

49. Además de tomar nota de que se habría de ajustar el texto del artículo 18 para hacerlo aplicable a los servicios, el Grupo de Trabajo escuchó la inquietud expresada de que la condición enunciada en el inciso *a*) para el recurso a la licitación restringida se prestara en el contexto de los servicios a mayor abuso que en el contexto de los bienes o de las obras.

*Artículo 19. Condiciones para la solicitud de cotizaciones*

50. El Grupo de Trabajo se mostró en general de acuerdo con que debería disponerse de este método para la contratación de servicios. Se citó como ejemplo la contratación de servicios de fontanería para la reparación de determinada instalación. Al mismo tiempo, el Grupo de Trabajo observó que se habría de retocar el texto del artículo 19 para hacerlo aplicable a los servicios. Se sugirió además que la Guía para la Promulgación podría señalar un valor límite por debajo del cual podría recurrirse a la solicitud de cotizaciones que fuera más bajo para los servicios que el que se hubiera fijado para la contratación de bienes.

*Artículo 20. Condiciones para la contratación con un solo proveedor o contratista*

51. El Grupo de Trabajo se mostró en principio de acuerdo en que las disposiciones del artículo 20 eran aplicables a los servicios, pero con ciertas modificaciones de redacción por las que se hiciera referencia a los servicios. Se mencionó en particular, a este respecto, el inciso *d*) del párrafo 1), en el que se autorizaba la adjudicación de un nuevo contrato al proveedor o contratista original en ciertos casos limitados. Se expresó la inquietud de que la circunstancia mencionada en ese inciso se prestara más fácilmente a abusos en el contexto de los servicios que en el contexto de los bienes o de las obras. Se suscitó también la cuestión de si debería limitarse la aplicabilidad del inciso *d*) a los bienes y las obras, pese a que se reconoció que pudieran darse casos análogos en la esfera de los servicios. Se observó que, como salvaguardia contra el posible abuso de este procedimiento, las normas aplicables a la contratación pública de algunos Estados prohibían que una empresa consultora se presentara a un concurso de licitación de haber efectuado esa empresa alguna labor preparatoria al respecto.

52. El Grupo de Trabajo tomó nota de la inquietud de que la circunstancia señalada en el párrafo 2) para el recurso a un método de contratación excepcional se prestara particularmente a eventuales abusos. Se señaló, sin embargo, que los casos socioeconómicos del tipo contemplado en el párrafo 2) serían normalmente de conocimiento público, lo que mitigaría el riesgo de abusos. Se señaló además que las salvaguardias existentes en el párrafo 2) proporcionaban un procedimiento que limitaría posibles abusos. Desde el punto de vista de la redacción, se señaló que la remisión al artículo 32 4) *e*) iii) se hacía a un texto que necesitaría también ser revisado con miras a la inclusión de los servicios.

### Capítulo III. Proceso de licitación

*Artículo 21. Licitación nacional*

53. Se sugirió que se señalara en la Guía para la Promulgación que el umbral en la contratación de bienes y de obras podía ser superior al de la contratación de servicios.

*Artículo 22. Procedimientos de convocatoria a licitación o a la precalificación*

54. Se señaló que tal vez fuera necesario añadir algunas palabras que permitieran una mejor aplicación del artículo a la contratación de servicios, por ejemplo, estableciendo en el párrafo 2) que la convocatoria a licitación pudiera también publicarse en una publicación profesional pertinente.

*Artículo 23. Contenido de la convocatoria a licitación o a la precalificación*

55. Se sugirió que tal vez hubiera necesidad de modificar el párrafo 1) *d*) en función de las enmiendas que se introdujeran en el artículo 6 1) *b*).

*Artículo 24. Entrega del pliego de condiciones*

56. No se hizo ninguna observación sobre el artículo 24.

*Artículo 25. Contenido del pliego de condiciones*

57. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en la necesidad de modificar el texto de, por ejemplo, los apartados *d*), *g*) e *i*) para adaptarlos a la contratación de servicios. (Para los debates ulteriores sobre el artículo 25, véanse también los párrafos 110 a 113 *infra*.)

*Artículos 26 a 31*

58. No se hizo ninguna observación sobre los artículos 26 a 31, titulados: Aclaraciones y modificaciones del pliego de condiciones; Idioma de las licitaciones; Presentación de las licitaciones; Plazo de validez de las licitaciones; modificación y retirada de las licitaciones; Garantías de licitación, y Apertura de las licitaciones.

*Artículo 32. Examen, evaluación y comparación de las licitaciones*

59. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que, una vez se tuviera un concepto claro de la forma en que había de tratarse la contratación de servicios en la Ley Modelo, posiblemente fuera necesario volver a examinar el artículo 32 para ponerlo en armonía con dicho concepto.

*Artículo 33. Rechazo de todas las licitaciones*

60. No se hizo ninguna observación sobre el artículo 33.

*Artículo 34. Prohibición de negociaciones con los proveedores o contratistas*

61. Se propuso que la contratación de servicios quedara exenta de la regla del artículo 34 por la que se prohibían las negociaciones con los proveedores y los contratistas. En apoyo de esta propuesta se alegó que, pese a que la regla recogía un principio importante en la contratación de bienes y obras, no reflejaba la práctica común en materia de contratación de servicios, en especial los servicios profesionales, en los que normalmente se celebrarían negociaciones con los proveedores y los contratistas. En contra de la propuesta, sin embargo, se adujo que el artículo 34 establecía un principio capital en la contratación por licitación y que no debía modificarse. Se señaló que, si una entidad adjudicadora decidía recurrir al procedimiento de licitación para efectuar la contratación, debería hacerlo sometándose a la disciplina inherente a ese procedimiento, y, en los casos en que la licitación no fuera adecuada, la entidad adjudicadora podría utilizar cualquiera de los otros métodos establecidos en la Ley Modelo. Tras deliberar sobre esta cuestión, el Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en mantener el artículo 34 sin ninguna modificación.

*Artículo 35. Aceptación de una licitación y entrada en vigor del contrato*

62. No se hizo ninguna observación sobre el artículo 35.

**Capítulo IV. Otros métodos de contratación pública**

*Artículo 36. Licitación en dos etapas*

63. Se sugirió que la valoración de las licitaciones en los procedimientos de licitación en dos etapas y de licitación en general, tal vez no fuera adecuada, debido a su carácter numérico, en la contratación de muchos servicios en los que los criterios de valoración no pudieran cuantificarse de forma numérica o aritmética. Se convino, sin embargo, en que se trataba de una cuestión que sólo podría seguirse examinando cuando el Grupo de Trabajo hubiera avanzado en el examen de la posible adición de un artículo dedicado específicamente a la contratación de servicios.

*Artículo 37. Procedimiento de licitación restringida*

64. No se hizo ninguna observación sobre el artículo 37.

*Artículo 38. Solicitud de propuestas*

65. El punto de partida de los debates del Grupo de Trabajo fue una propuesta de incorporar disposiciones adicionales al artículo 38 específicamente adecuadas a la contratación de servicios (A/CN.9/WG.V/WP.38, párrs. 9 a 11). Se expresó una vez más la opinión de que con ello se complicaría indebidamente la Ley Modelo, ya que la imponente serie de procedimientos de contratación a que en la actualidad se podía recurrir en virtud de la Ley Modelo era ya suficientemente amplia para acomodar la contratación de servicios. Siguió prevaleciendo la opinión, sin embargo, de que esas consideraciones especiales que

afectaban a la contratación de servicios requerían la elaboración de algunos procedimientos especiales.

66. Al mismo tiempo, el Grupo de Trabajo fue de la opinión que sería preferible establecer un artículo separado e independiente con los tipos de procedimiento que se proponían, en vez de tratar de interpolarlos en los procedimientos existentes para la solicitud de propuestas. Se consideró que un sistema de este tipo, si bien utilizaría elementos sustanciales de la solicitud de propuestas, sería más claro y tendría menos posibilidades de entorpecer el funcionamiento de los procedimientos existentes en la Ley Modelo. En apoyo del sistema de artículo separado, se señaló que los procedimientos para la solicitud de propuestas estaban en gran medida basados en la hipótesis de que, en la contratación de bienes u obras, la entidad adjudicadora, al no estar segura de la forma última de los bienes o de la obra, solicitaría diversas propuestas para posibles tipos de solución. Se sugirió que ésta no era la hipótesis normal en el caso de la contratación de servicios. Una cuestión relacionada era si, tomada la decisión de establecer un procedimiento independiente, seguiría siendo aconsejable permitir también en la contratación de servicios los métodos de contratación del artículo 17 que hubiera podido incluir el Estado promulgante (licitación en dos etapas, solicitud de propuestas o negociación competitiva). El Grupo de Trabajo se inclinó por que pudieran utilizarse también esos métodos.

67. Se hizo una observación de carácter general en el sentido de que algunos procedimientos especiales que se examinaban tal vez fueran también aplicables en otros métodos de contratación ya existentes en la Ley Modelo; por ejemplo, podría examinarse, se sugirió, permitir las negociaciones en la licitación cuando los servicios fueran el objeto de la contratación.

68. El Grupo de Trabajo pasó seguidamente a debatir los aspectos específicos de los procedimientos propuestos y a examinar en líneas generales en qué medida los procedimientos de solicitud de propuestas del artículo 38 podrían incorporarse a procedimientos separados que habrían de añadirse para los servicios. La primera cuestión era determinar si bastaba el procedimiento de convocatoria especificado en el artículo 38 1) y 2) o si debía exigirse una convocatoria más amplia. Entre las preocupaciones citadas en favor de la utilización del mismo tipo de procedimiento de convocatoria figuraban que el sistema establecido en el artículo 38 1) y 2) estaba equilibrado y proporcionaba un grado efectivo de competencia, sin que supusiera una carga excesivamente pesada para la entidad adjudicadora, y que un sistema más amplio de contratación de servicios podría suscitar dudas respecto al grado de competencia requerido en el artículo 38 para la solicitud de propuestas. Mayor interés despertó, sin embargo, la utilización en la contratación de servicios de un sistema de convocatoria más amplio que el establecido en el artículo 38 1) y 2). El motivo de este interés era fundamentalmente la esperanza de que el método especial previsto para la contratación de servicios fuera, pese a la existencia de otros métodos, el método principalmente utilizado para la contratación de servicios en el marco de la Ley Modelo. Se consideró por ello importante que la convocatoria fuera suficientemente amplia para promover la accesibilidad y la competencia. Una sugerencia en este sentido fue

la utilización como modelo de los procedimientos de convocatoria aplicables a la licitación. Otra sugerencia menos ambiciosa fue incluir como obligatorio un procedimiento de convocatoria de doble vía del tipo establecido en el artículo 38 2) (anuncio de gran difusión a quienes “tengan interés”) y no someterla a una excepción por razones de economía o de eficiencia, y especificar en la Ley Modelo dónde debían publicarse anuncios para quienes tuvieran interés en presentar propuestas.

69. El Grupo de Trabajo convino en la necesidad de examinar los criterios de evaluación del artículo 38 3) al objeto de determinar si podían reflejarse en el nuevo artículo o si tal vez fuera necesario modificarlos para recoger los elementos que normalmente existían en la evaluación de propuestas de servicio, en especial la importancia de la experiencia y de los conocimientos teóricos, prácticos y especializados del proveedor de los servicios.

70. El Grupo de Trabajo examinó seguidamente la disposición contenida en el párrafo 2) a) de la propuesta del documento A/CN.9/WG.V/WP.38 (párr. 10), en la que se exigía a la entidad adjudicadora que en la evaluación de las propuestas señalara un umbral de calidad y técnico que las propuestas habrían de alcanzar para ser objeto de ulterior consideración. Pese a que se suscitó una cuestión respecto a las razones de la aplicación de un procedimiento de esta naturaleza a los servicios pero no a los bienes ni a las obras, y de que no pudiera abordarse la cuestión sencillamente mediante una convocatoria a la precalificación, el Grupo de Trabajo se mostró por lo general favorable a la propuesta. Prefirió, sin embargo, que el procedimiento del umbral fuera discrecional para no atar excesivamente las manos de la entidad adjudicadora en una esfera de la contratación que generalmente exigía mayor flexibilidad.

71. Se expresaron distintas opiniones respecto a la conveniencia de prever en el procedimiento especial para los servicios el establecimiento de un margen de preferencia para los proveedores y contratistas locales. Se expresó la opinión de que ello no sería necesario dado que el tipo de los procedimientos de valoración previstos ofrecía ya un grado suficiente de flexibilidad. Se sugirió también que el margen de preferencia, pese a ser apropiado en el procedimiento de valoración más “automático” o “numérico” de la licitación, se adaptaría peor a la valoración más flexible en los procedimientos que se consideraban. Predominó, sin embargo, la opinión de que debía preverse el establecimiento de un margen de preferencia, ya que con ello se reconocerían las necesidades prácticas de los Estados promulgantes, en especial de los que trataban de promover el desarrollo de los sectores de servicios incipientes de sus economías. También se señaló que este método de favorecer a los proveedores y contratistas locales sería normalmente más transparente que cualquier otro método al que pudiera recurrirse en su lugar. Además de la cuestión del margen de preferencia, el Grupo de Trabajo señaló la posibilidad de incluir en la nueva disposición, no sólo los criterios de evaluación del artículo 38 3), sino también factores adicionales de valoración como eran los mencionados en el artículo 32 4) c) iii).

72. El Grupo de Trabajo pasó seguidamente a considerar el párrafo 3) del procedimiento de evaluación especial pro-

puesto, en el que se establecía que se declarará ganadora la propuesta cuyo precio fuera más bajo, cuya valoración combinada, en función del precio y de la puntuación técnica, fuera la más elevada, o la seleccionada a raíz de una negociación. Se acordó en primer lugar que cualquiera que fuese el método o criterio concreto de selección que se utilizara, había de ponerse previamente en conocimiento de los proveedores y contratistas. El Grupo de Trabajo hizo suya la idea de declarar ganadora la propuesta cuyo precio fuera más bajo o cuya valoración combinada, en función del precio de la puntuación técnica, fuera la más elevada, conceptos ambos que podrían vincularse al procedimiento del umbral (véase el párrafo 70 *supra*). El Grupo de Trabajo señaló que la Guía para la Promulgación podría servir para aclarar las consideraciones de política y de carácter práctico que pudieran subyacer en la elección de un método de selección determinado, incluida la utilización de la técnica del umbral. Se convino por lo general, sin embargo, en que no sería adecuado referirse a la negociación como tercer criterio de selección (como se hace en el párrafo 3) b) iii) del nuevo artículo propuesto en el documento A/CN.9/WG.V/WP.38, párr. 10), ya que la negociación no era, en sentido estricto, un criterio de selección. Era preferible, se sugirió, que la disposición relativa a la negociación tuviera carácter independiente.

73. Por lo que respecta a la valoración combinada del precio y de la puntuación técnica establecida en los procedimientos especiales, se suscitó la cuestión de la adecuación de referirse a la valoración combinada “más elevada”, habida cuenta de la confusión que podría causar si se yuxtapusiera con el concepto de precio más bajo. Otra observación fue que tal vez fuera conveniente tener en cuenta, al formular la disposición, la posibilidad de que dichos factores técnicos en el contexto de la contratación de servicios no se expresaran o cuantificaran, a diferencia de los bienes y las obras, en términos monetarios. Una sugerencia a este respecto fue que la Guía para la Promulgación explicara que podía utilizarse en las propuestas de puntuación un sistema de puntos, en vez de ajustar el precio para reflejar las ventajas técnicas relativas de una propuesta.

74. El siguiente aspecto examinado por el Grupo de Trabajo fue la forma en que debería incorporarse un procedimiento de negociación al procedimiento especial que se elaboraba. El Grupo de Trabajo señaló que la propuesta que tenía ante sí preveía la negociación como método facultativo para determinar la propuesta ganadora, pero sólo dentro de un enfoque tradicional de las negociaciones en la contratación de servicios. Según el sistema tradicional, las negociaciones relativas a los precios se celebraban, de forma consecutiva, con sólo un proveedor o contratista a la vez, siguiendo el orden de la puntuación comparativa, técnica y de cualificación, dada a las propuestas recibidas. Se expresaron críticas a este método, por la falta de competencia en cuanto se refería al precio. Se expresó la opinión de que un sistema tradicional de este tipo podría en muchos casos ser contrario a los objetivos de la Ley Modelo, en especial a la transparencia y la competencia, y no debía por ello incluirse. Prevalió, sin embargo, la opinión de que si bien posiblemente fuera inevitable la inclusión de este método, debería hacerse únicamente con carácter facultativo y que era necesario establecer una disposición relativa

a las negociaciones con más de un proveedor o contratista a la vez, al objeto de permitir a la entidad adjudicadora obtener el máximo beneficio de la competencia. Además, hubo acuerdo general respecto a la conveniencia de establecer una disposición en un procedimiento de negociación más amplio para obtener, en la última fase, ofertas mejores y definitivas de los proveedores y los contratistas. Sin embargo, no se especificó en esta fase de las deliberaciones la relación que debía existir entre un procedimiento de negociación más amplio y los procedimientos de selección basados en el precio más bajo o en la valoración combinada del precio y la puntuación técnica. (Para otras observaciones sobre el artículo 39 *bis*, Solicitud de propuestas de servicios, véanse también los párrafos 121 a 143 *infra*.)

#### Artículo 39. Negociación competitiva

75. No se hicieron observaciones sobre el artículo 39.

#### Artículo 40. Solicitud de cotizaciones

76. Se sugirió la necesidad de introducir algunas enmiendas al artículo 40 para que quedara más clara su aplicabilidad a la contratación de servicios.

#### Artículo 41. Contratación con un solo proveedor o contratista

77. Se señaló que posiblemente fuera necesario introducir algunas enmiendas a la redacción del artículo 41 para adecuarlo mejor a la contratación de servicios, en especial en los incisos *a*) y *b*) del párrafo 1).

### Capítulo V. Vías de recurso

78. Se estimó que los artículos 42 a 47 eran en general aceptables y aplicables a la contratación de servicios.

### III. CONSIDERACIÓN ULTERIOR DE DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA LEY MODELO

#### Preámbulo

79. Tras una nueva lectura del Preámbulo, se sugirió que sería necesario modificar ligeramente alguno de los textos para hacer referencia a la contratación de servicios. Por ejemplo, se sugirió, que se mencionara en el párrafo *b*), a título de referencia a los servicios profesionales, el fomento del intercambio de especialistas. Si bien hubo acuerdo en que habría que revisar algunos de los textos, especialmente aquellos donde se hiciera referencia únicamente a bienes y obras, se observó que el cambio sugerido para el párrafo *b*) pudiera evocar cuestiones que se hallaban fuera del ámbito de la Ley Modelo, como sería la transferencia de tecnología.

#### Artículo 1

80. El Grupo de Trabajo convino en que para minimizar las adiciones que habrían de hacerse a la Ley Modelo, bastaría con mencionar en la Guía para la Promulgación

que, a tenor del párrafo 2 *b*), los Estados podrían optar por excluir determinados tipos de servicios, así como otros tipos de contratación, del régimen de la Ley Modelo, obviando así el tener que añadir un nuevo párrafo 2 *d*) referido expresamente a la exclusión de determinados servicios.

#### Artículo 2

81. Tras reflexionar al respecto, el Grupo de Trabajo convino en que debería mencionarse la opción ofrecida al Estado promulgador para incluir otras categorías de servicios no sólo en la definición de "bienes" sino también en la definición de servicios. Se convino en que esto permitiría que el Estado promulgador distinguiera mejor lo que sería considerado como bienes en su territorio y lo que sería considerado como servicios. No obtuvo apoyo la propuesta de que se previera expresamente la exclusión de determinados tipos de servicios. Se convino en que para mayor transparencia, toda exclusión habría de efectuarse con arreglo al artículo 1. Se señaló además que la decisión del Grupo de Trabajo de definir como servicios todo lo que no fuera bienes ni obras podría llevar, en la versión inglesa de la ley, a la situación anómala de que los bienes raíces ("real estate") quedarán definidos como servicios. Se observó, no obstante, que el excluir expresamente a los bienes raíces del régimen de la Ley Modelo sería inadecuado dado que en algunos países las entidades adjudicadoras empleaban métodos tradicionales de contratación (aun cuando no necesariamente la licitación) siquiera sea para obtener ciertos derechos de ocupación en los edificios. Se observó además que ciertos derechos relativos a los bienes raíces que en algunos ordenamientos jurídicos habían sido tipificados como derechos personales, lo habían sido en otros como derechos reales, lo que tal vez complicara las cosas desde la perspectiva de un régimen legal modelo como el aquí contemplado. Se convino por ello en que la Guía para la Promulgación mencionara que, por razón de sus características especiales, el Estado promulgador podría considerar la posibilidad de excluir la obtención de bienes raíces del régimen de la Ley Modelo, pero sin formularse ninguna exclusión expresa al respecto en la Ley Modelo.

82. Se observó que al darse en la definición de bienes del párrafo 2) *c*) únicamente ejemplos, y no una lista exhaustiva, de lo que cabría considerar como bienes, de darse ahora la opción de incluir categorías adicionales en esa lista se estaría dando a entender que esa lista era exhaustiva. La sugerencia de sustituir el giro inicial "El término 'bienes' comprende" por "Por el término 'bienes' se entenderá" fue juzgada inaceptable ya que una definición exhaustiva impondría la grave carga sobre el Estado promulgador de tener que enumerar en la Ley Modelo todo lo que habría de ser considerado como bienes en su territorio. Se convino en que se examinara este asunto en la etapa de redacción.

83. El Grupo de Trabajo convino en que, al haber incluido una referencia a los servicios accesorios en la definición de "bienes", sería necesario añadir una referencia a esos servicios en la definición de "obras".

#### Artículo 6

84. Se propuso modificar el artículo 6 1) *b*) *i*) como sigue:

"i) se poseen las *calificaciones*, la competencia técnica y *profesional*, los recursos financieros, el equipo . . . necesarios para . . ."

85. Se estimó que esta propuesta era en general aceptable. Se señaló, no obstante, que al hablarse ya en la versión inglesa del título del artículo 6 de "*qualifications*" ("condiciones exigibles"), una nueva referencia a calificaciones en el párrafo 1) b) i) pudiera ser causa de ambigüedad. El Grupo de Trabajo convino en remitir a la etapa de redacción una sugerencia de que este problema podría ser resuelto mediante la formulación ". . . calificaciones profesionales, competencia profesional y técnica . . . necesarios para . . .".

86. El Grupo de Trabajo examinó a continuación una propuesta de que se enmendara el párrafo 5) como sigue:

"A reserva de lo dispuesto en los artículos 8 1), 32 4) y 39 bis 4), la entidad adjudicadora no establecerá criterio, requisito ni procedimiento alguno respecto de las *condiciones exigibles* a los proveedores o contratistas que sea discriminatorio contra o entre ellos o contra ciertas categorías de ellos por razón de la nacionalidad, o que no sea *objetivamente justificable*;"

87. Se sugirió sustituir la conjunción "o" a continuación de "nacionalidad" por "y" a fin de descartar toda discriminación indirecta que no fuera objetivamente justificable. Se rechazó, no obstante, esta modificación por estimarse que la formulación actual de la propuesta era necesaria para expresar lo que se quería.

88. Se expresó el parecer de que el párrafo 5) no rechazaba con la claridad debida la eventualidad de una discriminación basada en el ordenamiento de algún otro Estado. Se observó sin embargo que esta cuestión podría ser mejor tratada en el artículo 8.

89. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo adoptó la versión de la propuesta enmendada del párrafo 5), sin perjuicio de posibles cambios de redacción.

#### Artículo 7

90. Se expresó el parecer de que la formulación de la parte introductoria del párrafo 3), en el que se indicaba parcialmente el contenido obligatorio de la documentación de precalificación mediante una remisión aparte de la información requerida para la convocatoria de licitación, debería ser revisada por razón de la aplicabilidad general atribuida al régimen de precalificación.

#### Artículo 8

91. Se sugirió que se introdujera en el párrafo 1) alguna justificación para el empleo eventual de restricciones en razón de la nacionalidad que fueran "objetivamente justificables", para alinear el texto con la decisión del Grupo de Trabajo de que se introdujeran algunas palabras en ese sentido en el artículo 6 5). Se expresó cierto interés por esta propuesta como posible consecuencia de la decisión de presentar un texto refundido relativo a los bienes, las obras

y los servicios. Se expresaron, no obstante, dudas muy generalizadas respecto de la necesidad y conveniencia de dicho cambio. Esas dudas reflejaban la inquietud de que esa adición fuera contraria al objetivo de la transparencia e invitara sin necesidad una mayor restrictividad respecto de la participación. Se opinó además que era dudoso que ese texto fuera necesario por haberseles asignado funciones diferentes a los artículos 6 5) y 8 1), diferencia que tal vez convendría aclarar en la Guía para la Promulgación. Por razones similares, el Grupo de Trabajo decidió en contra de que se sustituyeran las palabras "otras normas legales" por "otras normas legales de este o de algún otro Estado".

#### Artículo 11

92. Se recordó que, durante su primera lectura del artículo 11, el Grupo de Trabajo hizo notar que el examen de los artículos y propuestas restantes con miras a la inclusión de los servicios tal vez revelara la necesidad de que se introdujera alguna modificación en el artículo 11. Completada ya la primera lectura de la Ley Modelo, el Grupo de Trabajo se sentía satisfecho de que no se necesitaría ninguna modificación de fondo del artículo 11. Se observó, no obstante, que tal vez convendría hacer eventualmente algún ajuste de redacción. Por ejemplo, cabría modular el texto del párrafo 1) (referido al precio) para que reflejara la eventualidad de que el precio no fuera conocido respecto de algunos servicios en el momento de redactarse el expediente. Se cuestionó también la aplicabilidad del requisito del párrafo 1) i) para la contratación de servicios, por no ser la convocatoria a licitación el método normal para la contratación de servicios con arreglo a la Ley Modelo. Por último, se observó que debería reflejarse en el párrafo 1) e) la aplicación de un margen de preferencia conforme al procedimiento especial previsto para los servicios.

#### Artículo 14

93. El Grupo de Trabajo aceptó un conjunto de cambios de redacción propuestos para el artículo 14 con miras a dar entrada a los servicios. Esas modificaciones se referían a: la sustitución en los párrafos 1), 2) y 3) a) de las palabras "características . . . de los bienes o las obras que se han de contratar" por "características . . . de los *bienes, de las obras o de los servicios* que se han de contratar"; la sustitución en el párrafo 1) de las palabras "o terminología que creen" por las palabras "y terminología, o *descripciones de servicios*, que creen"; la sustitución en el párrafo 2) de las palabras "los diseños y los requisitos se basarán" por "los diseños y los requisitos *o las descripciones de los servicios* se basarán".

#### Artículo 16

94. A continuación, el Grupo de Trabajo examinó el texto revisado siguiente propuesto para el artículo 16:

1) Salvo que en el presente capítulo se disponga otra cosa, la entidad adjudicadora que desee adjudicar un contrato *de bienes o de obras* deberá hacerlo mediante la convocatoria a licitación.

2) *En la contratación de bienes o de obras*, la entidad adjudicadora sólo podrá aplicar un método de con-

tratación pública distinto del de la licitación de poderlo hacer a tenor de lo dispuesto en los artículos 17, 18, 19 ó 20, y, de hacerlo así, deberá consignar en el expediente requerido por el artículo 11 una relación de los motivos y circunstancias de su decisión.

3) Para la contratación de servicios, la entidad adjudicadora deberá aplicar los procedimientos enunciados en el artículo 39 *bis*, salvo que ella misma determine que:

a) se pueden formular especificaciones detalladas y, habida cuenta de la índole del servicio que ha de prestarse, sería más apropiado que se convocara a licitación; o

b) sería más apropiado aplicar alguno de los métodos de contratación considerados en el artículo 17, o aquel método, entre los considerados en los artículos 18 a 20, respecto del cual se cumplan las condiciones requeridas para su aplicación.

4) La entidad adjudicadora consignará en el expediente requerido por el artículo 11 una declaración con los motivos y circunstancias por los que aplicó uno de los métodos de contratación previstos en el párrafo 3) *b*).

95. El Grupo de Trabajo aceptó las enmiendas propuestas para los párrafos 1) y 2), por las que se limitaba su aplicación a la contratación de bienes y de obras al dejarse para el párrafo 3) la selección del método para la contratación de servicios.

96. El Grupo de Trabajo observó que según el enfoque adoptado para el párrafo 3), el nuevo procedimiento especial para los servicios (véase el párrafo 121 *infra*), sería el método preferido para la contratación de servicios. A tenor de los incisos *a*) y *b*) se dispondría además de otros métodos. Conforme al inciso *a*), la convocatoria a contratación sería aplicable siempre que fuera posible dar una especificación detallada del objeto del contrato y se determinara que la convocatoria a licitación era el método de contratación más apropiado. Conforme al inciso *b*) se podrá recurrir a cualquiera de los métodos previstos en el artículo 17 que el Estado promulgador haya retenido para su derecho interno, siempre que la entidad adjudicadora determine que uno de esos métodos es el más apropiado, o a los métodos previstos en los artículos 18 a 20, de darse las condiciones para la aplicación de alguno de ellos.

97. Se expresó el parecer de que el enfoque del párrafo 3) era inapropiado por facultarse a la entidad adjudicadora para optar por algún método del artículo 17 sin que se hubiera de dar otra condición para su aplicación que la determinación por la propia entidad adjudicadora de que sería apropiado aplicar ese otro método. Conforme a ese parecer, el procedimiento especial que se estaba pensando en establecer para los servicios (véase el párrafo 121 *infra*) debería ser el método exclusivamente aplicable para la contratación de "servicios profesionales", es decir, para contratos cuya finalidad principal fuera la de obtener el dictamen o el parecer personal del proveedor del servicio. Conforme a ese parecer, únicamente se debería autorizar la aplicación de los métodos previstos en el artículo 17 de conformidad con las condiciones de aplicación de esos métodos y sólo para la contratación de la otra gran categoría de servicios, designados a veces como servicios "de ejecución".

98. Prevalció, sin embargo, el parecer de que debería mantenerse el enfoque propuesto. Se opinó en general que sería inapropiado que la llamada categoría de servicios profesionales quedara confinada al nuevo método especial. Se observó que ello ocasionaría dificultades, especialmente a aquellos Estados promulgadores cuya experiencia anterior con el procedimiento relativamente complejo del método especial para los servicios fuera limitada, por lo que no debería obligarse a los Estados a imponer ese método para todos los casos. Se opinó en general que no sería necesario, y probablemente ni siquiera factible, que la Ley Modelo intentara definir los servicios con arreglo a sus diversas categorías. Contra la noción de la aplicabilidad exclusiva de un determinado método, se señaló que ese criterio no sería viable, ya que, por ejemplo, no permitiría el recurso a la contratación con un solo proveedor en casos de urgencia. Sin embargo, como limitación de la discrecionalidad de la entidad adjudicadora, el Grupo de Trabajo se inclinó por la opinión de que el recurso a alguno de los métodos previstos en el artículo 17 quedara sujeto al requisito de su aprobación. Se sugirieron cambios de redacción para el párrafo 3), a saber, la supresión en la versión inglesa de las palabras "case of" en el encabezamiento y la sustitución de las palabras "servicio que ha de prestarse" en el inciso *a*) por "servicio que ha de obtenerse".

99. El Grupo de Trabajo aprobó la exigencia en el párrafo 2) de un expediente, y decidió que ese requisito se aplicara asimismo de seleccionarse el método de la licitación conforme al inciso *a*). Se reconoció que dada la índole competitiva de la convocatoria a licitación, cabría argüir en favor de que se excluyera la aplicación de este requisito a la contratación de servicios. Se señaló, sin embargo, que el expediente requerido ayudaría a los órganos que habrían de ejercer la supervisión a detectar cualquier recurso indebido a la licitación por entidades adjudicadoras que desearan no aplicar, pese a ser el más apropiado, el método especial que tal vez resultara más complicado.

#### Artículo 17

100. Se sugirió que la referencia del párrafo 1) *a*) i) a "propuestas" se ampliara a "licitaciones, propuestas u ofertas", en vista del método de contratación diferente disponible con arreglo al artículo 17. En función de la importancia para los servicios de la redacción utilizada en las condiciones para la aplicación de métodos, se sugirió insertar una frase aparte en el párrafo 1) *a*) ii) que se refiriera a los servicios en términos como los siguientes: "en razón de la índole del servicio sea conveniente que negocie con los proveedores y contratistas".

#### Artículo 20

101. Al examinar más a fondo la idoneidad para los servicios de las condiciones para la contratación con un solo proveedor enunciadas en el artículo 20 1), el Grupo de Trabajo convino en que lo único que había de aclararse en el inciso *a*), y análogamente en el inciso *d*), era el carácter único o especial que había de tener un servicio para que le fuera aplicable lo dispuesto en esos incisos. La atención que se dedicó a esta cuestión era debida a la inquietud de que las situaciones mencionadas en los incisos *a*) y *d*) se

prestaran probablemente más a su eventual abuso en el contexto de la contratación de servicios que en el contexto de la contratación de bienes o de obras. Se observó que se estaba contemplando someter una amplia gama de servicios al régimen de la Ley Modelo, por lo que la contratación con un solo contratista debería quedar limitada a casos excepcionales. Cabría citar al respecto la necesidad de otorgar un contrato de seguimiento al diseñador de programas informáticos adaptados al usuario, o la compra de determinado objeto de arte para un museo nacional.

102. Se convino en general en que las compras de arte no deberían ser adscritas automáticamente a la contratación con un solo proveedor, dado que se darían casos en que convendría celebrar una competición de diseño o artística (por ejemplo, en la compra de arte para edificios públicos). Se mencionó en las deliberaciones la posibilidad de que el Estado promulgador excluyera determinadas categorías de servicios artísticos del ámbito de aplicación de la Ley Modelo. Sin embargo, el Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo en que, si bien podría ofrecerse esta posibilidad en la Guía para la Promulgación, no debería hablarse en la Ley Modelo de la eventual exclusión de los servicios artísticos para no primar a la exclusión sobre la libre competencia. Se sugirió que se examinara la posibilidad de que en el procedimiento especial para los servicios se regulara el recurso a jurados para las competiciones de diseño.

103. El Grupo de Trabajo observó que debería revisarse la redacción del inciso *b*) para tener en cuenta que la convocatoria a licitación no sería el método normal para la contratación de servicios.

104. Se expresó la inquietud de que, de requerirse algún retoque del párrafo 2) para hacerlo aplicable a los servicios, se facilitara con ello el acceso a un método que debería ser sumamente excepcional.

### Artículo 23

105. El Grupo de Trabajo consideró una propuesta de que se añadieran al párrafo 1) *b*) las palabras "o la índole del servicio y el lugar donde haya de prestarse". Esto llevó al Grupo de Trabajo a considerar hasta qué punto la consideración del "lugar donde haya de prestarse" era aplicable a los servicios. Se expresó cierta inquietud de que, de aplicarse esa consideración a los servicios, llevara a la imposición del requisito de que el proveedor de servicios mantuviera una oficina en el territorio de la entidad adjudicadora sin que ese requisito estuviera objetivamente justificado, obstaculizándose así la libre competencia. Se convino en general en que ese riesgo, de que se abusara en el empleo del lugar de prestación de un servicio como criterio de valoración, debería ser abordado por la Ley Modelo, si bien se preguntó si no sería preferible abordarlo en el artículo 6 5).

106. Al mismo tiempo, se señaló que normalmente se habría de indicar al proveedor o contratista un "lugar" donde habrían de prestarse los servicios, aunque variaría de un caso a otro la importancia que pudiera tener ese lugar para la prestación requerida. Por ejemplo, en un contrato de consultoría por el que se requería únicamente la presenta-

ción de un informe, el lugar señalado para la prestación de este servicio sería simplemente la dirección a la que habría de enviarse el informe. El lugar indicado pudiera ser también de interés en otros casos, por ejemplo para la determinación de la ley aplicable al contrato adjudicado. A la luz de lo dicho, se propuso que se insertaran las palabras "si así procede" o "de ser conveniente" antes de "el lugar donde haya de prestarse el servicio". Se expresaron dudas respecto de la posible falta de precisión de esas expresiones, dado que, como se indicó anteriormente, el lugar donde había de prestarse el servicio sería de interés en todo caso aun cuando su importancia pudiera variar algo.

107. Se señaló, además, que tal vez habría que establecer una distinción entre el lugar de prestación del servicio y el lugar de cumplimiento. En el ejemplo dado anteriormente, pudiera ser irrelevante dónde se prestaba el servicio, por ejemplo, dónde se escribía el informe. En cambio, habría contratos para los que el lugar donde habría de prestarse el servicio sería importante (por ejemplo, un contrato de servicios de hostelería). Se sugirió que los tipos de servicios para los que fuera probable que se convocara a licitación eran precisamente aquellos para los que el lugar donde se prestara el servicio sería importante. Se propusieron textos como los siguientes para tener en cuenta el lugar de prestación del servicio: "lugar de preparación o prestación del servicio", y "lugar de cumplimiento o prestación, de ser éste procedente por razón de la índole del servicio".

108. Respecto del párrafo 1) *c*), el Grupo de Trabajo observó que tanto la noción del plazo de suministro como la del plazo de terminación pudieran ser importantes en el contexto de los servicios. Se propuso englobar ambas nociones en una formulación que hablara, por ejemplo, de "requisitos temporales".

109. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara el artículo 23 a la luz de las observaciones y propuestas formuladas. El Grupo de Trabajo observó además que se habían suscitado ciertas cuestiones que convendría mencionar en la Guía para la Promulgación.

### Artículo 25

110. Se propuso enmendar el artículo 25 *d*) como sigue:

La índole y las características técnicas y de calidad que, conforme al artículo 14, deberán tener los bienes o las obras o los servicios que se han de contratar, con indicación de, por lo menos, las especificaciones técnicas y los planos, dibujos o diseños que correspondan, la cantidad de los bienes, el lugar donde habrán de efectuarse las obras o prestarse los servicios, y el plazo conveniente o requerido en el que habrán de entregarse los bienes, efectuarse las obras o prestarse los servicios.

111. Se mencionó la supresión en la propuesta de la referencia que en el texto actual del proyecto se hacía a los servicios accesorios. El Grupo de Trabajo convino, no obstante, en que esa referencia, que se había retenido en la definición de bienes, debería retenerse también en el inciso *d*). La propuesta fue por lo demás considerada, en general, como aceptable.

112. El Grupo de Trabajo consideró además una propuesta de que se insertara una frase al final del inciso i) que dijera: "La presente regla será aplicable a los servicios por analogía". Si bien el Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo con el contenido de esta propuesta, se juzgó inapropiado el empleo de la fórmula "por analogía". Se convino en que la intención no era otra que la de aplicar los ejemplos del inciso i) a los servicios, siempre que procediera, y que tal vez cabría mejorar la redacción del texto insertando la palabra "cualesquiera" delante de "gastos" y añadiendo la palabra "aplicables" a continuación de la palabra "impuestos".

113. Se expresó el parecer de que, puesto que era difícilmente concebible que se presentaran ofertas alternativas a un concurso para la contratación de servicios, debería limitarse la aplicación del inciso g) a la contratación de bienes y de obras. El parecer general fue, no obstante, que tal vez fuera posible presentar ofertas alternativas, incluso respecto de los servicios en el marco de una convocatoria a licitación y que no debería por ello excluirse esa posibilidad en la Ley Modelo.

#### Artículo 28

114. Se propuso que se añadiera una frase al final del párrafo 5) b) redactada en términos como los siguientes:

Podrá también utilizarse alguna otra forma para obtener un grado de confidencialidad suficiente con respecto a determinados servicios, como, por ejemplo, de planificación de zonas, de arquitectura y de ingeniería civil o en el procesamiento de datos.

115. Se explicó que esta propuesta tenía por objeto resguardar la confidencialidad en casos en los que una parte de la oferta sería presentada en forma de un modelo, como sucedería normalmente con los ejemplos que se daban. Se explicó que, en la mayoría de esos casos, la oferta tendría un componente artístico y que sería un jurado el que seleccionara la oferta ganadora. El Grupo de Trabajo convino, sin embargo, en que si bien pudiera darse un problema respecto de la confidencialidad de ciertos modelos, lo apropiado no sería modificar el párrafo 5) b), que tenía por objeto facilitar la presentación de ofertas por intercambio electrónico de datos (EDI) y otras tecnologías similares. Se sugirió que la cuestión de la confidencialidad podría ser debidamente resuelta en el artículo 32 8), en el que se prohibía que se revelara información relativa a las ofertas.

#### Artículo 31

116. Se sugirió que en las ofertas para la prestación de servicios se incluirían, las más de las veces, otros datos además del precio, por lo que el artículo 31 2), que permitía que todos los proveedores y contratistas asistieran a la apertura de las ofertas, comprometería la confidencialidad de esa información. El Grupo de Trabajo opinó, sin embargo, que el artículo 31 incorporaba una importante regla para la transparencia del proceso de licitación, por lo que no convendría modificarlo. Se observó además que, de conformidad con el párrafo 3), sólo se notificaría a los asistentes la dirección de cada proveedor o contratista y el precio de su oferta.

#### Artículo 32

117. Se sugirió que los factores no relativos al precio que se mencionaban en el artículo 32 4) c) ii) no serían por lo general aplicables a la contratación de servicios. Se sugirió que cabría resolver este problema distinguiendo claramente en el inciso aquellos factores que sólo serían aplicables a los bienes y las obras de los que serían también aplicables a los servicios. Otra sugerencia fue la de añadir palabras que expresaran claramente la intención de que sólo algunos de esos factores serían aplicables a los servicios. Se convino en dejar este asunto para la fase de redacción.

#### Artículo 40

118. Se observó que respecto de las palabras del párrafo 1), relativas a los gastos de transporte y de otra índole, debería seguirse el criterio acordado para los contratos de servicios por el Grupo de Trabajo en otras disposiciones similares.

#### Artículo 42

119. El Grupo de Trabajo convino en que sería necesario mencionar en el artículo 42 aquellos aspectos de los nuevos procedimientos para la contratación de servicios contra los que no cabría interponer recurso. Se sugirió incluir entre ellos la decisión de rechazar todas las propuestas. Se convino, no obstante, en que el tipo de modificación sugerido para el artículo 42 sólo podría hacerse como es debido una vez que se hubiera completado el examen de todas las disposiciones relativas a la contratación de servicios.

#### Artículo 46

120. Se expresó el parecer de que debería excluirse la posibilidad de suspender el proceso de contratación respecto de los servicios, especialmente cuando la demora o interrupción de esos servicios, incluso por un breve período, pudiera ocasionar daño a la entidad adjudicadora. Se señaló, sin embargo, que la suspensión del proceso de contratación era un procedimiento que estaba sujeto a las condiciones señaladas en el artículo 46, es decir, que era algo que la entidad adjudicadora podría evitar de conformidad con el párrafo 4) acreditando que había razones de interés público que requerían que el proceso de contratación no fuera suspendido.

#### Nuevo artículo sobre procedimientos especiales para la contratación de servicios

121. Tras sus debates sobre el artículo 38 (véanse los párrafos 65 a 74 *supra*), el Grupo de Trabajo examinó el siguiente texto de un nuevo artículo que establece procedimientos especiales para la contratación de servicios:

#### Artículo 39 bis. *Solicitud de propuestas de servicios*

1) La entidad adjudicadora convocará a presentar propuestas de servicios o, cuando proceda, solicitudes de precalificación mediante una convocatoria a la presentación de propuestas o una convocatoria a la precalifi-

cación, según el caso, que se publicará en . . . (el Estado promulgante especificará el diario oficial u otra publicación oficial en que habrá de publicarse la convocatoria a la presentación de propuestas o a la precalificación).

2) La convocatoria a la presentación de propuestas o la convocatoria a la precalificación también se publicará, en un idioma habitualmente utilizado en el comercio internacional, en un periódico de gran difusión internacional o en una publicación comercial o profesional pertinente de gran difusión internacional.

3) Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 1) y 2) del presente artículo, la entidad adjudicadora podrá:

a) cuando los servicios que hayan de contratarse sean propuestos por sólo un número limitado de proveedores, convocar a presentar propuestas únicamente a esos proveedores o contratistas; o

b) cuando el tiempo y el costo requeridos para examinar y evaluar un gran número de propuestas no guarden proporción con el valor de los servicios que hayan de contratarse, convocar a presentar propuestas a un número suficiente de proveedores y contratistas a fin de garantizar una efectiva competencia.

4) La entidad adjudicadora establecerá los criterios que habrán de tenerse en cuenta para evaluar las propuestas y determinará la ponderación relativa que se asignará a cada uno y la manera en que serán aplicados. Estos criterios se referirán a:

a) las calificaciones, experiencia, reputación, fiabilidad, competencia profesional y empresarial relativas del proveedor o contratista;

b) si la propuesta presentada por el proveedor o contratista sirve para atender las necesidades de la entidad adjudicadora;

c) el precio cotizado por el proveedor o contratista en la propuesta, incluidos los costos secundarios o conexos;

d) el efecto que la aceptación de una propuesta tendrá en la situación de la balanza de pagos y en las reservas de divisas de (este Estado), el grado de participación de los proveedores y contratistas locales, el aliciente al empleo, las potencialidades de desarrollo económico que ofrece la propuesta, el fomento de la experiencia local, (. . . (el Estado promulgante podrá ampliar el inciso b) incluyendo otros factores)); y

e) Siempre y cuando lo autoricen los reglamentos de la contratación pública (y a reserva de la aprobación de . . . (cada Estado designará un órgano encargado de dar la aprobación),) al evaluar y comparar las propuestas, la entidad adjudicadora podrá conceder un margen de preferencia que se calculará de conformidad con los reglamentos de la contratación pública y se reflejará en el registro de los procedimientos de contratación pública.

5) La solicitud de propuestas contendrá, por lo menos, los siguientes datos:

a) el nombre y la dirección de la entidad adjudicadora;

b) la descripción de los servicios que han de contratarse y el lugar en que dichos servicios han de prestarse;

c) los factores que ha de tener en cuenta la entidad adjudicadora para determinar la propuesta ganadora, incluidos el margen de preferencia y los factores que hayan de utilizarse con arreglo al párrafo 4) d) del presente artículo y la ponderación relativa de esos factores; y

d) la estructura y cualesquiera otras instrucciones, incluidos plazos, que se refieran a la propuesta.

6) Las modificaciones o aclaraciones de la solicitud de propuestas, incluida la modificación de los criterios para evaluarlas a que se hace referencia en el párrafo 3) del presente artículo, serán comunicadas a todos los proveedores o contratistas concurrentes.

7) La entidad adjudicadora procederá de manera tal de no revelar el contenido de las propuestas a los proveedores o contratistas concurrentes.

8) Al valorar las propuestas para la contratación de servicios, la entidad adjudicadora aplicará únicamente los criterios señalados en el párrafo 4) del presente artículo.

9) La entidad adjudicadora, al determinar la propuesta ganadora, podrá utilizar cualquiera de los métodos previstos en los párrafos 10), 11) y 12) del presente artículo.

10) a) La entidad adjudicadora podrá señalar un umbral de calidad y técnico con respecto a las propuestas y, sin entrar a considerar el precio de las propuestas, puntuar cada propuesta de conformidad con los factores enunciados para la valoración de propuestas en el párrafo 4) del presente artículo y de conformidad con la ponderación relativa y la manera de aplicar cada factor enunciadas en la solicitud de propuestas. La entidad adjudicadora comparará a continuación las propuestas cuya puntuación haya alcanzado o superado el umbral de calificación.

b) Podrá entonces ser declarada ganadora:

i) la propuesta cuyo precio sea más bajo; o

ii) la propuesta cuya valoración combinada, en función del precio y de la puntuación técnica calculada de conformidad con el inciso a) del presente artículo, sea la más elevada.

11) La entidad adjudicadora podrá entrar en negociaciones con proveedores y contratistas. Esas negociaciones se entablarán ya sea:

a) De conformidad con los párrafos 7), 8), 9) y 10) del artículo 38; o

b) De conformidad con el párrafo 12) del presente artículo.

12) 1) Toda negociación celebrada de conformidad con el párrafo 11) b) del presente artículo será tenida por confidencial.

2) A reserva de lo dispuesto en el artículo 11, cualquiera que sea parte en estas negociaciones no deberá

revelar a ninguna otra persona ni el precio ni los datos técnicos o de otra índole que se hayan mencionado en las negociaciones sin el consentimiento de la otra parte.

3) La entidad adjudicadora deberá:

a) establecer un umbral de calificación de conformidad con el párrafo 10) a) del presente artículo;

b) invitar a negociar sobre el precio o algún otro aspecto de su propuesta al proveedor o contratista que haya conseguido la puntuación más alta con arreglo al párrafo 10) a) del presente artículo;

c) informar a los proveedores o contratistas que hayan superado el umbral de calificación de que tal vez sean llamados a negociar de no adjudicarse el contrato en las negociaciones con algún proveedor o contratista que haya conseguido una puntuación más alta;

d) informar a los demás proveedores o contratistas de que no han alcanzado el umbral de calificación;

e) tan pronto como se dé cuenta de que las negociaciones con el proveedor o el contratista invitado con arreglo al párrafo 12) 3) b) del presente artículo no han de dar resultado, informar al proveedor o contratista de que da por terminadas las negociaciones.

4) La entidad adjudicadora invitará seguidamente a negociar al proveedor o contratista calificado en segundo lugar; de no adjudicarse el contrato en esa negociación, la entidad adjudicadora irá invitando a negociar, por orden de méritos, a los demás proveedores o contratistas hasta que decida adjudicar el contrato o rechazar las restantes licitaciones.

#### Título

122. El Grupo de Trabajo manifestó comprensión por la inquietud expresada de que el título propuesto de la disposición tal vez no indicase con suficiente claridad que los procedimientos que debían seguirse eran independientes y distintos de los procedimientos previstos en el artículo 38 para la solicitud de propuestas. Se presentaron varias propuestas consistentes en: mantener el título actual, pero modificar el encabezamiento del artículo 38 titulándolo "Solicitud de propuestas para bienes u obras"; titular las nuevas disposiciones "Llamamiento a los posibles interesados"; y dar al artículo el título "Procedimientos especiales para la solicitud de propuestas de servicios". La última propuesta fue la que suscitó el mayor interés, pues se consideró que ponía de relieve que la disposición se refería especialmente a la contratación de servicios y evitaba modificar el título actual del artículo 38. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que examinara más a fondo la cuestión antes del próximo período de sesiones y decidió incluir provisionalmente, entre corchetes, el título actual y la alternativa preferida.

*Párrafos 1), 2) y 3)*

123. El Grupo de Trabajo examinó a continuación los procedimientos de convocatoria enunciados en los párrafos antes mencionados del nuevo artículo propuesto. Señaló que el texto propuesto, en los párrafos 1) y 2), requería un

procedimiento de convocatoria más amplio, basado esencialmente en los requisitos de convocatoria a licitación, y que el párrafo 3) preveía una convocatoria limitada de forma basada sustancialmente en los requisitos para la licitación restringida.

124. Se expresó un abanico de opiniones e inquietudes acerca de los procedimientos de convocatoria antes mencionados. Por un lado, se sostuvo que el amplio requisito de convocatoria propuesto debía mantenerse porque reflejaba que el nuevo procedimiento se destinaba a la mayor parte de la contratación de servicios y era, por tanto, necesario para promover los objetivos de la Ley Modelo. Se señaló al respecto que los procedimientos expuestos en los párrafos 1) y 2) sólo implicaban la publicación del aviso de contratación y no la de los documentos de convocatoria mismos. Por otro lado, se argumentó que el requisito de convocatoria propuesto imponía una carga excesiva y poco realista a la entidad adjudicadora, lo que redundaba en una contratación ineficiente. En apoyo de esta opinión, se subrayó que en algunos casos la imposición de un amplio requisito de convocatoria tendría un efecto negativo para la competencia, ya que disuadiría de participar en los procedimientos de contratación pública a los proveedores y contratistas ante la escasa probabilidad matemática de resultar seleccionados y el elevado costo de la preparación de propuestas. Se observó asimismo que, aun cuando se fijara un umbral de calificación para reducir el número de propuestas que acabarían examinándose, había cierto grado de consideración o valoración. Se señaló también que, precisamente por estas consideraciones, los servicios profesionales se contrataban tradicionalmente mediante un procedimiento de convocatoria limitada. De ello se desprendía que la disposición abarcaría más que los meros servicios profesionales. En respuesta a esta observación, se sugirió que, en cualquier caso, la mayor parte de estos otros servicios podían contratarse mediante licitación.

125. Un tercer enfoque que se situaba en cierto modo entre las dos opiniones citadas suponía, de un modo u otro, un intento de determinar el alcance del requisito de convocatoria en función del valor del contrato. Este tipo de enfoque tendría la finalidad de evitar la imposición de procedimientos de contratación complicados en los contratos de servicios simples y de escaso valor que no justificaran esos procedimientos. Un método para lograr este fin podría consistir en señalar en la Guía para la Promulgación que el Estado promulgante podría excluir los contratos de servicios de escaso valor invocando el párrafo 2) del artículo 1 de la Ley Modelo. Se sugirió que otro método más preciso para lograr el mismo resultado, sin excluir necesariamente la totalidad de la Ley Modelo, consistiría en añadir una disposición que excluyera específicamente el requisito de una convocatoria amplia en el caso de los contratos de servicios de escaso valor.

126. Ante el citado abanico de opiniones, el Grupo de Trabajo consideró que sería conveniente volver a deliberar, en el próximo período de sesiones, sobre la cuestión del alcance del requisito de la convocatoria. En consecuencia, pidió a la Secretaría que preparara, para ese período de sesiones, variantes que reflejaran las opiniones que se habían presentado. Además de las opiniones que se habían

expresado sobre la cuestión básica del alcance del requisito de convocatoria, el Grupo de Trabajo señaló varias otras observaciones que se habían hecho, algunas de las cuales podrían reflejarse en un futuro proyecto. En estas observaciones se sugería: que los procedimientos de convocatoria pública no impidieran a la entidad adjudicadora realizar al mismo tiempo una convocatoria directa; que se estudiara la posibilidad de disponer que los procedimientos de convocatoria no conferían ningún derecho a que se valorara una propuesta; que se incluyeran mecanismos en la Ley Modelo o, por lo menos, que se mencionaran en la Guía para la Promulgación, para atenuar, cuando procediera, la carga impuesta a la entidad adjudicadora (por ejemplo, cabría introducir un proceso de valoración en tres etapas, en la primera de las cuales se comprobaría rápidamente si las propuestas cumplían ciertos requisitos obligatorios); que las disposiciones del párrafo 3) a) reflejaran más fielmente la correspondiente regla estricta de la licitación restringida, a saber, solicitando la convocatoria en los casos pertinentes de "todos" los proveedores del servicio de que se tratase. En una variante de la última propuesta se exigiría la convocatoria en tales casos de "todos" los proveedores o contratistas "conocidos", a fin de no imponer excesivas tareas de investigación a la entidad adjudicadora, aunque se puso en tela de juicio la viabilidad de esta propuesta, así como de la variante en la que se añadía sólo la palabra "todos".

#### *Párrafos 4) y 5)*

127. Se propuso que se reordenaran los párrafos del artículo 39 *bis* para que reflejara mejor la verdadera secuencia en que se producirían los diversos procedimientos. Por ejemplo, se sugirió que el actual párrafo 5), relativo al contenido de la solicitud de propuestas, se colocara después del párrafo 3), relativo a los procedimientos de convocatoria. Se convino en dejar que esta cuestión se resolviera en la fase de redacción.

128. Se señaló que una cuestión que se planteaba en la prestación de la mayoría de los servicios profesionales era la idoneidad del proveedor o contratista para prestar los servicios debido a los requisitos de licencias. No obstante, se sugirió que, si bien la cuestión de la idoneidad podía revestir importancia e incluirse en el inciso a) del párrafo 4), se diferenciaba de la cuestión de las licencias, que más bien guardaba relación con la calificación y que se trataba en el artículo 6. Hubo acuerdo general en que el párrafo 5) dispusiera que los requisitos de idoneidad deberían notificarse en la solicitud de propuestas.

129. Se propuso que en la última frase de la parte introductoria del párrafo 4) se añadiera la palabra "únicamente" después de "referirán". Se explicó que la intención del cambio era limitar a la entidad adjudicadora para que aplicara únicamente los criterios mencionados en el párrafo 4). Sin embargo, se observó que la modificación no sería apropiada, ya que los criterios del párrafo 4) podían no tener carácter exhaustivo y porque la entidad adjudicadora tal vez desearía aplicar criterios adicionales, y debería poder hacerlo, a condición de que esos criterios adicionales no fueran discriminatorios. Se convino en que el requisito crucial a este respecto era que, de conformidad con el párrafo 5), la entidad adjudicadora revelase previamente a todos los proveedores y contratistas los criterios que aplicaría, así

como el método que emplearía en la selección de la propuesta ganadora.

130. Se formularon otras propuestas de redacción como las siguientes: añadir la palabra "responsabilidad" y suprimir la palabra "relativas" en el inciso a) del párrafo 4); las palabras "si la propuesta . . . sirve", en el inciso b) del párrafo 4), tal vez no reflejaban correctamente el requisito que se pretendía abordar en la propuesta, y, en el inciso e) del párrafo 4), sustituir la palabra "reflejará" por la palabra "incluirá". Se señaló asimismo que los términos empleados en el inciso b) del párrafo 5), relativo al lugar en que han de prestarse los servicios, deberían ajustarse a los términos convenidos para las demás disposiciones similares. (Véanse los párrafos 105 a 107 *supra*.)

#### *Párrafos 6) a 10)*

131. Se señaló que en los párrafos 8) y 9) debía aclararse que, al valorar y determinar la propuesta ganadora, la entidad adjudicadora debía recurrir únicamente a los criterios y al método de selección notificados a los proveedores y contratistas en la solicitud de propuestas.

132. Otra cuestión planteada en relación con el párrafo 9) fue que, si bien se refería a los métodos de determinación de la propuesta ganadora enunciados en los párrafos 10), 11) y 12), en realidad el párrafo 12) no se presentaba como un método separado, sino que sólo fijaba reglas para las negociaciones de conformidad con el método establecido en el párrafo 11) b). Por consiguiente, se convino en trasladar el párrafo 11) b) al párrafo 12).

133. Se sugirió que se adoptara una disposición general que permitiera celebrar negociaciones de valoración previa, aun en casos en que la entidad adjudicadora pretendiera seleccionar la propuesta ganadora utilizando el método dispuesto en el párrafo 10). Se afirmó que tales negociaciones serían útiles para que la entidad adjudicadora y los proveedores y contratistas pudieran llegar a un acuerdo sobre los requisitos de la entidad adjudicadora. No obstante, se señaló que tal vez no sería conveniente prever negociaciones de valoración previa, ya que este procedimiento podía ser objeto de abusos. Se convino en que una mejor alternativa consistiría en disponer en el artículo 39 *bis* que la entidad adjudicadora podría convocar una reunión similar a la prevista en el párrafo 3) del artículo 26, en la que pudieran hacerse aclaraciones sobre la solicitud de propuestas.

134. Se expresó la opinión de que el umbral de calificación fijado en el párrafo 10) a) no era pertinente en los casos en que la entidad adjudicadora seleccionara la oferta ganadora sobre la base de una valoración combinada del precio y de aspectos técnicos de la propuesta, de conformidad con el párrafo 10) b) ii). Sin embargo, se indicó que, aun en tales casos, el umbral de calificación sería útil para la entidad adjudicadora, ya que limitaría el riesgo de seleccionar una propuesta con un precio atractivo pero con escasas ventajas técnicas.

135. Se señaló que una práctica usual en la valoración de servicios consistía en utilizar un mecanismo con dos sobres, a fin de disociar del precio los aspectos técnicos de

las propuestas y de revelar los precios sólo después de concluir la valoración técnica. Se afirmó que éste era un importante mecanismo para evitar la posibilidad de que el precio influyera en la valoración técnica, y que, si bien en el párrafo 10) a) se aludía a esta diferenciación, era importante darle mayor claridad.

*Párrafos 11) y 12)*

136. El Grupo de Trabajo estaba favorablemente dispuesto a incluir en la Ley Modelo los diversos tipos de negociación y procedimientos de valoración enunciados en los párrafos 11) y 12). La antigua disposición preveía la selección de la propuesta con el precio más bajo o de la mejor propuesta sobre la base de una puntuación combinada y técnica, mientras que el párrafo 12) disponía la selección de una propuesta tras celebrar negociaciones con el proveedor o contratista al que se hubiera dado la puntuación técnica más alta. Se sugirió que había que expresar más claramente el hecho de que en los párrafos 11) y 12) se presentaban distintas opciones para la entidad adjudicadora. Se hizo también especial hincapié en la necesidad de puntualizar que en la solicitud de propuestas debía revelarse previamente el tipo de valoración y el criterio de selección que emplearía la entidad adjudicadora.

137. A modo de observaciones generales, se instó al Grupo de Trabajo a que examinase si bastaría con la totalidad de los diversos métodos de valoración y selección para hacer del nuevo artículo especial el único método de contratación de los servicios, que no fueran los que podían contratarse mediante licitación, solicitud de cotizaciones o contratación con un solo proveedor o contratista. Se sugirió que un enfoque de esta naturaleza sería para la entidad adjudicadora más apropiado y sencillo de aplicar que el actualmente recogido en el artículo 16 3). Se dijo que en el nuevo artículo figurarían las características fundamentales, en especial de la solicitud de propuestas y la negociación competitiva, obviando de esta manera la necesidad expuesta en el artículo 16 3) b) de ofrecer a la entidad adjudicadora la elección entre una gama de métodos de contratación que podría resultar confusa o complicada. Sin embargo, el Grupo de Trabajo convino en que el nuevo artículo no debía sustituir a la licitación en dos etapas, la solicitud de propuestas o las negociaciones competitivas.

138. Por lo que respecta al contenido del párrafo 11), el Grupo de Trabajo mostró preferencia en el inciso a) por evitar el método de referencia utilizado e incorporar los procedimientos de negociación tomados de la solicitud de propuestas, con inclusión del procedimiento de las mejores ofertas definitivas. Se consideró que habría de establecer una distinción más clara entre el nuevo artículo especial sobre servicios y las disposiciones relativas a la solicitud de propuestas de bienes y obras, caso de que hubiera que repetir en el nuevo artículo los mencionados procedimientos de negociación. Se sugirió también que la referencia al artículo 38 9) no era adecuada, dado que los criterios de evaluación establecidos en la nueva disposición variaban ligeramente. También se sugirió que el inciso b) formara un todo con el párrafo 12) en vez de formar parte del párrafo 11). Otra sugerencia fue que, debido a la longitud del nuevo artículo propuesto, debería estudiarse la posibilidad de presentar el párrafo 12) en un artículo separado que, como

ya se había señalado incidentalmente, había que volver a numerar de acuerdo con la práctica de la Ley Modelo. En relación con el párrafo 12) la última cuestión suscitada fue que debía hacerse referencia en el párrafo 3) b) a la negociación de un precio "razonable".

139. En el debate de los párrafos 11) y 12), varios oradores hicieron alusión a la falta de una disposición expresa en la que se contemplara la posibilidad de que la entidad adjudicadora rechazase todas las propuestas, semejante a la disposición establecida en el artículo 33 para la licitación. Se acordó que este derecho a rechazar todas las propuestas constituía un importante derecho que debería figurar en todos los métodos de contratación pública. Se pidió por ello a la Secretaría que presentase al Grupo de Trabajo en su próximo período de sesiones un proyecto de disposición sobre la cuestión que habría de incluirse en el capítulo I. El Grupo de Trabajo estuvo motivado por la preocupación de que la mención del derecho a rechazar las propuestas en el nuevo artículo pudiera, sin quererlo, inducir a pensar que el derecho sólo existía en aquellos métodos en que estaba expresamente mencionado. Al mismo tiempo, el Grupo de Trabajo subrayó que las enmiendas a la Ley Modelo en el momento actual deberían reducirse a un mínimo absoluto y que sólo deberían examinarse las enmiendas derivadas de la ampliación de la Ley Modelo para abarcar los servicios y que mejorasen el texto sin modificar sus principios.

140. Se hicieron varias sugerencias relativas al contenido de una disposición general sobre la posibilidad de rechazar todas las propuestas. Según una de ellas debería establecerse una distinción entre el rechazo de todas las propuestas sobre la base de una evaluación de calidad y el rechazo de todas las propuestas debido a un cambio de política o a una reducción del presupuesto. Otra opinión fue que sería preferible no establecer dicha distinción sino referirse al rechazo de todas las propuestas "si ello redundaba en favor del interés público". Otra opinión, más en este último sentido, fue mantener la actual redacción del artículo 33 al elaborar la nueva disposición general. Se recordó también al Grupo de Trabajo que de alguna manera habría que trazar una línea entre el período de tiempo durante el cual sería posible rechazar todas las propuestas y el momento en que podía exigirse a la entidad adjudicadora que celebrara el contrato público. Por último, hubo amplio acuerdo sobre dos puntos: que debía exponerse previamente en los documentos de solicitud u otros documentos análogos el derecho a rechazar todas las propuestas, y que el ejercicio del derecho debería quedar exento del recurso contemplado en el artículo 42, como era actualmente el caso del artículo 33.

141. Otra cuestión que surgió en los debates de los párrafos 11) y 12) estuvo referida a la medida en que debía regularse en especial el perfeccionamiento del contrato que surgiese de las negociaciones o de otros métodos de selección empleados en el marco del nuevo procedimiento. Se estuvo de acuerdo por lo general que había mucho más que decir sobre el contrato de lo que hasta entonces se había dicho, habida cuenta de que el nuevo procedimiento estaba concebido para ser el método principal de la contratación de servicios. Se acordó que las reglas establecidas para la licitación en el artículo 35 se aplicaran con carácter general a los nuevos procedimientos para servicios, lo que podía

conseguirse mediante una referencia. Se instó también fervientemente al Grupo de Trabajo a que estableciera el requisito de incluir en las propuestas de servicio una copia del formulario del contrato que había de firmarse. Se sugirió que ello contribuiría a proteger los intereses del comprador público, ya que los contratos redactados por el proveedor o el contratista no tendrían lógicamente como primera finalidad los intereses del comprador público. Se expresó apoyo a esta sugerencia pese a preguntarse si no sería preferible y más flexible mencionar el procedimiento como una posible opción.

142. También se mostró un cierto interés por la posibilidad de que fuera conveniente, habida cuenta de la adición de los nuevos procedimientos, tratar de incluir en el capítulo I una disposición relativa al perfeccionamiento de los contratos aplicable a los diversos métodos de contratación pública. Se expresaron vacilaciones respecto a la inclusión propuesta de una disposición general sobre el perfeccionamiento de los contratos. Se recordó que la decisión de incluir una disposición relativa al perfeccionamiento de los contratos únicamente en la licitación se había hecho conscientemente, dejando esta cuestión, en el caso de otros métodos de contratación pública, a la ley del contrato aplicable. Se señaló que, debido a las circunstancias variables y a los procedimientos menos formales seguidos en algunos de esos otros métodos, sería difícil redactar una regla general que tuviera sentido. El Grupo decidió, sin embargo, examinar la cuestión tomando como base una evaluación de la Secretaría sobre la viabilidad de una disposición general, que habría de presentarse al próximo período de sesiones.

143. Después de deliberar, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisase los nuevos procedimientos, teniendo en cuenta sus deliberaciones y decisiones. El Grupo de Trabajo tomó asimismo nota de la opinión de algunas delegaciones de que sería preferible intentar reintegrar los procedimientos especiales en materia de servicios en el artículo 38.

#### IV. OTRAS CUESTIONES

144. Se sugirió que la Ley Modelo o la Guía para la Promulgación incluyeran algún examen de las técnicas y prácticas de puntuación, a fin de evitar su aplicación inapropiada o corrupta. Se hizo también la sugerencia de que debería haber una disposición en el artículo 39 *bis* que procurara cierta orientación a la entidad adjudicadora sobre el órgano gubernamental competente para declarar ganadora a una propuesta, incluida la forma de efectuar la puntuación. Se señaló, sin embargo, que una propuesta similar, hecha durante las deliberaciones de la Comisión sobre la Ley Modelo, había sido rechazada por imponer a los Estados promulgantes normas demasiado estrictas respecto a la forma de organizar sus mecanismos gubernamentales internos.

145. El Grupo de Trabajo examinó también una propuesta de establecer en el artículo 39 *bis* la posibilidad de efectuar un concurso de proyectos para determinar la propuesta ganadora. Se señaló que éste era un método normalmente utilizado en la evaluación de propuestas que tenían un

contenido estético. Se dijo que en esa disposición podrían abordarse cuestiones tales como la composición e imparcialidad del jurado seleccionador y que ese proceso debería limitarse a los componentes artísticos de la propuesta. Se señaló asimismo que una disposición de esta naturaleza sólo sería adecuada si el jurado concedía el premio o adoptaba una decisión vinculante para la entidad. Se acordó que se presentara al examen del Grupo de Trabajo en su próximo período de sesiones un proyecto de dicha disposición. Se expresó el temor, sin embargo, de que dicha disposición se redactara de forma que llevase a la conclusión de que la utilización del concurso de proyecto estaba limitada a la contratación de servicios. Se sugirió asimismo que debería evitarse la utilización de la palabra "jurado" o "jurados" a la vista de las distintas connotaciones que pudiera tener.

146. Se expresó el temor de que, al definir la contratación como "adquisición por cualquier medio", surgiese la cuestión de si la Ley Modelo pretendía abarcar servicios que se prestaban gratuitamente a las entidades públicas. En opinión del Grupo de Trabajo, además de suscitar las cuestiones de cabilderos y consultores que pagarían terceras partes, y además de la posibilidad de que pudieran facilitarse gratuitamente servicios a los gobiernos por razones altruistas, la cuestión hacía referencia al marco legislativo que regulaba la ética gubernamental y que rebasaba las disposiciones del artículo 13 de la Ley Modelo sobre incentivos ofrecidos por proveedores y contratistas. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que para abordar el problema bastaría con dejar claro que la Ley Modelo regulaba la adquisición a cambio de un pago. Se expresó la opinión de que esto podría conseguirse utilizando una expresión parecida a "adquisición a cambio de una compensación".

147. Se suscitó también una cuestión relativa a la definición de "bienes" que con anterioridad había acordado el Grupo de Trabajo. Se señaló que esta definición sólo proporcionaba ejemplos de objetos que podían considerarse bienes y ofrecía al Estado promulgante la opción de añadir otros ejemplos a la lista. Se sugirió que, habida cuenta de que la definición de "servicios" incluía todo lo que no eran ni bienes ni obras, sería preferible disponer de una definición definitiva de bienes para evitar dos definiciones abiertas. Se sugirió, por consiguiente, que una definición de bienes podría ser la siguiente:

El término "bienes" comprende los objetos de cualquier índole como son las materias primas, los productos y el equipo, y los objetos en estado sólido o gaseoso, y la electricidad, así como los servicios accesorios al suministro de esos bienes, siempre que el valor de esos servicios no exceda del valor de los propios bienes.

148. El Grupo de Trabajo decidió continuar el examen de esta propuesta en su próximo período de sesiones.

149. Se expresó una vez más la opinión de que, considerando que la presente formulación del artículo 39 *bis* incluía varios métodos que implicaban negociaciones, entre ellas las negociaciones previstas en el artículo 38, sería posible limitar la contratación de servicios para que se efectuase únicamente mediante licitación o en el marco del artículo 39 *bis*. Se señaló que esto tendría la ventaja de simplificar la Ley Modelo excluyendo la disponibilidad de todos los demás métodos y también el artículo 39 *bis* para

la contratación de servicios. Se expresó la opinión de que el Grupo de Trabajo tendría otra oportunidad de examinar la cuestión en el próximo período de sesiones.

150. Se sugirió también que la Secretaría estudiase dónde debía ubicarse el nuevo artículo, habida cuenta de que proporcionaría el método preferido para la contratación de servicios.

151. Se expresó la opinión de que en la Guía para la Promulgación se debería indicar que, como técnica de promulgación, algunos Estados podrían considerar la inclusión del principio general de la propia ley, dejando las normas más detalladas para el reglamento de contratación.

## V. FUTUROS TRABAJOS

152. Se expresaron firmemente opiniones sobre la necesidad de celebrar una reunión adicional del Grupo de Trabajo para examinar las cuestiones pendientes antes de

presentar un texto de proyecto final a la Comisión en su vigésimo séptimo período de sesiones. Se observó que la celebración del próximo período de sesiones del Grupo de Trabajo estaba prevista en Nueva York del 14 al 25 de marzo de 1994. Se afirmó que de lo contrario sería imposible presentar un informe a la Comisión sobre la base de los trabajos realizados en el actual período de sesiones.

153. Se hizo también la sugerencia de que debería examinarse la forma definitiva que había de darse a la Ley Modelo. A este respecto, se expresó apoyo en favor de la presentación de un texto consolidado que incluyera tanto la Ley Modelo como la Guía para la Promulgación, en el que después de los artículos de la Ley Modelo figurasen las secciones de la Guía en que se examinan. Se señaló asimismo que una lista de las enmiendas a la Ley Modelo para abarcar los servicios sería un instrumento útil para los Estados que habían adoptado ya legislación basada en la Ley Modelo. Se señaló, sin embargo, que la forma en que se presentaría el texto final de la Ley Modelo dependía de la disponibilidad de suficientes recursos financieros.

## B. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional en su 16.º período de sesiones: proyectos de disposición para un régimen legal modelo para la contratación de servicios: nota de la Secretaría

(A/CN.9/WG.V/WP.38) [Original: inglés]

### ÍNDICE

	<i>Página</i>
INTRODUCCIÓN .....	59
ENMIENDAS Y ADICIONES PROPUESTAS A LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE BIENES Y DE OBRAS PARA HACERLA APLICABLE A LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS .....	60

### INTRODUCCIÓN

1. El Grupo de Trabajo inició su labor sobre el tema de la contratación pública en su décimo período de sesiones, celebrado del 17 al 25 de octubre de 1988, y dedicó sus períodos de sesiones 11.º a 15.º a la preparación de una Ley Modelo de la contratación pública de bienes y de obras (los informes de los períodos de sesiones 11.º a 15.º figuran en los documentos A/CN.9/315, 331, 343, 356, 359 y 371). En su décimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió limitar el alcance, al menos inicialmente, de la Ley Modelo a la contratación de bienes o de obras, sin ocuparse por el momento de la contratación de servicios (A/CN.9/315, párr. 25). La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación de Bienes y de Obras fue aprobada por la Comisión en su 26.º período de sesiones (Viena, 5 a 23 de julio de 1993)<sup>1</sup>.

2. En su 26.º período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí una nota preparada por la Secretaría sobre la posibilidad de emprender algún trabajo en el futuro respecto de la contratación de servicios (A/CN.9/378/Add.1). En esa nota se trataba de: la conveniencia y viabilidad de preparar disposiciones para un régimen legal modelo para la contratación de servicios; las principales diferencias entre la contratación de servicios y la contratación de bienes o de obras, y el contenido posible de las disposiciones de ese régimen legal modelo para la contratación de servicios. En el anexo de esa nota se proponen algunos textos para su incorporación a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes y de Obras como enmiendas y adiciones destinadas a ampliar su ámbito a la contratación de servicios.

3. Tras deliberar al respecto, la Comisión decidió que el Grupo de Trabajo preparara algunos proyectos de disposición para la contratación de servicios. Si bien hubo opiniones divergentes sobre la mejor manera de proceder a la

<sup>1</sup>Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/48/17), anexo I.

formulación de las disposiciones modelo, se convino en que se presentaran en alguna forma conveniente para los Estados que hubieran aprobado la Ley Modelo sobre la Contratación de Bienes y de Obras y para aquellos otros que desearan aprobar simultáneamente el régimen para la contratación de bienes y de obras y el régimen para la contratación de servicios<sup>2</sup>.

4. La presente nota contiene algunas enmiendas y adiciones propuestas al texto de la Ley Modelo para ampliar su ámbito a la contratación de servicios, basadas en un criterio distinto del sugerido en el anexo del documento A/CN.9/378/Add.1. La principal diferencia entre las dos propuestas consiste en que, mientras la propuesta del documento A/CN.9/378/Add.1 sugiere la adición, en un capítulo IV *bis* de la Ley Modelo, de ciertos procedimientos de valoración especiales para la contratación de servicios por el método de la licitación, la variante ofrecida en la presente nota dejaría el proceso de licitación como está e introduciría en el régimen de la contratación por el método de la solicitud de propuestas ciertos procedimientos de valoración especiales para la contratación de servicios. Este procedimiento tal vez sea preferible por razón de que, si bien podría recurrirse a la licitación para la contratación de ciertos servicios, particularmente de aquellos cuyos parámetros técnicos o de calidad, así como los de los proveedores eventuales, pudieran ser objetivamente medidos y definidos, la contratación de otros muchos tipos de servicios sería hecha por otros métodos. Ello se debe principalmente a que el procedimiento para valorar una oferta en la convocatoria a licitación sería considerado, en muchos casos, como inadecuado para la contratación de servicios, en la que la competencia y pericia del proveedor son factores de valoración más importantes que el precio.

5. El llamado método de solicitud de propuestas previsto en la Ley Modelo parece ser el más indicado para la contratación de servicios, ya que ese método permitiría que la entidad adjudicadora dirigiera su solicitud a un número limitado de proveedores o contratistas, como suele hacerse, por ejemplo, para la contratación de servicios de consultoría. Permitiría asimismo publicar anuncios solicitando propuestas de proveedores o contratistas interesados que no hubieran recibido una solicitud directa de la entidad adjudicadora, que ésta examinaría, pero sin estar obligada a hacerlo.

6. La solución aquí propuesta presenta diversos métodos optativos por los que la entidad adjudicadora podría valorar y seleccionar al proveedor de servicios en una contratación por el método de la solicitud de propuestas. El artículo adicional 39 *bis* propuesto mantendría el procedimiento prescrito en el artículo 38 (solicitud de propuestas) para la contratación de servicios con la salvedad de señalar ciertos métodos de valoración diferentes para tener en cuenta las principales diferencias entre una valoración de bienes o de obras y la de servicios. Los procedimientos de valoración prescritos en el artículo 39 *bis* llevarían al establecimiento de un umbral de calidad y técnico, con miras a elegir la propuesta ganadora de entre aquellos que hayan alcanzado o superado ese umbral. Ello se haría mediante una competición basada ya sea en el precio o ya sea en una

combinación de la calidad técnica y del precio, o tras negociar con los proveedores.

#### ENMIENDAS Y ADICIONES PROPUESTAS A LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE BIENES Y DE OBRAS PARA HACERLA APLICABLE A LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS

1. Modificar el título de la Ley Modelo a "Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública".

2. Insértese los servicios en la definición de "contratación pública" del artículo 2 *a*) y suprimase la referencia a "servicios accesorios", de modo que la definición diga:

"Por 'contratación pública' se entenderá la obtención por cualquier medio, especialmente compra, alquiler, arrendamiento con opción de compra o compra a plazos, de bienes, de obras o de servicios."

3. En la definición de "bienes" del artículo 2 *c*) añádase una referencia a "servicios accesorios" de modo que la definición diga:

"El término 'bienes' comprende las materias primas, los productos, el equipo y otros objetos materiales de cualquier índole, en estado sólido, líquido o gaseoso, y la electricidad, así como los servicios accesorios al suministro de esos bienes, siempre que el valor de esos servicios no exceda del valor de los propios bienes."

*Comentario:* Al haberse suprimido la referencia a servicios accesorios de la definición de "contratación pública", con esta adición se facultaría a la entidad adjudicadora para obtener servicios accesorios de los bienes objeto de un contrato con arreglo al régimen de la Ley Modelo para la contratación de bienes, en vez de con arreglo al régimen para la contratación de servicios. En la definición de "obras" figura ya esa referencia a los servicios accesorios.

*(Nota para el Grupo de Trabajo):* El Grupo de Trabajo tal vez desee dar una definición de servicios, especialmente de enunciarse en la Ley Modelo alguna disposición aplicable únicamente a la contratación de servicios. Una posible solución sería la de definir la "contratación de servicios" como la contratación de algún producto que no sea ni bienes ni obras. Éste sería, por ejemplo, el significado dado al término "contrato de servicios públicos" en la Directiva de la Comunidad Económica Europea sobre la coordinación de procedimientos para la adjudicación de contratos de servicios públicos (Directiva de la CEE 92/50). Otra solución sería la de dejar en la Ley Modelo un espacio en blanco en el que el Estado promulgador insertaría su propia definición o lista de los objetos que han de considerarse como servicios en el ámbito de su jurisdicción. La solución daría flexibilidad para el supuesto de que algunos productos sean considerados como servicios en algunos Estados y no en otros, y favorecería al mismo tiempo la transparencia al requerir al Estado promulgador a dar a conocer en su legislación lo que ha de ser considerado como servicios.

<sup>2</sup>*Ibid.*, párrs. 261 y 262.

4. Excepto en los artículos mencionados más adelante en el párrafo 5 introduzcanse los siguientes cambios en todo el texto de la Ley Modelo:

- i) cuando las palabras “(de) los bienes o (de) las obras” vayan seguidas por “que se han de contratar”, sustitúyanse las palabras “(de) los bienes o (de) las obras que se han de contratar” por “(del) (el) objeto del contrato”;
- ii) cuando las palabras “(de) los bienes o (de) las obras” no vayan seguidas por “que se han de contratar”, sustitúyanse también las palabras “(de) los bienes o (de) las obras” por “(del) (el) objeto del contrato”.

5. Insértense las palabras “o (los) (de los) servicios” a continuación de la palabra “bienes” en los artículos 19 1), 20 1) *d)* y 23 1) *c)*, y a continuación de la palabra “obras” en los artículos 18 *a)* y 25 *g)*. En los incisos *a)*, *b)* y *c)* del párrafo 1 del artículo 20 sustitúyanse las palabras “(de) los bienes o (de) las obras” por “(de) los bienes, (de) las obras o (de) los servicios”.

6. En el artículo 9 2), insértese una referencia al artículo 39 *bis* 5) *c)* i), ii) y iii) para que la regla del párrafo 2) sea aplicable a las comunicaciones en la contratación de servicios.

7. En los artículos 19 1) y 40 1) insértese las palabras “o (de) servicios” a continuación de “bienes”.

*Comentario:* Con ello se facultaría a la entidad adjudicadora para recurrir, en la contratación de servicios, al método de la solicitud de cotizaciones actualmente regulado en la Ley Modelo.

8. En el artículo 23 1) *b)*, insértese las palabras “o una descripción de los servicios que hayan de contratarse” a continuación de “hayan de efectuarse”.

9. En el artículo 38, insértese el párrafo 7 *bis* siguiente:  
 “7 *bis*. Para la contratación de servicios, en lugar de aplicar los procedimientos previstos en los párrafos 7, 8 y 9 del artículo 38, la entidad adjudicadora valorará las propuestas de conformidad con el artículo 39 *bis*.”

*Comentario:* Con esta adición los procedimientos de valoración del artículo 39 *bis* serían aplicables a la contratación de servicios por el método de la solicitud de propuestas, por lo que los procedimientos de valoración del artículo 38 7), 8) ó 9) serían sólo aplicables a la contratación de bienes y de obras.

(*Nota para el Grupo de Trabajo*): El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si las condiciones enunciadas para la solicitud de propuestas en el artículo 17 1) son lo bastante amplias o flexibles para dar cabida a los supuestos en los que la licitación no sea el método preferido para la contratación de servicios.

10. Insértese el artículo 39 *bis* siguiente:

“Artículo 39 *bis*. Evaluación de propuestas para la contratación de servicios

1) Al valorar las propuestas para la contratación de servicios, la entidad adjudicadora aplicará únicamente los criterios señalados en el párrafo 3) del artículo 38.

2) *a)* La entidad adjudicadora deberá señalar un umbral de calidad y técnico que las propuestas deberán alcanzar para ser objeto de ulterior consideración con arreglo al párrafo 3) del presente artículo.

*b)* Sin entrar a considerar el precio de las propuestas, la entidad adjudicadora puntuará cada propuesta de conformidad con los factores enunciados para la valoración de propuestas en el párrafo 3) del artículo 38 y de conformidad con la ponderación relativa y la manera de aplicar cada factor enunciadas en la solicitud de propuestas. La entidad adjudicadora clasificará a continuación las propuestas con arreglo a esas puntuaciones.

3) *a)* La entidad adjudicadora comparará a continuación las propuestas cuya puntuación haya alcanzado o superado el umbral de calificación establecido de conformidad con el párrafo 2) *a)* del presente artículo.

*b)* Podrá ser declarada ganadora:

- i) la propuesta cuyo precio sea más bajo;
- ii) la propuesta cuya valoración combinada, en función del precio y de la puntuación técnica calculada de conformidad con el párrafo 2) *b)* del presente artículo, sea la más elevada; o
- iii) la propuesta seleccionada por la entidad adjudicadora a raíz de una negociación entablada de conformidad con el párrafo 4) del presente artículo.

4) *a)* La entidad adjudicadora podrá entrar en negociaciones con algunos de los proveedores o los contratistas como medio para determinar la propuesta ganadora, conforme a lo previsto en el párrafo 3) *b)* iii) del presente artículo, cuando así lo haya indicado en la solicitud de propuestas.

- b)* i) Toda negociación entre la entidad adjudicadora y un proveedor o un contratista será tenida por confidencial;
- ii) A reserva de lo dispuesto en el artículo 11, quienquiera que sea parte en estas negociaciones no deberá revelar a ninguna otra persona ni el precio ni los datos técnicos o de otra índole que se hayan mencionado en las negociaciones sin el consentimiento de la otra parte.

*c)* La entidad adjudicadora deberá:

- i) invitar a negociar sobre el precio o algún otro aspecto de su propuesta al proveedor o contratista que haya conseguido la puntuación más alta con arreglo al párrafo 2) *b)* del presente artículo;
- ii) informar a los proveedores o contratistas que hayan superado el umbral de calificación de que tal vez sean llamados a negociar de no adjudicarse el contrato en las negociaciones con algún proveedor o contratista que haya conseguido una puntuación más alta;

- iii) informar a los demás proveedores o contratistas de que no han alcanzado el umbral de calificación;
- iv) tan pronto como se dé cuenta de que las negociaciones con el proveedor o el contratista invitado con arreglo al párrafo 4) c) i) del presente artículo no han de dar resultado, informar al proveedor o contratista de que da por terminadas las negociaciones.

d) La entidad adjudicadora invitará seguidamente a negociar al proveedor o contratista calificado en segundo lugar; de no adjudicarse el contrato en esa negociación, la entidad adjudicadora irá invitando a negociar, por orden de méritos, a los demás proveedores o contratistas hasta que decida adjudicar el contrato o rechazar las restantes licitaciones."

*Comentario:* Con el artículo 39 *bis* se tendría en cuenta que, en muchos casos, el principal factor considerado en el examen y la valoración de las propuestas para la contratación de servicios ha de ser la competencia y pericia técnica del proveedor o contratista. Con el establecimiento de un umbral de calificación se hace posible, por ejemplo, la aplicación por la entidad adjudicadora de un criterio basado en el precio para la valoración de las propuestas, en aquellas circunstancias en que así convenga.

A la entidad adjudicadora se le ofrecen tres opciones para seleccionar la propuesta ganadora. Se ha incluido la primera opción, ofrecida en el párrafo 3) b) i), ya que de fijarse un umbral de calificación lo bastante alto, los proveedores o contratistas cuya puntuación haya alcanzado o superado ese umbral tendrían todas las probabilidades de poder prestar los servicios requeridos por la entidad adjudicadora con un grado de calidad más o menos equiparable entre ellos, lo que permitiría que la entidad adjudicadora organizara una competición directa en función del precio de las propuestas.

En la segunda opción, ofrecida en el párrafo 3) b) ii), la entidad adjudicadora atribuiría una ponderación relativa, conforme a una fórmula previamente anunciada, a los resultados de la valoración de los aspectos técnicos de las propuestas, y ponderaría como criterio aparte el precio de las propuestas, y combinaría a continuación los resultados de esa doble valoración ponderada para la puntuación de cada propuesta. Compararía entonces las puntuaciones de las propuestas, basadas en esa valoración combinada, para declarar ganadora a la propuesta con la puntuación combinada más alta.

Si bien los párrafos 3) b) i) y 3) b) ii) no prevén el recurso a la negociación, a tenor de lo dispuesto en el párrafo 3) b) iii), la entidad adjudicadora podrá negociar con los proveedores para determinar la propuesta ganadora. Esas negociaciones deberán celebrarse con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 4) del mismo artículo.

Parece ser que el recurso a la negociación para la determinación de la propuesta ganadora, actualmente previsto en el párrafo 3) b) iii), es una práctica usual en la contratación de servicios de consultoría. Con el párrafo 4) se trata de conseguir que la negociación resulte equitativa tanto para la entidad adjudicadora como para los proveedores

o contratistas. Se impone el respeto tanto del carácter confidencial de lo tratado como de la clasificación final obtenida en la puntuación técnica, al tiempo que deja a la entidad adjudicadora cierta flexibilidad para seleccionar al proveedor o contratista que mejor satisfaga sus necesidades.

*(Nota para el Grupo de Trabajo):* Cabe suponer, no obstante, que en determinadas circunstancias la entidad adjudicadora desee negociar con algunos de los proveedores con miras a dar a cada uno de ellos la oportunidad de presentar su mejor oferta definitiva con anterioridad a su valoración final. Esta opción no ha sido prevista en el artículo 39 *bis*, cuyo párrafo 4) sólo ha previsto que la negociación sea entablada con miras a la celebración del contrato y con un solo proveedor a la vez. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la conveniencia de que se pueda ampliar así el marco de la negociación, con anterioridad al proceso de valoración previsto en el artículo 39 *bis*.

11. En el párrafo 2) del artículo 42, añádase el inciso *e bis*) siguiente:

"*e bis*) la selección de un método de valoración de la contratación de servicios efectuado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 *bis*;"

*Comentario:* Con ello, la selección del procedimiento de valoración por la entidad adjudicadora quedaría exenta de cualquier recurso eventual.

*(Nota para el Grupo de Trabajo):*

i) El párrafo 1) del artículo 39 *bis* dispone que la entidad adjudicadora sólo podrá aplicar los criterios enunciados en el artículo 38 3). Con ello, se parte del supuesto de que los criterios que son peculiares a la contratación de servicios, es decir, la idoneidad y la experiencia del proveedor y del personal propuestos para prestar los servicios corresponden al criterio enunciado en el artículo 38 3) a) referente a la competencia técnica y de gestión del proveedor. El Grupo de Trabajo podrá, no obstante, considerar si haría falta ampliar los criterios del artículo 38 3) para tener en cuenta alguna necesidad peculiar a la contratación de servicios;

ii) Nada se dice en el procedimiento de valoración para la contratación de servicios de la aplicación eventual de un margen de preferencia para los proveedores o contratistas nacionales. Se da por supuesto que, de desear aplicarlo, bastaría con que la entidad adjudicadora lo hiciera saber en la solicitud de propuestas. Sin embargo, una interpretación estricta de los criterios enunciados en el artículo 38 3) y de la forma de aplicarlos enunciada en el artículo 39 *bis* podría llevar a otra conclusión. El Grupo de Trabajo tal vez desee por ello considerar si debe admitirse expresamente la aplicación de márgenes de preferencia en la valoración de propuestas para la contratación de servicios;

iii) Dado que en el artículo 39 *bis* se establece un procedimiento de valoración en dos etapas (examinándose y valorándose los aspectos técnicos de la oferta antes de entrar a considerar el precio) y que en el párrafo 4) se prevé el recurso a la negociación como medio para valorar una propuesta en la contratación de servicios, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar también si sería necesario mantener la licitación en dos etapas o la negociación competitiva como posibles métodos para la contratación de servicios.

**C. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional  
sobre la labor realizada en su 17.º período de sesiones  
(Nueva York, 14 a 25 de marzo de 1994)  
(A/CN.9/392) [Original: inglés]**

**ÍNDICE**

	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN .....	1-9
I. DELIBERACIONES Y DECISIONES .....	10
II. EXAMEN DE LOS PROYECTOS DE ENMIENDA A LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE BIENES Y DE OBRAS .....	11-130
Observaciones generales .....	11-15
Título .....	16-18
Preámbulo .....	19
CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES .....	20-50
Artículo 1.  Ámbito de aplicación .....	20-21
Artículo 2.  Definiciones .....	22-30
Artículos 3 a 5 .....	31
Artículo 6.  Condiciones exigibles a los proveedores y contratistas .....	32-37
Artículo 7.  Precalificación .....	38-40
Artículo 8.  Participación de proveedores y contratistas .....	41
Artículo 9.  Forma de las comunicaciones .....	42
Artículo 10. Documentos probatorios presentados por proveedores y contratistas .....	43
Artículo 11. Expediente del proceso de contratación .....	44-45
Artículo 11 bis. Rechazo de todas las ofertas, propuestas o cotizaciones ..	46
Artículo 11 ter. Entrada en vigor del contrato adjudicado .....	47
Artículos 12 y 13 .....	48
Artículo 14. Reglas relativas a la descripción de los bienes o las obras ..	49
Artículo 15. Idioma .....	50
CAPÍTULO II. MÉTODOS DE CONTRATACIÓN Y CONDICIONES PARA SU APLICACIÓN .....	51-103
Artículo 16. Métodos de contratación .....	51-55
Artículo [39] bis. [Solicitud de propuestas de servicios] [Procedimientos especiales para la solicitud de propuestas de servicios] [Procedimiento especial para la contratación de servicios]	56-84
Artículo 16. Métodos de contratación .....	85-95
Artículo 17. Condiciones para la licitación en dos etapas, la solicitud de propuestas o la negociación competitiva .....	96-98
Artículo 18. Condiciones para el procedimiento de licitación restringida .....	99
Artículo 19. Condiciones para la solicitud de cotizaciones .....	100
Artículo 20. Condiciones para la contratación con un solo proveedor o contratista .....	101-103
CAPÍTULO III. PROCESO DE LICITACIÓN .....	104-106
Artículos 21 a 24 .....	104
Artículo 25. Contenido del pliego de condiciones .....	105
Artículos 26 a 35 .....	106
CAPÍTULO IV. OTROS MÉTODOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ..	107-111
Artículo 36. Licitación en dos etapas .....	107-108

	<i>Párrafos</i>
Artículo 37. Procedimiento de licitación restringida .....	109
Artículo 38. Solicitud de propuestas .....	110
Artículos 39 a 41 .....	111
<b>CAPÍTULO V. VÍAS DE RECURSO .....</b>	<b>112-114</b>
Artículo 42. Recurso de reconsideración .....	112-113
Artículos 43 a 47 .....	114
<b>III. INFORME DEL GRUPO DE REDACCIÓN .....</b>	<b>115-130</b>
<b>IV. LABOR FUTURA .....</b>	<b>131-132</b>
	<i>Página</i>
<i>Anexo.</i> [Proyecto de Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios] .....	78

## INTRODUCCIÓN

1. En su 19.º período de sesiones, celebrado en 1986, la Comisión decidió comenzar a trabajar, con carácter de prioridad, en la esfera de la contratación pública y encomendó esa labor al Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional. El Grupo de Trabajo inició su labor sobre ese tema en su décimo período de sesiones, celebrado del 17 al 25 de octubre de 1988, examinando un estudio sobre la contratación pública preparado por la Secretaría (A/CN.9/WG.V/WP.22). El Grupo de Trabajo dedicó sus períodos de sesiones 11.º a 15.º a la preparación de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública de Bienes y de Obras (los informes de los períodos de sesiones 10.º a 15.º figuran en los documentos A/CN.9/315, 331, 343, 356, 359 y 371). El Grupo de Trabajo decidió que sería preferible finalizar el régimen modelo de la contratación pública de bienes y de obras antes de formular el régimen especial para la contratación pública de servicios (A/CN.9/315, párr. 25). La principal razón para obrar así fue el hecho de que determinados aspectos de la contratación de servicios se rigen por consideraciones distintas de las aplicables a la contratación de bienes y de obras. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación de Bienes y de Obras fue aprobada por la Comisión en su 26.º período de sesiones (Viena, 5 a 23 de julio de 1993).

2. En el 26.º período de sesiones, a la luz de una nota preparada por la Secretaría sobre su posible labor futura en la esfera de la contratación de servicios (A/CN.9/378/Add.1), la Comisión convino en abordar esa labor y encomendó la preparación de un proyecto de régimen legal modelo para la contratación de servicios al Grupo de Trabajo. La Comisión convino en que el Grupo de Trabajo ultimara su labor sobre el régimen legal modelo para la contratación de servicios a tiempo para que la Comisión lo examinara en su 27.º período de sesiones.

3. En su 16.º período de sesiones, celebrado en Viena del 6 al 17 de diciembre de 1993, el Grupo de Trabajo examinó la Ley Modelo a fin de determinar posibles enmiendas

encaminadas a incluir en ella la normativa sobre contratación de servicios. Se pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada de la Ley Modelo que reflejara tanto las deliberaciones como las decisiones que se habían adoptado.

4. El Grupo de Trabajo, del que formaron parte todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 17.º período de sesiones en Nueva York del 14 al 25 de marzo de 1994. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Arabia Saudita, Argentina, Bulgaria, Canadá, China, Eslovaquia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Irán (República Islámica del), Japón, Marruecos, Nigeria, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Tailandia, Togo y Uganda.

5. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Chipre, Colombia, Mongolia, Myanmar, Panamá, República de Corea, Santa Sede y Suiza.

6. Asistieron asimismo al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales: el Banco Mundial, el Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano, el Banco Interamericano de Desarrollo y la Asociación Internacional de Abogados.

7. El Grupo de Trabajo eligió a los siguientes miembros de la Mesa:

*Presidente:* Sr. David Morán Bovio (España)  
*Relator:* Sr. Abbas Safarian (República Islámica del Irán)

8. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí los siguientes documentos:

a) Programa provisional (A/CN.9/WG.V/WP.39);

b) Proyecto de enmiendas a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes y de Obras para incluir la contratación de servicios (A/CN.9/WG.V/WP.40);

c) Informe del Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional acerca de la labor de su 16.º período de sesiones (A/CN.9/389);

d) Contratación pública de servicios: nota de la Secretaría (A/CN.9/378/Add.1);

e) Contratación pública: proyectos de disposición para un régimen legal modelo para la contratación de servicios: nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.V/WP.38);

f) Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes y de Obras<sup>1</sup>;

g) Guía para la Promulgación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes y de Obras (A/CN.9/393).

9. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Elección de la Mesa;
2. Aprobación del programa;
3. Disposiciones para un régimen legal modelo para la contratación de servicios;
4. Otros asuntos;
5. Aprobación del informe.

## I. DELIBERACIONES Y DECISIONES

10. El Grupo de Trabajo examinó el proyecto de enmiendas a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes y de Obras para incluir la contratación de servicios que figuraba en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.40. Tras concluir sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo pidió al grupo de redacción que preparara un proyecto de versión revisada de la Ley Modelo en el que se reflejaran tanto las deliberaciones como las decisiones que se habían adoptado. Las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo figuran *infra* en el capítulo II del presente informe. El informe del grupo de redacción en el que figura el texto del proyecto de Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, de Obras y de Servicios aprobado por el Grupo de Trabajo se consigna en el anexo I del presente informe.

## II. EXAMEN DE LOS PROYECTOS DE ENMIENDA A LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE BIENES Y DE OBRAS

### *Observaciones generales*

11. El Grupo de Trabajo comenzó por examinar la cuestión relativa a la forma de las disposiciones modelo relativas a la contratación de servicios, cuestión que había examinado sin llegar a una decisión definitiva en su 16.º período de sesiones (A/CN.9/389, párr. 11). A ese respecto, se expresó la opinión de que el mandato del Grupo de Trabajo, en particular el posible deseo de algunos Estados que promulgaran la Ley Modelo de contar con un modelo "separado" relativo a la contratación de servicios<sup>2</sup>,

podría cumplirse de manera más satisfactoria si se formulaba un régimen modelo completamente autónomo relacionado exclusivamente con la contratación de servicios. Se dijo que ese método tendría la ventaja de subrayar el carácter discreto y más complejo de gran parte de las normas relacionadas con la contratación de servicios. Se sugirió, asimismo, que si se formulaban normas discretas se limitarían las repercusiones negativas que podrían incidir sobre los efectos y la claridad de la Ley Modelo existente en las esferas de los bienes y de las obras. También se mencionó la posible ventaja de que con un régimen enteramente separado se evitara la apariencia de complejidad que podría derivarse de una tentativa de interpolar disposiciones sobre los servicios en la Ley Modelo existente.

12. Aunque reconoció las inquietudes que sustentaban la anterior propuesta de un régimen separado, el Grupo de Trabajo decidió, como lo había hecho en el 16.º período de sesiones, que el método consolidado que se reflejaba en el proyecto de texto que tenía ante sí era preferible por diversas razones. Además de la preocupación de que el método propuesto de contar con un cuerpo de normas autónomo no fuera aconsejable o viable, habida cuenta del tiempo limitado de que se disponía, se mencionaron diversas razones en sustento de la decisión. Entre esas razones estaba la circunstancia de que, en el plano nacional, muchos e incluso la mayoría de los Estados tradicionalmente legislaban sobre la contratación pública de bienes, de obras y de servicios en un texto legal consolidado, práctica que presumiblemente continuaría, y que la Ley Modelo tendría que tener en cuenta. Se sugirió que, si se adoptaba otro método, los Estados que promulgaran las normas podrían verse privados de una orientación suficiente, lo cual dejaría abierta la posibilidad de alejamientos acaso innecesarios y perjudiciales de los principios consagrados en la Ley Modelo. La decisión del Grupo de Trabajo en favor del método consolidado se sustentaba también en el reconocimiento de que la mayor parte de las disposiciones de la Ley Modelo eran esencialmente aplicables también a la contratación de servicios, factor que haría que las disposiciones de un régimen modelo separado para los servicios fueran fundamentalmente repetitivas de la normativa contenida en la Ley Modelo.

13. En cuanto al posible deseo de algunos Estados que promulgaran las normas de que se legislara por separado sobre la contratación de bienes y de obras y la contratación de servicios, quedó entendido que el texto revisado que se estaba preparando dejaría inalterada la Ley Modelo que había aprobado la Comisión y recomendado la Asamblea General, con un ámbito de aplicación limitado a la contratación de bienes y de obras.

14. No obstante su preferencia por una Ley Modelo consolidada relativa a los bienes, las obras y los servicios, el Grupo de Trabajo estimó que las inquietudes que se habían señalado respecto de ese método debían atenderse estatuyendo dentro de la Ley Modelo un régimen más diferenciado para la contratación de servicios del que se advertía en el proyecto de texto que tenía ante sí, que se conformaba al método convenido en el 16.º período de sesiones. Se convino en que ese régimen más diferenciado y claro para los servicios podía lograrse mediante la inclusión en la Ley Modelo de un capítulo discreto relativo a la contratación de

<sup>1</sup> Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/48/17), anexo I.

<sup>2</sup> *Ibid.*, párr. 262.

servicios, enfoque que ya se había sugerido en etapas anteriores (véase la propuesta en A/CN.9/378 y el debate en el 16.º período de sesiones consignado en A/CN.9/389, párr. 11).

15. El Grupo de Trabajo tomó nota de que su decisión sobre el contenido de un capítulo separado, así como la determinación de las disposiciones que serían aplicables a la contratación de bienes o de obras y también a la contratación de servicios, tendría que examinarse como parte del examen artículo por artículo del proyecto de enmiendas a la Ley Modelo que en breve abordaría el Grupo de Trabajo. Hubo acuerdo general, con todo, en que ese capítulo separado tendría por lo menos que contener los procedimientos especiales de solicitud de propuestas para la contratación de servicios, enunciados en el artículo 39 *bis*. Se observó que podría ser útil dividir esa disposición, que actualmente era extensa, en varios artículos más breves. Como se había decidido en el 16.º período de sesiones (A/CN.9/389, párrs. 37 a 44), el procedimiento contenido en el artículo 39 *bis* seguiría siendo el método preferido para la contratación de servicios, salvo en los casos que caían dentro de las condiciones para utilizar la licitación, en el caso de servicios, o que estaban sujetos a contratación por otros medios. Sin embargo, en esa etapa de las deliberaciones no quedó claro si ese aspecto debía tratarse en los artículos 16 y 17 del capítulo II o como parte del capítulo separado sobre los servicios.

#### Título

16. El Grupo de Trabajo consideró también si el texto ampliado se debía titular sencillamente "Ley Modelo de la CNUDMI sobre la contratación pública" o si sería preferible utilizar un título más explícito, por ejemplo, "Ley Modelo de la CNUDMI sobre la contratación pública de bienes, obras y servicios". Se expresó la inquietud de que el título más breve, que sólo hacía referencia a "contratación pública", no resultara claro y creara incertidumbre, pues la Comisión ya había adoptado disposiciones modelo relativas a la contratación pública, aunque referidas a la contratación pública de bienes y de obras, pero no de servicios. Se expresó la preocupación, en particular, de que ese título general pudiera acentuar la idea de que la Ley Modelo comprendía actos que no tenía por objeto abarcar, impresión que ya podría acaso derivarse de la naturaleza abierta de la definición de "servicios" consignada en el artículo 2 *d bis*). En contrario, se dijo que una simple referencia reflejaría con precisión el ámbito de aplicación de la Ley Modelo.

17. Se sugirió que, para evitar confusiones con la actual Ley Modelo sobre la Contratación Pública de Bienes y de Obras, podría ser más apropiado reflejar en el título el alcance cabal de la Ley Modelo revisada, que contendría disposiciones sobre los servicios, utilizando para ello el título siguiente: "Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios". Se criticó la sugerencia de que se diferenciara la Ley Modelo revisada mediante la mención del año de su aprobación, en razón de que, en algunas jurisdicciones, las leyes no se identificaban por el año de su aprobación salvo que sustituyeran una norma anterior sobre el mismo tema.

18. Tomando nota de que se plantearían cuestiones similares de terminología en relación con otros aspectos de la Ley Modelo, comenzando con el preámbulo, el Grupo de Trabajo decidió aplazar una decisión sobre el título. El Grupo de Trabajo tomó nota también de la observación de que la Guía para la Promulgación de la Ley Modelo debía incluir una explicación en ese contexto de la historia legislativa y el ámbito de aplicación de la Ley Modelo.

#### Preámbulo

19. A la luz de inquietudes similares a las señaladas en el debate sobre el título, el Grupo de Trabajo expresó su preferencia, tanto en el párrafo introductorio como en el inciso c), por la expresión "contratación pública de bienes, obras y servicios" en lugar de la referencia abreviada restringida exclusivamente a "contratación pública".

### Capítulo I. Disposiciones generales

#### Artículo 1. Ámbito de aplicación

20. Se señaló que en la Guía para la Promulgación de la Ley Modelo debía figurar una exposición muy clara de la razón por la cual el Grupo de Trabajo había decidido que no sería viable determinar las categorías de contratación que quedarían excluidas del ámbito de aplicación de la Ley Modelo y que debería dejarse librada al arbitrio de los Estados la determinación de esa contratación en su ordenamiento interno o en su reglamentación de la contratación pública. Se dijo que la principal razón que sustentaba esa decisión era que los Estados tenían regímenes significativamente distintos en cuanto a los tipos de adquisiciones que quedaban excluidos del imperio de las normas sobre contratación pública.

21. Se sugirió que se omitiera la palabra "toda" en el párrafo 1). Se explicó, en justificación de la propuesta, que esa palabra podía ser engañosa ya que la intención no era que absolutamente todos y cada uno de los actos de contratación pública quedaran sujetos a la Ley Modelo. La propuesta se remitió al grupo de redacción.

#### Artículo 2. Definiciones

##### Inciso a) ("contratación pública")

22. Se sugirió que las palabras "mediante contratación" no reflejaban adecuadamente la limitación contemplada y que tal vez fuera preferible emplear las palabras "mediante remuneración". Con todo, se señaló que no sería apropiado limitar la definición de contratación a los casos en que mediara un pago; se sugirió, en cambio, que la naturaleza de la contratación debería determinar si ella quedaba o no excluida de la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo decidió en consecuencia que la contratación pública se definiera como "la obtención por cualquier medio de bienes, obras o servicios".

##### Inciso b) ("entidad adjudicadora")

23. No se sugirieron cambios respecto del inciso b).

*Inciso c) ("bienes")*

24. Se señaló que, en la versión inglesa, la definición de "bienes" contenía dos veces la palabra "including" y que el grupo de redacción debía buscar una fórmula que evitara esa repetición. Se sugirió que el problema podía resolverse utilizando palabras como "and includes".

*Inciso d) ("obras")*

25. Se señaló que la referencia a las actividades accesorias en la contratación pública de obras debía estar en consonancia con la referencia a los servicios accesorios en la contratación de bienes. De esa manera quedaría en claro que el valor de las actividades accesorias tendría que ser inferior al de las obras para que se pudiera todavía considerar que se trataba de una contratación de obras.

*Inciso d bis) ("servicios")*

26. Se expresaron varias inquietudes en cuanto a la definición de servicios que figuraba en el inciso *d bis*). Una de ellas era que la definición era muy amplia y probablemente abarcaba más de lo que se había previsto. Como ejemplos a ese respecto se citaron la adquisición de inmuebles y de derechos de propiedad intelectual y los contratos de empleo en la administración pública. Como remedio, se sugirió que se excluyeran específicamente la adquisición de inmuebles y los contratos de empleo en la administración pública de la Ley Modelo, ya fuera en el artículo 1 o en la definición de servicios. Contrariamente a esa sugerencia, se señaló que el Grupo de Trabajo ya había decidido que, salvo por la adjudicación de contratos que revestían interés para la defensa o la seguridad nacionales, no se haría ninguna otra exclusión específica en la Ley Modelo y que el Estado que promulgara las normas podría estatuir otras exclusiones conforme al artículo 1.

27. También se formularon objeciones al empleo de la palabra "producto" para definir los servicios porque se interpretó que estaba excesivamente orientada hacia los bienes tangibles. Por razones similares, tampoco resultó generalmente aceptable la palabra "cualquier".

28. Se hicieron varias propuestas respecto de cómo resolver los problemas señalados. Una de esas propuestas consistía en incluir un anexo a la Ley Modelo en que se enumerasen los servicios a los cuales se aplicaría la Ley Modelo o aquellos a los cuales no se aplicaría. Esa propuesta no contó con apoyo porque se estimó que era demasiado compleja y difícil de aplicar. Se dijo también que el Grupo de Trabajo ya había decidido no hacer referencia a tipos específicos de servicios en la Ley Modelo. La sugerencia de suprimir la definición tampoco encontró apoyo porque se estimó que se dejaría así una laguna que podría crear incertidumbre en cuanto al ámbito de aplicación de la Ley Modelo. Una propuesta que encontró algún apoyo fue la de definir la "contratación pública de servicios", por oposición a la definición de los "servicios" propiamente dichos. Se sugirió que esa definición podría redactarse así: por "contratación de servicios" se entenderá todo acto de contratación que no sea de contratación de bienes o de obras. Sin embargo, esa propuesta tampoco resultó generalmente aceptable porque podía crear una anomalía de redacción, pues ya había una definición de "contratación públi-

ca". Se sugirió que esa inquietud se podía atender si se incluía un párrafo separado en el artículo 2 que estatuyera que, a efectos de la Ley Modelo, la referencia a la contratación pública de servicios significaba todo acto de contratación que no fuera la contratación de bienes o de obras. Esa sugerencia no encontró apoyo suficiente.

29. También se propuso que se mencionaran algunos ejemplos de qué se podrían considerar servicios, dejando que los Estados que promulgaran la Ley Modelo hicieran referencia a otras categorías de servicios si así lo deseaban. Se criticó ese método, sin embargo, porque obligaría a hacer referencia a servicios específicos, cosa que el Grupo de Trabajo había decidido evitar. Otra propuesta fue que se dispusiera que el Estado que promulgara la Ley Modelo pudiera incorporar en la ley respectiva las categorías de servicios que quedarían comprendidas conforme a su propio derecho. Esa propuesta tampoco encontró eco suficiente, pues no suministraba una definición y podía inadvertidamente tener el efecto de dar a los Estados que promulgaran la Ley Modelo la posibilidad de limitar aún más su ámbito de aplicación.

30. Se observó que la intención del Grupo de Trabajo debía ser formular una definición sencilla a tenor de la cual toda contratación que no involucrara la contratación de bienes o de obras constituiría una contratación de servicios. Se propuso, por lo tanto, que la definición se redactara así: por "servicios" se entenderá todo objeto de contratación distinto de los bienes o las obras. Esa definición podía complementarse con una aclaración, en la definición de "bienes", de que por bienes se entendían objetos físicos. Sin embargo, se hizo ver que acaso no fuera apropiado hacer referencia a objetos físicos en la definición de "bienes" porque podría dar lugar a confusión en cuanto a si algunos bienes, por ejemplo la electricidad, eran objetos físicos. Aparte de esa preocupación, la propuesta mencionada en último término fue en general aceptable y se remitió al grupo de redacción.

*Artículos 3 a 5*

31. No se formularon observaciones sobre los artículos 3 a 5, titulados: Obligaciones internacionales del Estado relativas a la contratación pública [y acuerdos intergubernamentales en el interior (del Estado)], Reglamentación de la contratación pública y Acceso del público a los textos normativos.

*Artículo 6. Condiciones exigibles a los proveedores y contratistas**Párrafo 1)*

32. El Grupo de Trabajo intercambió opiniones sobre las palabras "las calificaciones profesionales, la competencia profesional y técnica . . . necesarios". De acuerdo con una opinión, la expresión podría abreviarse por razones de economía de redacción eliminando los adjetivos "profesionales" y "técnicas". Sin embargo, el Grupo de Trabajo reiteró la decisión que había adoptado en el 16.º período de sesiones de incluir un texto de ese tenor (A/CN.9/389, párrs. 84 y 85). Se convino, además, en modificar parcial-

mente la expresión reemplazando las palabras “calificaciones profesionales” por las palabras “calificaciones profesionales y técnicas”.

33. El Grupo de Trabajo tomó nota de una observación en el sentido de que la Guía para la Promulgación de la Ley Modelo podría explicar que la expresión “Poseer . . . el personal” no tenía por objeto indicar la forma en que proveedores y contratistas debían contratar a su personal y en particular no significaba que los proveedores y contratistas no podían contratar personal especializado a efectos de ejecutar el contrato que se les hubiera adjudicado.

*Párrafos 2) a 4)*

34. No se formularon observaciones sobre los párrafos 2) a 4).

*Párrafo 5)*

35. Se expresó la opinión de que la disposición al final del párrafo, que prohibía las medidas discriminatorias que no fueran objetivamente justificables, tendría que reforzarse a fin de eliminar los obstáculos a la participación de proveedores de servicios en los procesos de contratación pública. Se citó el ejemplo específico de los requisitos de “establecimiento”, en virtud de los cuales los proveedores y contratistas debían constituir una entidad mercantil en el Estado de la entidad adjudicadora o tener en él bienes. Se expresó la preocupación de que no se interpretara universalmente que la idea de los requisitos que no fueran “objetivamente justificables”, aunque de por sí no era objetable, era aplicable a los obstáculos con que podrían tropezar los proveedores de servicios. Por ejemplo, se preguntó si el mero hecho de que un obstáculo a la participación, como el requisito de establecimiento, estuviera consagrado por ley haría que ese requisito fuera “objetivamente justificable”.

36. Prevalció la opinión de que la Ley Modelo no debía ir en la materia más allá de los enunciados de su redacción actual, porque de lo contrario se rebasaría el ámbito de su aplicación. Se señaló en apoyo de la opinión prevaleciente que los requisitos exigidos a los proveedores de servicios, por ejemplo, que las compañías de seguros o las sociedades financieras tuvieran una cuantía determinada de activos dentro de la jurisdicción del Estado que promulgara la Ley Modelo, podían encontrar sustento en importantes cuestiones de orden público y protección del interés general.

37. En cuanto a la redacción del resto del párrafo 5) se propuso que se suprimieran las palabras “respecto de las condiciones exigibles” por considerarse que eran innecesarias. La sugerencia se remitió al grupo de redacción.

*Artículo 7. Precalificación*

*Párrafos 1) y 2)*

38. No se formularon observaciones sobre los párrafos 1) y 2).

*Párrafo 3)*

39. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el párrafo 3) se había modificado de resultas de la decisión adoptada en

el 16.º período de sesiones de revisar el párrafo en vista de que las disposiciones sobre precalificación debían ser de aplicación general, con prescindencia del método de contratación (A/CN.9/389, párr. 90). Se observó que la versión modificada, además de mencionar el proceso de licitación, hacía referencia a la solicitud de propuestas y a los procedimientos especiales estipulados en el artículo 39 *bis*, aunque no a la negociación competitiva. Se formularon preguntas respecto de si debía interpretarse que las disposiciones del párrafo 3) eran de aplicación general a los métodos de contratación distintos de la licitación, en particular porque algunas de las informaciones que debían incluirse en los documentos de precalificación en el contexto del procedimiento de licitación no necesariamente serían pertinentes o asequibles en el contexto de esos otros métodos de contratación, en particular en el caso de la negociación competitiva. Se sugirió que para tener en cuenta esas consideraciones debía mantenerse el régimen de precalificación para los métodos de contratación distintos de la licitación, pero que se excluyera la aplicación obligatoria del párrafo 3) a la precalificación en el contexto de esos otros métodos. El Grupo de Trabajo formó un pequeño equipo de trabajo para examinar esa propuesta y aplazó la decisión sobre el párrafo 3). (La decisión del Grupo de Trabajo sobre esta cuestión figura en el párrafo 3) del artículo 7 del anexo.)

40. Desde el punto de vista de la redacción se señaló que la remisión en el apartado ii) del inciso a) del párrafo 3) al inciso a) del párrafo 4) del artículo 38 debía sustituirse por una remisión al párrafo 4) del artículo 38 en su totalidad. Se pidió también que en la misma disposición se reemplazaran las palabras “solicitud de propuestas” por las palabras “el proceso de solicitud de propuestas”.

*Artículo 8. Participación de proveedores y contratistas*

41. No se formularon observaciones sobre el artículo 8.

*Artículo 9. Forma de las comunicaciones*

42. Se hizo ver que la referencia en el párrafo 2) al párrafo 3) del artículo 33 debía sustituirse por una remisión al párrafo 3) del artículo 11 *bis*. Se hizo ver, también, que podría ser necesario incluir la mención de ciertas comunicaciones en virtud del artículo 39 *bis*, según el resultado de las deliberaciones relativas a ese artículo.

*Artículo 10. Documentos probatorios presentados por proveedores y contratistas*

43. No se formularon observaciones sobre el artículo 10.

*Artículo 11. Expediente del proceso de contratación*

44. Se sugirió que en la redacción actual no se tenía en cuenta la inquietud que se había señalado antes de que el inciso d) del párrafo 1) atribuía al precio una prominencia que no parecía apropiada (A/CN.9/389, párr. 33), pues, por ejemplo, en el proceso de solicitud de propuestas y en las negociaciones competitivas algunos proveedores y contratistas no tendrían oportunidad de presentar la mejor oferta

definitiva con cotización de precio. Se sugirió, en respuesta, sin embargo, que como el artículo 11 era esencialmente una disposición referida a la formación del expediente, en los casos en que una licitación, propuesta u oferta no involucraba un precio no podía haber obligación de consignar un precio. Se sugirió que el grupo de redacción podría examinar la conveniencia de emplear palabras como "de ser conocido" en relación con el precio. Se convino también en que el grupo de redacción debería reemplazar las palabras "la fórmula de determinación del precio" por palabras que describieran mejor los casos en los cuales la licitación, propuesta, oferta o cotización no consignara un precio, pero sí contuviera un mecanismo en virtud del cual pudiera calcularse el precio.

45. Se observó que la remisión en el inciso e) del párrafo 1) al inciso e) del párrafo 5) del artículo 39 *bis* debía sustituirse por una remisión al inciso c) del párrafo 4) del artículo 39 *bis* y que las remisiones en el inciso f) del párrafo 1) al artículo 33 y al párrafo 1) del artículo 33 debían ser remisiones al artículo 11 *bis* y al párrafo 1) del artículo 11 *bis* respectivamente.

*Artículo 11 bis. Rechazo de todas las ofertas, propuestas o cotizaciones*

46. No se formularon observaciones sobre el artículo 11 *bis*.

*Artículo 11 ter. Entrada en vigor del contrato adjudicado*

47. Se propuso que se eliminara el párrafo 2), que disponía que la entidad adjudicadora debía comunicar la manera de entrada en vigor del contrato adjudicado en los documentos en que se solicitaran ofertas, propuestas o cotizaciones. Se señaló que esa propuesta, en realidad, tendría como consecuencia la supresión del artículo 11 *ter* en su totalidad, pues el párrafo 1) se remitía meramente al artículo 35. En apoyo de esa propuesta se adujo que, aunque la entrada en vigor de los contratos adjudicados con métodos de contratación pública distintos de la licitación se regiría por el ordenamiento interno, no debía imponerse a la entidad adjudicadora la carga de notificar los recaudos de ley. Se sugirió, también, que las entidades adjudicadoras cumplirían con esos requisitos mediante la mera inclusión de una referencia general al ordenamiento interno, que sería de poca o ninguna utilidad para los proveedores o contratistas. En apoyo de esa disposición se recordó que las deliberaciones anteriores del Grupo de Trabajo se habían encaminado a tratar de formular normas sobre la entrada en vigor que pudieran ser aplicables a todos los métodos de contratación (A/CN.9/389, párr. 142). Se observó que, desde el punto de vista de la transparencia, especialmente para los proveedores y contratistas extranjeros, sería importante que se notificara la información sobre la entrada en vigor del contrato y que ello no necesariamente impondría una carga indebida para la entidad adjudicadora. Tras una deliberación, el Grupo de Trabajo decidió aplazar la decisión sobre el artículo 11 *ter* hasta que hubiera examinado el artículo 39 *bis*. (Para más detalles sobre el debate relativo al artículo 11 *ter*, véase el párrafo 118 *infra*.)

*Artículos 12 y 13*

48. No se formularon observaciones sobre los artículos 12 y 13, titulados: Anuncio público de las adjudicaciones de contratos e Incentivos ofrecidos por proveedores o contratistas.

*Artículo 14. Reglas relativas a la descripción de los bienes o las obras*

49. Se hizo ver que en el título debería incluirse la mención de los servicios.

*Artículo 15. Idioma*

50. Se tomó nota de que las palabras "los bienes o las obras" en el inciso b) se sustituirían por las palabras "los bienes, las obras o los servicios".

**Capítulo II. Métodos de contratación y condiciones para su aplicación**

*Artículo 16. Métodos de contratación*

51. Se sugirió que, en consonancia con la anterior decisión del Grupo de Trabajo de dedicar un capítulo separado a los servicios, tal vez fuera necesario reorganizar, en particular, el capítulo II en vista de la decisión de añadir un capítulo especial sobre los servicios, y que debería convenirse en esa reorganización antes de examinar el artículo 16. Se formularon varias propuestas a ese respecto.

52. Una propuesta consistía en limitar el capítulo II exclusivamente a los bienes y las obras, y ocuparse en el capítulo especial sobre los servicios de todos los aspectos de la contratación de servicios, reflejando allí los cambios convenidos en el 16.º período de sesiones. Una variante de esa propuesta fue repetir, en el capítulo de los servicios, todas las disposiciones relativas a las condiciones para utilizar, con las modificaciones pertinentes, los métodos de contratación que existían para los bienes y las obras. Sin embargo, se dijo que esa solución era innecesariamente repetitiva, ya que la mayor parte de los procedimientos serían virtualmente idénticos.

53. Otra propuesta fue que hubiera un capítulo relativo a las condiciones para utilizar los métodos de contratación aplicables a los bienes, las obras y los servicios, seguido por un capítulo sobre los procedimientos de contratación comunes a los bienes, las obras y los servicios y por otro capítulo relativo a los procedimientos que podrían utilizarse únicamente para los servicios. Ese último capítulo constaría esencialmente de los procedimientos que ya figuraban en el artículo 39 *bis*.

54. En apoyo de otro método se adujo que, en aras de una simplificación que era deseable, se podían excluir del ámbito de los servicios los métodos de la negociación competitiva o la solicitud de propuestas, pues los elementos esenciales de ambos métodos figuraban ya en el artículo 39 *bis*. Se impugnó esa solución, sin embargo, en razón de que

esos métodos eran básicamente diferentes de los procedimientos contemplados en el artículo 39 *bis*. En particular, la solicitud de propuestas y la negociación competitiva se aplicaban en casos en los cuales la entidad adjudicadora no estaba al corriente de la naturaleza de la solución técnica de sus necesidades de contratación y, en cambio, el artículo 39 *bis* se aplicaba a los casos en los cuales la entidad adjudicadora atribuía una ponderación especial a las calificaciones y pericias del proveedor de servicios. La sugerencia de incluir un texto que aplicara, *mutatis mutandis*, todos los métodos de contratación de bienes y obras a los servicios fue criticada también en razón de que podría dar lugar a incertidumbre y litigios.

55. Tras una deliberación, el Grupo de Trabajo decidió que, en lugar de continuar el examen de la forma y el fondo del capítulo II, abordaría el examen del contenido de un capítulo separado sobre los servicios, en particular el artículo 39 *bis*. (La continuación del debate sobre el artículo 16 figura en los párrafos 85 a 95 *infra*.)

*Artículo [39] bis. [Solicitud de propuestas de servicios]  
[Procedimientos especiales para la solicitud  
de propuestas de servicios] [Procedimiento especial  
para la contratación de servicios]*

56. Se señaló que convendría redactar el artículo de modo de evitar confusión con el artículo 38 relativo a la solicitud de propuestas de bienes y de obras. Se convino, asimismo, en pedir al grupo de redacción que dividiera el artículo en artículos separados, agrupando los artículos conexos en una sola sección, reorganización que se consideraba pertinente a la cuestión de los títulos. Con todo, no se llegó a una decisión definitiva en cuanto al empleo de la expresión "solicitud de propuestas de servicios" u otra formulación.

*Párrafos 1), 2) y 3)*

57. Se propuso que, en consonancia con disposiciones similares sobre la convocatoria a licitación, sería importante exigir que se publicara un anuncio de la contratación de servicios proyectada antes de distribuir la solicitud de propuestas. Los elementos esenciales de esa propuesta fueron los siguientes: publicación de ese anuncio "[15] días" antes de expedir la solicitud de propuestas; requisitos respecto del contenido del anuncio; publicación internacional del anuncio; distribución de la solicitud de propuestas o de los documentos de precalificación y cargos por su distribución, de haberlos; y la posibilidad de distribuir directamente la solicitud de propuestas y los documentos de precalificación a los proveedores y contratistas que a juicio de la entidad adjudicadora estuvieran interesados en esa contratación, para lo cual la entidad adjudicadora acaso quisiera utilizar listas especiales.

58. El Grupo de Trabajo convino en que habría necesidad de disponer sobre la publicación de ese anuncio. Con todo, la opinión que prevaleció fue que esa disposición no debía introducir elementos nuevos que no se hubieran estatuido respecto de la convocatoria a licitación y que debería estar en consonancia lo más estrechamente posible con disposiciones similares en la Ley Modelo sobre licita-

ciones. Se expresaron dudas, en particular, en cuanto al plazo de publicación del anuncio, el requisito de que la entidad adjudicadora indicara su número de teléfono en el anuncio y la referencia a la convocatoria directa, especialmente si requería el empleo de listas. Tras una deliberación, el Grupo de Trabajo convino en suprimir esos elementos de la propuesta y remitirla al grupo de redacción.

59. El Grupo de Trabajo aceptó y remitió al grupo de redacción la sugerencia de que en el párrafo 2) se hiciera remisión al artículo 8, como un caso más en el cual la entidad adjudicadora podría limitar la publicación de la solicitud de propuestas a los proveedores y contratistas nacionales. Se observó que una disposición similar figuraba en el inciso a) del artículo 21 respecto de las licitaciones.

60. Se sugirió que en el párrafo 3) las palabras "podrá hacer caso omiso" eran excesivamente estrictas y que podría ser preferible utilizar palabras como "no estará obligada a atenerse". La sugerencia fue aceptada y se remitió al grupo de redacción.

61. Se expresó la opinión de que, también en el párrafo 3), era innecesario enumerar con tanto detalle los casos en los cuales la entidad adjudicadora podría hacer caso omiso de lo dispuesto en los párrafos 1) y 2). Se sugirió que bastaría con una disposición que hiciera referencia a "razones de economía y eficiencia". Como crítica de esa opinión se adujo que el Grupo de Trabajo y la Comisión habían restringido el empleo de esa expresión en otras disposiciones y que, debido a que podía dar lugar a ambigüedad, no sería, en consecuencia, apropiado utilizarla en el caso que se examinaba.

*Párrafo 4)*

62. Se enunciaron diferentes opiniones en cuanto a la suficiencia de las disposiciones contenidas en el párrafo 4) respecto del contenido de la solicitud de propuestas, particularmente cuando se comparaba ese párrafo con la disposición análoga y mucho más amplia relativa a la licitación (artículo 25). Se dijo que, como el artículo 39 *bis* representaba el método más utilizado en la contratación de servicios, había que seguir un enfoque más amplio y de fundamento normativo que llevaría, en cierta medida, a una ampliación del artículo 39 *bis*. Al propio tiempo, se manifestó la inquietud de que la ampliación de las disposiciones existentes impartiría a la Ley Modelo la apariencia de mayor complejidad y tendría el efecto no querido de disuadir de utilizar los procedimientos estatuidos en el artículo 39 *bis*. Otro factor que se adujo para conservar el enfoque existente, de carácter más limitado, fue que la introducción del párrafo 4) aclaraba, al usar las palabras "por lo menos", que se podía incorporar información adicional en la solicitud de propuestas. También se observó que algunas de las otras partes del artículo 39 *bis* podrían ya aludir a cuestiones que deberían comunicarse previamente a proveedores y contratistas en la solicitud de propuestas.

63. Aparte de las preocupaciones mencionadas en cuanto a ampliar la extensión del artículo 39 *bis*, hubo acuerdo general en que gran parte de la información que, a tenor del artículo 25 debía incluirse en los pliegos de condiciones en

los procedimientos de licitación, por analogía debería incluirse en la solicitud de propuestas de servicios. Entre los elementos del artículo 25 que se estimó en principio que no serían pertinentes se contaban los incisos *l*), *m*), *p*) y posiblemente *v*). En cuanto a la redacción del texto actual del párrafo 4), se expresó considerable interés en la sugerencia de suprimir en el inciso *b*) la mención del lugar donde hayan de prestarse los servicios, haciendo referencia en cambio sólo al lugar donde se presten. Se estimó que la formulación actual, aunque tenía por objeto atender la inquietud de que se opusieran obstáculos innecesarios a la participación de proveedores extranjeros de servicios (A/CN.9/389, párrs. 105 a 107), adolecía de falta de claridad. Se señaló también a la atención del grupo de redacción que en la versión inglesa, si bien el inciso *e*) del artículo 25 hablaba de "factors", el artículo 39 *bis* hablaba de "criteria".

64. Se examinaron diversos enfoques en cuanto a la forma precisa que debería impartirse a la ampliación del ámbito de aplicación del párrafo 4), enfoques que discreparon, en particular, en cuanto a la medida en que ampliarían la extensión de la norma. Un enfoque relativamente mínimo fue incluir solamente en el párrafo 4) una indicación destinada a la entidad adjudicadora de que podrían incluirse otros elementos en la solicitud de propuestas de servicios que fueran análogos a los elementos del artículo 25 y que ahora se mencionaban en el párrafo 4). Se criticó esa solución, así como otras formas de remisión, por razones de estilo. El otro extremo de la gama de posibles soluciones fue la sugerencia de que los elementos del artículo 25 que por analogía fueran pertinentes al artículo 39 *bis* se enunciaran en el artículo 39 *bis* mismo. Una solución intermedia encaminada a evitar que se ampliara mucho la extensión de la norma fue la de incluir una mención relativamente sintética de otros elementos pertinentes que debían incluirse en la solicitud de propuesta de servicios. Como esa solución se consideró de dudosa suficiencia o viabilidad, el Grupo de Trabajo examinó la propuesta relativa a una versión más detallada del párrafo 4), consistente básicamente en una exposición de los elementos que debería contener el pliego de condiciones en los procedimientos de licitación de conformidad con el artículo 25.

65. Si bien se expresó cierto grado de duda respecto de la extensión del texto propuesto y su capacidad para distinguir en forma adecuada la contratación de servicios, el Grupo de Trabajo aceptó en general la propuesta y la remitió al grupo de redacción. Se observó que los requisitos de la propuesta se referían esencialmente a los tipos de información básica "ministerial" o "interna" que serían pertinentes en forma independiente de si la contratación se habría de referir a bienes, construcción o servicios.

66. El Grupo de Trabajo señaló a la atención del grupo de redacción algunas preocupaciones y preguntas que se habían planteado, entre ellas: que se usara la expresión "proveedores o contratistas" en lugar de "proponentes"; si se había previsto un aviso adecuado de negociación en los casos en que la entidad adjudicadora seleccionara un procedimiento de negociación de conformidad con los párrafos 12) ó 13) del artículo 39 *bis*; la posibilidad de que fuera inapropiado usar en el artículo 39 *bis* la expresión "apertura", así como el concepto del "lugar" de la apertura de las propuestas, ya que esas expresiones podrían connotar

aspectos de la apertura pública pertinentes al procedimiento de licitación, pero no a los procedimientos del artículo 39 *bis*; que expresiones como "en los casos en que se requiera que se dé un precio o tarifa" podrían agregarse al comienzo de la referencia del precio, de manera de evitar que se diera prominencia indebida al precio y de evitar la sugerencia de que el precio siempre sería un criterio; en la medida en que fuera posible y apropiado, la redacción de la disposición debería basarse en disposiciones análogas relativas a la licitación en el artículo 25; el reemplazo de la expresión "solicitud de propuestas" por la expresión "pliego de condiciones", aunque esa sugerencia no parecía haber contado con el apoyo general.

#### Párrafo 5)

67. Se consideraron diversos criterios posibles en cuanto a si el uso de algunos de los criterios de evaluación enumerados o de todos ellos debería ser obligatorio o facultativo, y en cuanto a si debía permitirse que la entidad adjudicadora aplicara criterios distintos de los enumerados en el párrafo 5). Tras examinar en forma extensa los posibles fundamentos de que por lo menos los incisos *a*), *b*) y *c*) fueran obligatorios, el Grupo de Trabajo afirmó que el propósito del párrafo 5) era limitar el alcance de los criterios permitidos, sin exigir que en todos los casos se usaran todos esos criterios. Se consideró que un criterio de ese tipo se ajustaba a la interpretación por el Grupo de Trabajo de otras disposiciones semejantes de la Ley Modelo. Se estimó que la expresión "estos criterios se referirán a" en la última oración del párrafo introductorio no representaba en forma adecuada esa interpretación y era necesario que el grupo de redacción lo revisara. El Grupo de Trabajo consideró también que sería útil dejar en claro ya en el párrafo 5), en lugar de esperar hasta el párrafo 9), que la entidad adjudicadora no podría aplicar criterios que no se hubieran revelado anteriormente a los proponentes en la solicitud de propuestas.

68. En cuanto al contenido del párrafo 5), se expresó la opinión de que podría suprimirse el inciso *d*), que se refería a posibles criterios "socioeconómicos" de evaluación. No obstante, el Grupo de Trabajo consideró que una disposición de ese tipo, que podría no corresponder a un convenio internacional relativo a beneficios recíprocos del comercio en la contratación pública, era una prerrogativa inevitable de los Estados que invariablemente se reconocería en el plano del derecho interno. Se observó que en el apartado iii) del inciso *c*) del párrafo 4) del artículo 32 se había incluido una disposición semejante respecto de la licitación. Una propuesta de que se incluyera una referencia a la aprobación por una "autoridad designada" respecto del uso de los criterios enumerados en el inciso *d*) no recibió apoyo suficiente. Sin embargo, el Grupo de Trabajo acordó, en particular a los fines de la simetría con el apartado iv) del inciso *c*) del párrafo 4) del artículo 32, agregar como criterio adicional en el párrafo 5) la seguridad y la defensa nacionales.

69. Entre las sugerencias remitidas al grupo de redacción se incluían que se combinara el párrafo 6) con el párrafo 5) y que se revisara la redacción del inciso *c*), por cuanto se indicaba que, literalmente, el "precio cotizado" no constituía asimismo el "criterio".

*Párrafo 6)*

70. El Grupo de Trabajo convino en remitir al grupo de redacción la sugerencia de que el párrafo 6) se combinara con el párrafo 5).

*Párrafo 7)*

71. Se señaló que el inciso *a)* del párrafo 7) no estipulaba el plazo dentro del cual la entidad adjudicadora debía responder a las peticiones de aclaración o el plazo dentro del cual debía comunicar las modificaciones de la solicitud de propuestas a los proveedores o contratistas concurrentes. Se señaló además que en el artículo 26 se trataba con más detalle la cuestión de las aclaraciones y modificaciones de los pliegos de condiciones en las licitaciones. Se aceptó y remitió al grupo de redacción la sugerencia de que sería preferible armonizar el párrafo 7) con el artículo 26.

*Párrafo 8)*

72. El Grupo de Trabajo convino en remitir al grupo de redacción la sugerencia de que los párrafos 8) y 14) se fusionaran en un solo párrafo relativo a la cuestión de la confidencialidad.

*Párrafo 9)*

73. En consonancia con la decisión de que el requisito de consignar los criterios en la solicitud de propuestas debía figurar en el párrafo 5), el Grupo de Trabajo estimó que el párrafo 9) podía incorporarse en el párrafo 10).

*Párrafo 10)*

74. Se propuso que en el párrafo 10) se estipulara también que la entidad adjudicadora podía recurrir a un jurado o grupo de peritos externos en el proceso de selección. En sustento de esa propuesta se dijo que la selección de la propuesta ganadora por un grupo de peritos era un procedimiento usado en la práctica, especialmente en los "concursos de diseños". Se señaló que ese procedimiento estaba estipulado en la Directiva de la Unión Europea relativa a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos de servicios públicos. Se sugirió que esa disposición podría incorporarse en el actual proceso de selección y que no requeriría otro método de selección de la propuesta ganadora. Se sugirió, asimismo, que la disposición al respecto en el párrafo 10) se limitaría a estatuir las normas que regirían la composición e imparcialidad de los jurados de selección.

75. Se expresaron, con todo, diversas preocupaciones respecto de la propuesta. Se opinó que la disposición era innecesaria porque, si deseaba recurrir al "concurso de diseños", la entidad adjudicadora podía hacerlo conforme a las disposiciones existentes de la Ley Modelo. También se manifestó la inquietud de que al incluir una disposición de esa índole solamente en el artículo 39 *bis*, pero no entre los métodos de contratación de bienes y de obras, el empleo de los jurados de selección se estaría limitando aparentemente al ámbito de la contratación de servicios, cosa que sería contraria a la práctica. Además, se señaló que habría que hacer una distinción entre los jurados cuya función fuera solamente consultiva y aquellos facultados para adoptar

una decisión vinculatoria para la entidad adjudicadora, y también entre los jurados cuya función se limitaría a los aspectos estéticos y artísticos de las propuestas y los jurados que tuvieran una función más amplia.

76. Tras una deliberación, el Grupo de Trabajo estimó que en el párrafo 10) debía incluirse una disposición de esa índole sobre la selección por parte de un jurado de peritos externos, siempre que se limitara a reconocer que la entidad adjudicadora tenía derecho a recurrir a grupos imparciales en la selección de propuestas. Se presentó y remitió al grupo de redacción un proyecto de propuesta que en general se conformaba al tenor de lo antes expuesto. Se manifestó particular interés en una formulación a los efectos de que "ninguna disposición de la Ley Modelo" impediría que se recurriera a jurados imparciales en el proceso de selección. (Para más información sobre el uso de jurados, véase el párrafo 125 *infra*.)

*Párrafos 11), 12) y 13)*

77. El Grupo de Trabajo convino en que era inapropiado utilizar el futuro imperfecto del indicativo en los párrafos 11), 12) y 13) porque daba la impresión de la obligatoriedad del empleo de los tres métodos de selección, cuando en realidad la entidad adjudicadora sólo utilizaría uno de ellos. Se convino en que el grupo de redacción elaborara un texto que dejara en claro la naturaleza facultativa de los métodos de selección.

78. Se expresó la inquietud de que, si de conformidad con lo dispuesto en el inciso *b)* del párrafo 13), las propuestas se clasificaban sólo en función de sus aspectos técnicos y cualitativos, algunos proveedores y contratistas inflarían los aspectos técnicos y cualitativos de sus propuestas a niveles superiores de los imprescindibles para atender las necesidades de la entidad adjudicadora, con el objeto de conseguir así una mejor puntuación y, por ende, encontrarse en condiciones de ser los primeros en negociar con la entidad adjudicadora. Se hizo ver que ello pondría en desventaja a la entidad adjudicadora, pues tendría que negociar el precio de la propuesta inflada. El Grupo de Trabajo observó que la puntuación tenía por objeto abarcar todos los aspectos de las propuestas, incluida su "eficacia" para atender las necesidades de la entidad adjudicadora, de modo que las entidades adjudicadoras pudieran tener en cuenta la posibilidad de la inflación técnica de las propuestas y denegaran por esa razón a esas propuestas una puntuación elevada. Se convino en que se volviera a redactar el inciso *b)* del párrafo 13) a fin de reflejar ese entendimiento.

79. El Grupo de Trabajo examinó también si el umbral de calificación sería aplicable al párrafo 12) de modo que el método fuera más estricto. Se impugnó esa solución aduciendo que podría impartir un carácter tan estricto al párrafo 12) que resultara de poco interés para las entidades adjudicadoras. Se preguntó si el párrafo 12) no suponía ya un umbral, pues disponía que se celebraran negociaciones sólo con los proveedores y contratistas cuyas propuestas no hubieran sido rechazadas. Se sugirió, sin embargo, que el rechazo mencionado se haría en función de que no se hubiera satisfecho un criterio básico como el de la calificación profesional y no necesariamente en función de

un examen técnico cabal de las propuestas. Otra propuesta de redacción fue que, como el umbral era aplicable tanto al párrafo 11) como al párrafo 13), el inciso a) del párrafo 11), que disponía sobre el umbral, bien podía ubicarse en un párrafo por separado.

80. En cuanto al párrafo 13) se planteó la cuestión relativa a saber si una entidad adjudicadora podría, luego de negociar en secuencia con diversos proveedores o contratistas, volver a concluir el contrato con un proveedor o contratista que se hubiera ubicado en nivel superior en la escala de puntuación y con el cual hubiera terminado las negociaciones con anterioridad si consideraba que de ese modo atendería mejor sus necesidades. Se expresó la inquietud de que, al excluir esa posibilidad, el párrafo 13) obligara a las entidades adjudicadoras a seleccionar proveedores y contratistas que no necesariamente representarían la mejor solución en función de los costos. En general se estimó que, con todo, al privar a la entidad adjudicadora de la posibilidad de reabrir las negociaciones con proveedores y contratistas, el párrafo 13) impartía una disciplina importante al proceso de contratación y evitaba negociaciones abiertas que podrían dar lugar a abusos y causar dilaciones innecesarias. Se convino en que en la Guía para la Promulgación de la Ley Modelo se debía aclarar que el objeto del párrafo 13) era impartir esa disciplina al proceso de contratación.

81. Otra cuestión que se planteó respecto del párrafo 13) fue la de saber si las negociaciones debían limitarse sólo al precio o si podían también referirse a algún otro aspecto de las propuestas, como la misma disposición decía. Se manifestó apoyo en favor de limitar las negociaciones al amparo del párrafo 13) exclusivamente al precio, en razón de que las propuestas habrían sido clasificadas con arreglo a criterios comunes y de que las negociaciones sobre aspectos distintos del precio podrían dar lugar a una infracción del principio de los criterios comunes. Sin embargo, se señaló que en la práctica esas negociaciones en procedimientos como los estatuidos en el párrafo 13) no se restringían estrictamente al precio. Además, se dijo que, dado que el párrafo 13) representaba ahora el método principal de selección de los servicios en los cuales se daba prioridad a las calificaciones de los proveedores o contratistas, la disposición no debía estar limitada en modo alguno que hiciera difícil su uso por parte de las entidades adjudicadoras. Se formularon sugerencias de que las negociaciones podían limitarse de manera más flexible, por ejemplo, restringiéndolas a los aspectos de las propuestas que estuvieran "relacionados con el precio". Tras una deliberación, el Grupo de Trabajo aplazó la decisión sobre el asunto hasta que hubiera examinado más a fondo la práctica imperante.

82. Al reanudar sus deliberaciones anteriores sobre la cuestión del ámbito de las negociaciones del inciso b) del párrafo 13) del artículo 39 *bis* (véase *supra* el debate anterior en el párrafo 81), se advirtió nuevamente al Grupo de Trabajo que la negociación con arreglo al tipo especial de procedimiento previsto en el párrafo 13) del artículo 39 *bis* debía limitarse al precio. Al propio tiempo, se instó al Grupo de Trabajo a que reconociera que, en la práctica, las negociaciones inevitablemente se referían a cuestiones dis-

tintas del precio, con prescindencia de que la solicitud de propuestas hubiera ido o no acompañada de un proyecto de contrato, aunque sólo fuera porque las cuestiones relativas al precio invariablemente incidían en las condiciones del contrato. Se formularon sugerencias a fin de encontrar un justo medio que estuviera en consonancia con las necesidades de la práctica, sin extender excesivamente el ámbito de las negociaciones al punto de que las actuaciones obraran en desmedro de los demás proveedores o contratistas. Una de esas propuestas consistía en mencionar las cuestiones relativas a la "rescisión del contrato". Prevalió la opinión, sin embargo, de que las modificaciones sugeridas no realizaban la claridad del texto y que, por falta de una expresión mejor, sería preferible conservar las palabras "o algún otro aspecto". (Para más detalles sobre esta cuestión, véase el párrafo 128 *infra*.)

83. También se formularon diversas propuestas de redacción. En particular, se sugirió que si tenía por objeto representar el sistema de "dos sobres", el párrafo 12) debía ser más específico. Se sugirió, asimismo, que en el párrafo 13) debía hacerse una referencia más clara a los procedimientos de entrada en vigor del contrato, pues esa disposición había llevado al Grupo de Trabajo a considerar la inclusión del artículo 11 *ter*. Se convino también en que el grupo de redacción examinara la conveniencia de utilizar las palabras "factores" o "criterios" en todo el texto del artículo 39 *bis*.

#### *Título del nuevo método de contratación pública de servicios*

84. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de la denominación general que se daría al método de contratación estipulado en el artículo 39 *bis*. Reconoció que cada una de las formulaciones posibles presentadas en el título del artículo 39 *bis* tendría ventajas y desventajas. Por ejemplo, las palabras "Procedimientos especiales para la solicitud de propuestas de servicios" tenía la ventaja de diferenciarse de "Solicitud de propuestas de servicios", que era un término vinculado con un método de contratación estatuido en la Ley Modelo existente (artículo 38). Se dijo que el uso de una nueva expresión ayudaría a destacar el carácter discreto del método de contratación que se añadía para los servicios. El término "solicitud de propuestas", por otra parte, tenía la ventaja de ser un término relativamente familiar y por esa razón podría ayudar a que la Ley Modelo fuera más inteligible. Tras una deliberación, el Grupo de Trabajo decidió adoptar el término "Solicitud de propuestas de servicios", que debía reflejarse en el título del capítulo separado que contendría las disposiciones enunciadas en el artículo 39 *bis*.

#### *Artículo 16. Métodos de contratación*

85. Luego de examinar el artículo 39 *bis* (véanse los párrafos 55 a 84 *supra*), el Grupo de Trabajo reanudó su deliberación sobre el artículo 16 en particular y sobre el capítulo II en su conjunto, desde el punto de vista de cuál sería la forma óptima de emplear esas disposiciones como mecanismo directriz para orientar a las entidades adjudicadoras en cuanto al método de contratación que se utilizaría en un determinado caso de contratación de servicios.

86. En esa etapa de las deliberaciones, se planteó inicialmente la cuestión de carácter estructural de decidir si el capítulo II debía constituir ese mecanismo directriz sólo para la contratación de bienes o de obras, estableciéndose un mecanismo directriz para los servicios (esto es, el contenido del párrafo 3) del artículo 16) en otra parte de la Ley Modelo, por ejemplo en el capítulo separado sobre servicios en el cual se había resuelto ubicar al artículo 39 *bis*. Se formuló una sugerencia que iba incluso más allá con la mira de establecer por separado las condiciones de utilización de los métodos de contratación pública en el contexto de los bienes o de las obras, por un lado, y en el contexto de los servicios, por el otro. Esa sugerencia consistía en estipular, también en un capítulo separado, las condiciones con arreglo a las cuales en la contratación de servicios se podrían utilizar los métodos de contratación estipulados en los artículos 18 a 20, aunque ello pudiera ser esencialmente repetitivo, en razón de que acaso no fuera totalmente viable enunciar esas condiciones con generalidad suficiente para abarcar tanto los bienes o las obras como los servicios. Un ejemplo citado a ese último respecto fue el del párrafo 1) del artículo 19. Las sugerencias de que se utilizara un enfoque distinto se sustentaron especialmente en el deseo de impartir más claridad a la distinción de la contratación de servicios y limitar la modificación del texto actual de la Ley Modelo.

87. Otra variante de la propuesta sobre un régimen separado preveía también que se legislara sobre los métodos de contratación y las condiciones que rigieran su uso en los casos de los bienes, las obras y los servicios en diferentes partes de la Ley Modelo, pero sin contemplar el uso de la licitación en dos etapas, la negociación competitiva y las solicitudes de propuestas en el caso de los servicios. De acuerdo con esa propuesta, para que se pudiera recurrir a la licitación en el caso de los servicios, debería tratarse de servicios de naturaleza normalizada respecto de los cuales el precio fuera el aspecto más significativo, las condiciones para autorizar el uso de la licitación restringida y de la solicitud de cotización serían similares y las condiciones para autorizar el uso de la contratación con un solo proveedor o contratista serían idénticas a las estipuladas para los bienes y las obras.

88. Se expresó algún interés, en especial, en esa propuesta, sobre todo porque no contemplaba el uso de la licitación en dos etapas, la negociación competitiva y la solicitud de propuestas en el caso de los servicios. Sin embargo, se formularon objeciones respecto de las condiciones propuestas para el uso de la licitación en el caso de los servicios en razón de que se debería poder recurrir a la licitación incluso en los casos en que el precio no fuera necesariamente el aspecto más importante. También se formuló objeción a combinar las condiciones para el uso de la licitación restringida y la solicitud de cotizaciones ya que esos métodos estaban destinados a circunstancias claramente diferentes.

89. Según otra propuesta relativa a la estructura, se mantendrían también para la contratación de servicios todos los métodos de contratación disponibles para los bienes y las obras. Sin embargo, con arreglo a esa propuesta, todas las disposiciones relativas exclusivamente a la contratación de servicios se colocarían en una parte separada de la Ley

Modelo y serían distintas de las relativas a los bienes y la construcción, pero seguirían sujetas a las disposiciones relacionadas con los métodos de contratación comunes a los bienes y la construcción y a los servicios.

90. Prevalció, con todo, la opinión de que, por lo menos en ese momento, sería preferible seguir un enfoque en el artículo 16 y en el resto del capítulo II que consolidara en una sola sección de la Ley Modelo todas las normas en cuanto al tipo de método de contratación que se utilizaría, con prescindencia de si la contratación correspondía a bienes, obras o servicios. Se estimó que ese enfoque era aceptable dentro de la actual estructura de la Ley Modelo y limitaría la medida en que se alteraría dicha estructura mediante la adición de los servicios. Se convino en que se vería si ese enfoque unificado era viable a medida que el Grupo de Trabajo continuara su examen del resto del capítulo II, incluida en particular la forma en que se formularan las condiciones para utilizar los distintos métodos de contratación.

91. En cuanto al fondo del párrafo 3) del artículo 16, en su deliberación el Grupo de Trabajo hizo hincapié en los posibles medios por conducto de los cuales podrían hacerse más estrictas las normas allí contenidas respecto del acceso a los métodos de contratación de servicios distintos de los procedimientos especiales estatuidos en el artículo 39 *bis*. En cuanto al inciso *a*), que estipulaba las condiciones en las cuales se autorizaría el uso de la licitación para la contratación de servicios, se sugirió que se suprimieran las palabras "y, habida cuenta de la índole de los servicios que han de contratarse, sería más apropiado que se convocara a licitación", de modo que la licitación fuera obligatoria cuando fuera posible formular especificaciones detalladas.

92. Análogamente se sugirió que debía hacerse más estricto en el inciso *b*) el acceso a los tres métodos estipulados en el artículo 17. El texto que el Grupo de Trabajo tenía ante sí estaba en consonancia con la decisión que había adoptado en su 16.º período de sesiones de que el empleo de los métodos del artículo 17 en la contratación de servicios no debía estar subordinado a las condiciones establecidas en ese artículo. Se sugirió que, en vista del considerable nivel de detalle que se había incorporado al artículo 39 *bis* en el período de sesiones en curso, sería apropiado establecer condiciones para utilizar los métodos del artículo 17 a los efectos de la contratación de servicios. La condición principal, aunque quizás no la única, sería la condición que se enunciaría en el inciso *a*) del párrafo 1) del artículo 17 de que no fuera viable formular especificaciones detalladas. Se mencionó también la posibilidad de aplicar la condición estipulada en el inciso *c*) del párrafo 1) del artículo 17 (interés para la defensa o la seguridad nacionales), así como la condición estipulada en el párrafo 2) del artículo 17 (utilización de la negociación competitiva en casos de urgencia).

93. En las deliberaciones se mencionó la posibilidad de que la ampliación del artículo 39 *bis* hubiera eliminado enteramente la necesidad de que los métodos del artículo 17 se pudieran utilizar para la contratación de servicios. Se

observó a ese respecto que los procedimientos estipulados en los párrafos 12) y 13) eran muy similares a la solicitud de propuestas y a la negociación competitiva respectivamente, por lo cual el inciso b) del párrafo 3) del artículo 16 era innecesario. En consecuencia, se instó al Grupo de Trabajo a que tuviera muy seriamente en cuenta la confusión e incertidumbre que se podría crear en los órganos legislativos y en las entidades adjudicadoras si para la contratación de servicios la Ley Modelo contenía no sólo el artículo 39 *bis*, que en sí hacía referencia a tres "procedimientos de selección" distintos, sino también los métodos de contratación del artículo 17, pues bien podría ocurrir que el Estado que promulgara la Ley Modelo incorporara también en su ordenamiento interno todas esas disposiciones.

94. Tras una deliberación, prevalecieron en el Grupo de Trabajo algunas opiniones sobre los aspectos que se habían examinado. Se estimó que el inciso a) del párrafo 3) debía mantenerse esencialmente en su forma actual, habida cuenta de los casos en los cuales podría ser viable formular especificaciones detalladas y en los que, sin embargo, la licitación sería, no obstante, el método más apropiado. Respecto del inciso b) del párrafo 3), prevaleció la opinión de que para la contratación de servicios deberían poder utilizarse los métodos de contratación del artículo 17. El Grupo de Trabajo examinó si sería posible prescindir de la referencia a la solicitud de propuestas con arreglo al artículo 38 incorporando en el artículo 39 *bis* una disposición en el sentido de que el procedimiento de publicidad no confería el derecho a que la propuesta fuera evaluada. En la Ley Modelo figuraba una disposición de ese tipo respecto del procedimiento de publicidad en la solicitud de propuestas (párrafo 2) del artículo 38). Se criticó ese procedimiento, por un lado, porque contrariaba el carácter abierto del artículo 39 *bis* como principal método de contratación de servicios y, por el otro, por considerarse que era innecesario en vista del requisito del umbral estipulado en el inciso a) del párrafo 11) del artículo 39 *bis*. En el debate se dijo también que la necesidad de mantener el sencillo procedimiento de la negociación competitiva para casos excepcionales se había acentuado al transformarse el artículo 39 *bis* en un procedimiento relativamente complejo. Se señaló, además, que el Acuerdo del GATT sobre Compras del Sector Público reconocía la negociación competitiva. Sin embargo, el Grupo de Trabajo convino en modificar la disposición existente en el inciso b) del párrafo 3) en el sentido de que los métodos del artículo 17 sólo podrían utilizarse si se cumplían las condiciones requeridas para su uso.

95. El Grupo de Trabajo examinó una propuesta tendiente a trasladar el párrafo 4) del artículo 16 al artículo 11, pero decidió no darle curso. Esa propuesta se fundaba en el deseo de impartir más concisión al texto en vista de que los requisitos relativos al expediente de contratación se estipulaban con detalle en el artículo 11. Se hizo ver que la disposición se había incorporado en esa parte del texto de la Ley Modelo aprobada por la Comisión a fin de atribuir un lugar prominente a los requisitos relativos al expediente de contratación, aplicando así un estilo intencionalmente repetitivo que ya se había empleado en otras partes de la Ley Modelo.

*Artículo 17. Condiciones para la licitación en dos etapas, la solicitud de propuestas o la negociación competitiva*

*Párrafo 1)*

96. Se propuso suprimir la referencia en el inciso b) a la obtención de un prototipo. Se señaló que el requisito de que los contratos para fines de investigación en cuestión fueran los que estaban encaminados a la obtención de un prototipo se había añadido a fin de que esos contratos para fines de investigación cayeran dentro del ámbito de aplicación de la Ley Modelo, que no se refería a los servicios, esfera en la que bien podía decirse que correspondía clasificar a dichos contratos. El Grupo de Trabajo convino en que, dado que se ampliaría el ámbito de la Ley Modelo a fin de incluir los servicios, no era apropiada la referencia a la obtención de un prototipo, ya que los contratos para fines de investigación se podrían adjudicar conforme a la Ley Modelo enmendada, ya fuera como contratos para la obtención de bienes cuando se estuviera elaborando un prototipo o, en los demás casos, como contratos de servicio. Se hizo ver que en el inciso e) del artículo 20 podría suprimirse una disposición similar respecto de los contratos para fines de investigación adjudicados mediante la contratación con un solo proveedor o contratista.

97. El Grupo de Trabajo tomó nota de que se enmendaría la remisión al artículo 33 que figuraba en el inciso d) a fin de que la remisión se hiciera al artículo 11 *bis*.

*Párrafo 2)*

98. No se formularon observaciones respecto del párrafo 2).

*Artículo 18. Condiciones para el procedimiento de licitación restringida*

99. No se formularon observaciones respecto del artículo 18.

*Artículo 19. Condiciones para la solicitud de cotizaciones*

100. No se formularon comentarios sustantivos respecto del artículo 19. Se pidió, con todo, al grupo de redacción que examinara la formulación actual con miras a armonizar mejor con los servicios.

*Artículo 20. Condiciones para la contratación con un solo proveedor o contratista*

*Párrafo 1)*

101. El Grupo de Trabajo tomó nota de que la referencia a la "índole singular" de los servicios se había incorporado en los incisos a) y d) con objeto de atender a la inquietud manifestada acerca de la necesidad de destacar el carácter excepcional, en el contexto de los servicios, del uso de la contratación con un solo proveedor o contratista por esas razones (A/CN.9/389, párrs. 101 a 104). Se convino, sin

embargo, en que el texto adicional no lograba el grado deseado de claridad y debía suprimirse. Se preguntó por qué la disposición debía destacar que los servicios podían tener una índole singular, ya que también se podía atribuir una índole singular a los bienes o a las obras. Se señaló, también, que el texto que se había añadido acaso no tuviera ningún significado adicional ya que, en cierto sentido, de todos los servicios se podía decir que eran de índole singular.

102. El Grupo de Trabajo tomó nota de que en los incisos *b)* y *c)* se incorporaría una referencia a los servicios. Se planteó la cuestión de si sería apropiada la idea de "compatibilidad" a la que se hacía referencia en el inciso *d)* como razón para adquirir más servicios del mismo proveedor o contratista.

#### *Párrafo 2)*

103. No se formularon observaciones respecto del párrafo 2).

### Capítulo III. Proceso de licitación

#### *Artículos 21 a 24*

104. No se formularon observaciones respecto de los artículos 21 a 24, titulados: Licitación nacional; Procedimientos de convocatoria a licitación o a la precalificación; Contenido de la convocatoria a licitación o a la precalificación, y Entrega del pliego de condiciones.

#### *Artículo 25. Contenido del pliego de condiciones*

105. Se tomó nota de que en el inciso *h)* las palabras "de los bienes o de las obras" debían sustituirse por las palabras "de los bienes, las obras o los servicios".

#### *Artículos 26 a 35*

106. No se formularon observaciones respecto de los artículos 26 a 35, titulados: Aclaraciones y modificaciones del pliego de condiciones; Idioma de las ofertas; Presentación de las ofertas; Plazo de validez de las ofertas; modificación y retirada de las ofertas; Garantías de la oferta; Apertura de las ofertas; Examen, evaluación y comparación de las ofertas; Prohibición de negociaciones con los proveedores o contratistas; Rechazo de todas las ofertas, y Aceptación de una oferta y entrada en vigor del contrato.

### Capítulo IV. Otros métodos de contratación pública

#### *Artículo 36. Licitación en dos etapas*

107. El Grupo de Trabajo convino en una sugerencia, que remitió al grupo de redacción, de que en el párrafo 2) se dispusiera que, de ser pertinente, en el pliego de condiciones se solicitara la demostración de las calificaciones profesionales de los proveedores de servicios.

108. En relación con el párrafo 3) el Grupo de Trabajo convino en que sería útil aclarar que las negociaciones de

las que se hacía mención formaban parte de la primera etapa de la licitación en dos etapas.

#### *Artículo 37. Procedimiento de licitación restringida*

109. No se formularon observaciones respecto del artículo 37.

#### *Artículo 38. Solicitud de propuestas*

110. El Grupo de Trabajo solicitó al grupo de redacción que en el párrafo 2) y en el inciso *a)* del párrafo 3) agregara la palabra "profesional" de modo que esas disposiciones concordaran con el texto de otras disposiciones similares.

#### *Artículos 39 a 41*

111. No se formularon observaciones respecto de los artículos 39 a 41, titulados: Negociación competitiva, Solicitud de cotizaciones y Contratación con un solo proveedor o contratista.

### Capítulo V. Vías de recurso

#### *Artículo 42. Recurso de reconsideración*

112. El Grupo de Trabajo convino que en el inciso *a)* del párrafo 2) debía aclararse que, en la contratación de servicios, la decisión sobre el proceso de selección conforme al párrafo 10) del artículo 39 *bis* no estaría sujeta a recurso de reconsideración.

113. El Grupo de Trabajo convino, asimismo, en que en el inciso *e)* del párrafo 2) también debía hacerse referencia al artículo 39 *ter*.

#### *Artículos 43 a 47*

114. No se formularon observaciones respecto de los artículos 43 a 47, titulados: Reconsideración por la entidad adjudicadora (o por la autoridad que dio su aprobación); Recurso administrativo jerárquico; Normas aplicables a los recursos previstos en el artículo 43 [y en el artículo 44]; Suspensión del proceso de contratación, y Recurso contencioso-administrativo.

## III. INFORME DEL GRUPO DE REDACCIÓN

#### *Artículo 2. Definiciones*

115. Se convino en incluir en el inciso *d)* (definición de "obras") una referencia al valor de los servicios accesorios a fin de ajustar la redacción a la disposición análoga contenida en la definición de "bienes".

#### *Artículo 9. Forma de las comunicaciones*

116. Se convino en incluir una referencia a las disposiciones contenidas en el capítulo relativo a los servicios a que se aplica el párrafo 2) del artículo 9.

*Artículo 11. Expediente del proceso de contratación*

117. Se observó que en el inciso *d)* del párrafo 1) era preciso indicar debidamente que, conforme se había planteado antes en los debates sobre el artículo 11 (véase el párrafo 44 *supra*), la entidad adjudicadora no conocía en todos los casos el precio, por ejemplo porque no se había abierto en el caso de una propuesta "en dos pliegos" el "pliego del precio", o porque no se había establecido un precio con respecto a una propuesta determinada. Se dijo que la entidad adjudicadora no tendría siempre la información que debía incluirse en el expediente de conformidad con el inciso *d)* del párrafo 1). Tras algunas deliberaciones, el Grupo de Trabajo convino en añadir al final del párrafo una frase del tenor de "si son conocidos por la entidad adjudicadora".

*Artículo 11 ter. Entrada en vigor del contrato adjudicado*

118. Tomando nota de su decisión anterior de aplazar la decisión sobre el artículo 11 *ter* hasta después del examen del artículo 39 *bis* (véase el párrafo 47 *supra*), el Grupo de Trabajo consideró la observación de que la referencia contenida en el artículo 11 *ter* a los "documentos" en que se soliciten ofertas podría interpretarse como una referencia al "pliego de condiciones" en los procedimientos de licitación. Dado que no habría ese tipo de documentos en todos los procedimientos de contratación pública, en particular en los casos de contratación con un solo proveedor o contratista y de solicitud de cotizaciones, se decidió utilizar una expresión más general, como "en el momento de solicitarse", a fin de tener en cuenta los casos en que la licitación pudiera hacerse oralmente.

*Artículo 39 bis. Solicitud de propuestas*

119. El Grupo de Trabajo convino en que los términos "convocatoria a la presentación de propuestas" y "convocatoria a la precalificación" se sustituyeran por "un aviso en que se soliciten expresiones de interés en la presentación de propuestas o en la precalificación".

*Artículo 39 ter. Contenido de la solicitud de propuestas de servicios*

120. Se sugirió que el inciso *d)* era innecesario, ya que no era preciso especificar el lugar, la fecha o la hora de apertura de las propuestas en la contratación de servicios. Se dijo que esto se debía a que las propuestas no se abrirían generalmente en presencia de los proveedores o contratistas. No se aceptó una propuesta tendiente a exigir en cambio una comunicación previa del momento de conclusión del proceso de selección previsto en razón de que, en algunos procedimientos de selección, en particular en los que entrañaran negociaciones, sería difícil indicar por adelantado cuándo terminaría el proceso de selección. Se sugirió también la posibilidad de comunicar previamente el momento previsto de terminación del proceso de selección con arreglo al párrafo 2) del artículo 39 *sexies* y el momento previsto de inicio de las negociaciones para los procedimientos previstos en los párrafos 3) y 4) del artículo 39

*sexies*. Tras algunas deliberaciones, el Grupo de Trabajo decidió suprimir el inciso *d)*.

121. En el inciso *h)*, el Grupo de Trabajo decidió añadir las palabras "en la medida en que se conozcan" después de las palabras "que hayan de prestarse" para reflejar el hecho de que la entidad adjudicadora no conocería en todos los casos la naturaleza exacta ni todas las características de los servicios que se necesitaban. Por las mismas razones, se convino en que, dado que en algunos casos la entidad adjudicadora solicitaría de hecho propuestas relativas a formas posibles de satisfacer sus necesidades, era preciso reflejar esa posibilidad.

122. Se señaló que, dado que el precio no era siempre un criterio pertinente en la contratación de servicios, debía indicarse claramente que los incisos *j)* y *k)* sólo eran aplicables en la medida en que el precio de la propuesta era un criterio pertinente.

*Artículo 39 quater. Criterios para la evaluación de las propuestas*

123. El Grupo de Trabajo convino en que se hiciera en el inciso *a)* del párrafo 1) una referencia al personal que participaría en la prestación de los servicios.

*Artículo 39 sexies. Procedimientos para la selección*

124. El Grupo de Trabajo convino en que debería incluirse una disposición relativa al requisito de que se dejara constancia de las razones y las circunstancias de la selección de un procedimiento de selección determinado en el expediente de la contratación.

125. En un nuevo examen de su decisión anterior de incluir una disposición relativa al uso de grupos de expertos o jurados para la selección (véanse los párrafos 74 a 76 *supra*), el Grupo de Trabajo consideró si el inciso *b)* del párrafo 1) debería referirse a la función que tendría el grupo de expertos en el procedimiento de selección. Se dijo a este respecto que la práctica difería de Estado en Estado en cuanto a si esos grupos desempeñaban solamente una función consultiva o podían también encargarse de adoptar las decisiones relativas a la adjudicación del contrato. Se sugirió que podrían plantearse problemas si se recomendaba en la Ley Modelo un enfoque en contravención de los procedimientos establecidos en el Estado promulgante y que la cuestión podría dejarse librada a los reglamentos de contratación. Tras algunas deliberaciones, la opinión predominante fue que la cuestión de la función exacta de los grupos encargados de la selección quedaría a cargo de la entidad adjudicadora. El Grupo de Trabajo decidió mantener el párrafo cambiando solamente la palabra "independiente" por "imparcial".

126. La opinión general fue que debería volverse a redactar el inciso *a)* del párrafo 2) para indicar claramente que tanto el establecimiento de un umbral como la calificación se harían de conformidad con los criterios distintos del precio para la evaluación de las propuestas y que esos criterios incluirían, de conformidad con el inciso *b)* del

párrafo 1) del artículo 39 *quater*, la eficacia de la propuesta para satisfacer las necesidades de la entidad adjudicadora.

127. En el apartado ii) del inciso b) del párrafo 2), el Grupo de Trabajo decidió añadir una expresión tal como "distintos del precio" después de la palabra "criterios".

128. El Grupo de Trabajo, al reanudar su examen de la cuestión relativa al ámbito de las negociaciones con arreglo al inciso b) del párrafo 4) (véanse los párrafos 81 y 82 *supra*), decidió que sería preferible en esa etapa eliminar las palabras "o algún otro aspecto". Se sugirió al mismo tiempo que se indicara a la Comisión que el ámbito de las negociaciones con arreglo al inciso b) del párrafo 4) era una cuestión que tal vez quisiera considerar más a fondo.

129. Como cuestión de edición, se expresó la opinión de que podría ponerse de relieve el hecho de que se daba a la entidad adjudicadora la posibilidad de elegir entre varios procedimientos mediante la inclusión en el artículo de epígrafes como "opción 1, etc." antes de cada uno de los párrafos 2), 3) y 4).

*Artículo 17. Condiciones para la licitación en dos etapas, la solicitud de propuestas o la negociación competitiva*

130. Se convino en que en el encabezamiento del inciso a) del párrafo 1), la prueba con respecto a la contratación de servicios debería ser la imposibilidad de identificar las características de los servicios que habrían de prestarse con arreglo al inciso h) del artículo 39 *ter*. En los debates relativos a esta decisión se observó que la nueva redacción podría dejar sin resolver la cuestión de la relación con la norma contenida en el párrafo 3) del artículo 16, en que una de las condiciones para el uso de licitación en el caso de los servicios era si era posible formular especificaciones detalladas.

#### IV. LABOR FUTURA

131. Tras concluir sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo observó que el texto de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, que reflejaba las deliberaciones y las decisiones del Grupo de Trabajo en su actual período de sesiones, se transmitiría a la Comisión para que lo examinara en su 27.º período de sesiones (Nueva York, 31 de mayo a 17 de junio de 1994). Se señaló que ese período de sesiones brindaría una oportunidad de tener en cuenta más detenidamente las opiniones que se habían expresado en el actual período de sesiones del Grupo de Trabajo, en particular con respecto a la estructura de las enmiendas a la Ley Modelo, dado que no se había adoptado una decisión definitiva sobre la forma.

132. El Grupo de Trabajo señaló la importancia especial que tendría la Guía para la Promulgación en vista de la inclusión de disposiciones sobre la contratación de servicios, ya que ésta era una esfera en rápido desarrollo y de importancia cada vez mayor en la que muchos órganos legislativos y gobiernos tenían una experiencia relativamente limitada. El Grupo de Trabajo observó que el poco

tiempo disponible antes del 27.º período de sesiones de la Comisión podría hacer difícil que la Secretaría preparara proyectos de enmiendas a la Guía para la Promulgación en que se tuviera en cuenta la inclusión de los servicios. Al mismo tiempo, expresó la esperanza de que los proyectos de enmiendas que se presentarían a la Comisión estuvieran básicamente completos a fin de permitir la aprobación simultánea de la Ley Modelo enmendada y la Guía para la Promulgación revisada.

#### Anexo

### [PROYECTO DE LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE BIENES, OBRAS Y SERVICIOS]

#### Preámbulo

CONSIDERANDO que [el Gobierno] [el Parlamento] de . . . estima aconsejable reglamentar la contratación pública de bienes, obras y servicios a fin de promover los siguientes objetivos:

- a) Alcanzar una máxima economía y eficiencia en la contratación pública;
- b) Fomentar y alentar la participación de proveedores y contratistas en el proceso de contratación pública, en particular, cuando proceda, la de proveedores y contratistas sin distinción de nacionalidad, para promover de este modo el comercio internacional;
- c) Promover la competencia entre proveedores o contratistas para el suministro de los bienes, la realización de las obras o la prestación de los servicios que hayan de adjudicarse;
- d) Asegurar el trato justo e igualitario de todos los proveedores y contratistas;
- e) Promover la rectitud, la equidad y la confianza del público en el proceso de contratación; y
- f) Dar transparencia a los procedimientos previstos para la contratación pública,

ha decidido promulgar el texto de la siguiente Ley Modelo.

#### CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

##### Artículo 1. *Ámbito de aplicación*

- 1) La presente Ley será aplicable a toda operación de contratación pública efectuada por entidades adjudicadoras, salvo que en el párrafo 2) de este artículo se disponga otra cosa.
- 2) A reserva de lo dispuesto en el párrafo 3), la presente Ley no será aplicable a:
  - a) La adjudicación de contratos que revistan interés para la defensa o la seguridad nacionales;
  - b) La adjudicación de . . . (el Estado que promulgue la Ley podrá especificar otros contratos excluidos); o
  - c) La adjudicación de contratos de alguna categoría excluida por los reglamentos de contratación pública.
- 3) La presente Ley será aplicable a los tipos de contratación a que se hace referencia en el párrafo 2) de este artículo en los casos y en la medida en que la entidad adjudicadora así lo declare expresamente a los proveedores o contratistas en la convocatoria al proceso de contratación.

## Artículo 2. *Definiciones*

Para los fines de la presente Ley:

a) Por "contratación pública" se entenderá la obtención por cualquier medio de bienes, obras o servicios;

b) Por "entidad adjudicadora" se entenderá:

i) *Variante I*

Los departamentos, organismos, órganos u otras dependencias administrativas del Estado, o sus subdivisiones, que adjudiquen contratos, salvo . . . ; (y)

*Variante II*

Los departamentos, organismos, órganos u otras dependencias de ("la administración pública" o algún otro término utilizado para referirse al gobierno del Estado), o sus subdivisiones, que adjudiquen contratos, salvo . . . ; (y)

ii) (El Estado promulgante podrá indicar en este inciso y, de ser preciso, en incisos subsiguientes, otras entidades o empresas, o categorías de éstas, que hayan de incluirse en la definición de "entidad adjudicadora");

c) Por "bienes" se entenderán los objetos de cualquier índole, incluyendo las materias primas, los productos, el equipo, otros objetos en estado sólido, líquido o gaseoso y la electricidad, así como los servicios accesorios al suministro de esos bienes, siempre que el valor de los servicios no exceda del de los propios bienes (el Estado promulgante podrá añadir otras categorías de bienes);

d) Por "obras" se entenderán todos los trabajos relacionados con la construcción, reconstrucción, demolición, reparación o renovación de edificios, estructuras o instalaciones, como la preparación del terreno, la excavación, la erección, la edificación, la instalación de equipo o materiales, la decoración y el acabado, así como los servicios accesorios a esos trabajos, como la perforación, la labor topográfica, la fotografía por satélite, los estudios sísmicos y otros servicios similares estipulados en el contrato a que se refiere la adjudicación, si el valor de esos servicios no excede del de las propias obras;

d bis) Por "servicios" se entenderá cualquier objeto de la contratación que no sea bienes ni obras (el Estado promulgante podrá especificar ciertas categorías de servicios);

e) Por "proveedor o contratista" se entenderá la entidad a la que pueda adjudicarse o se haya adjudicado, según el caso, un contrato con la entidad adjudicadora;

f) Por "contrato adjudicado" se entenderá el contrato entre la entidad adjudicadora y un proveedor o contratista que resulte del proceso de adjudicación;

g) Por "garantía de licitación" se entenderá la que ha de darse a la entidad adjudicadora en garantía del cumplimiento de cualquiera de las obligaciones mencionadas en el inciso f) del párrafo 1 del artículo 30, y podrá darse en forma de garantía bancaria, caución, carta de crédito contingente, cheque bancario, depósito en efectivo, pagaré o letra de cambio;

h) El término "moneda" comprende las unidades monetarias de cuenta.

## Artículo 3. *Obligaciones internacionales del Estado relativas a la contratación pública [y acuerdos intergubernamentales en el interior (del Estado)]*

En la medida en que la presente Ley entre en conflicto con una obligación del Estado nacida o derivada de:

a) Un tratado u otra forma de acuerdo en el que sea parte con uno o más Estados,

b) Un acuerdo concertado por el Estado con una institución financiera internacional de carácter intergubernamental, o

c) Un acuerdo entre el Gobierno federal de [nombre del Estado federal] y una de sus subdivisiones o entre dos o más de sus subdivisiones,

prevalecerán las exigencias impuestas por ese tratado o acuerdos, si bien, en todos los demás aspectos, la contratación pública se regirá por la presente Ley.

## Artículo 4. *Reglamentación de la contratación pública*

El [La] . . . (el Estado promulgante indicará el órgano o la autoridad competente) estará facultado(a) para promulgar una reglamentación de la contratación pública que tenga por finalidad cumplir los objetivos y poner en práctica las disposiciones de la presente Ley.

## Artículo 5. *Acceso del público a los textos normativos*

Los textos de la presente Ley y el reglamento de la contratación pública, así como todas las decisiones y directrices administrativas de aplicación general referentes a contratos cuya adjudicación se rija por la presente Ley, y todas las enmiendas de esos textos, serán puestos sin demora a disposición del público y sistemáticamente actualizados.

## Artículo 6. *Condiciones exigibles a los proveedores o contratistas*

1) a) El presente artículo será aplicable a la apreciación que en cualquier etapa del proceso de contratación efectúe la entidad adjudicadora de las condiciones exigibles a los proveedores o contratistas;

b) Para poder participar en el proceso de contratación, los proveedores o contratistas deberán demostrar su idoneidad satisfaciendo aquellos de los siguientes criterios que la entidad adjudicadora considere apropiados en el proceso de contratación de que se trate:

i) Que poseen las calificaciones profesionales y técnicas, la competencia profesional y técnica, los recursos financieros, el equipo y demás medios físicos, la capacidad empresarial, la fiabilidad, la experiencia, la reputación y el personal necesarios para ejecutar el contrato adjudicado;

ii) Que tienen capacidad jurídica para firmar el contrato adjudicado;

iii) Que no son insolventes ni se encuentran en concurso de acreedores, en quiebra o en proceso de liquidación, y que sus negocios no han quedado bajo la administración de un tribunal o de un administrador judicial, sus actividades comerciales no han sido suspendidas ni se ha iniciado procedimiento judicial alguno contra ellos por cualquiera de las causas que anteceden;

iv) Que han cumplido sus obligaciones fiscales y han realizado sus aportaciones a la seguridad social en el Estado;

v) Que no han sido, ni ellos ni su personal directivo o ejecutivo, condenados por un delito relativo a su conducta profesional o fundado en una declaración falsa o fraudulenta acerca de su idoneidad para firmar un contrato adjudicado en los . . . años (el Estado promulgante fijará el plazo) anteriores al inicio del proceso de contratación, ni han sido descalificados en razón de un proceso de inhabilitación o de suspensión administrativa.

2) Sin perjuicio del derecho de los proveedores o contratistas a proteger su propiedad intelectual o sus secretos industriales, la entidad adjudicadora podrá pedir a los que participen en un proceso de contratación que suministren pruebas documentales apropiadas y otros datos que estime útiles para convencerse de que los proveedores o contratistas son idóneos de conformidad con los criterios a que se hace referencia en el inciso b) del párrafo 1).

3) Los requisitos que se fijen de conformidad con el presente artículo deberán enunciarse en la documentación de precalificación, de haberla, y en el pliego de condiciones u otros documentos en que se soliciten propuestas, ofertas o cotizaciones y serán aplicables por igual a todos los proveedores o contratistas. La entidad adjudicadora no impondrá criterio, requisito o procedimiento alguno para evaluar la idoneidad de proveedores o contratistas diferente de los previstos en el presente artículo.

4) La entidad adjudicadora evaluará la idoneidad de los proveedores o contratistas según los criterios y procedimientos que se señalen en los documentos de precalificación, de haberlos, y en el pliego de condiciones u otros documentos en que se soliciten propuestas, ofertas o cotizaciones.

5) A reserva de lo dispuesto en el párrafo 1) del artículo 8 y en el inciso d) del párrafo 4) del artículo 32, la entidad adjudicadora no establecerá criterio, requisito ni procedimiento alguno para la evaluación de la idoneidad de los proveedores o contratistas que discrimine contra o entre ellos o contra ciertas categorías de ellos en razón de la nacionalidad o que no sea objetivamente justificable.

6) a) La entidad adjudicadora descalificará a un proveedor o contratista si descubre en cualquier momento que la información presentada respecto de su idoneidad era falsa;

b) La entidad adjudicadora podrá descalificar a un proveedor o contratista si descubre en cualquier momento que la información presentada respecto de su idoneidad era sustancialmente incorrecta o sustancialmente incompleta;

c) En los casos en que no sea aplicable el inciso a) del presente párrafo, la entidad adjudicadora no podrá descalificar a un proveedor o contratista en razón de que la información presentada respecto de la idoneidad de ese proveedor o contratista era inexacta o incompleta en algún aspecto no sustancial. El proveedor o contratista podrá ser descalificado si no corrige sin demora esas deficiencias al ser requerido a ello por la entidad adjudicadora.

#### Artículo 7. *Precalificación*

1) La entidad adjudicadora podrá convocar a precalificación con miras a seleccionar proveedores o contratistas idóneos antes de que se presenten ofertas o propuestas en un proceso de contratación pública con arreglo al capítulo III o al capítulo IV. Las disposiciones del artículo 6 serán aplicables a la precalificación.

2) La entidad adjudicadora, cuando convoque a precalificación, deberá proporcionar la documentación correspondiente al proveedor o contratista que la solicite de conformidad con la invitación a la precalificación y que haya abonado el precio cobrado por esa documentación. El precio que la entidad adjudicadora podrá cobrar por la documentación de precalificación no podrá exceder del costo de su impresión y su distribución a los proveedores o contratistas.

3) La documentación de precalificación contendrá, por lo menos:

a) La información siguiente:

i) Instrucciones para preparar y presentar las solicitudes de precalificación;

ii) Un resumen de las principales cláusulas y condiciones del contrato que se haya de firmar como resultado del proceso de contratación pública;

iii) Los documentos probatorios y demás información que deban presentar los proveedores o contratistas para demostrar su idoneidad;

iv) La forma y el lugar de presentación de las solicitudes de precalificación y el plazo para la presentación, con indicación de fecha y hora. El plazo dejará tiempo suficiente a los proveedores y contratistas para preparar y presentar sus solicitudes, teniendo en cuenta las necesidades razonables de la entidad adjudicadora;

v) Cualquier otro requisito que fije la entidad adjudicadora de conformidad con la presente Ley y la reglamentación de la contratación pública en lo relativo a la preparación y presentación de las solicitudes de precalificación y al proceso de precalificación;

b) i) En el *procedimiento con arreglo al capítulo III*, la información que, según los incisos a) a e), h) y, si ya se conoce, j) del párrafo 1) del artículo 23, deba incluirse en la invitación a presentar ofertas;

ii) En el *procedimiento con arreglo al capítulo IV bis*, la información a que se hace referencia en los incisos a), c), si ya se conoce, f), g), p) y s) del artículo 41 ter;

4) La entidad adjudicadora dará respuesta a las solicitudes de aclaración de la documentación de precalificación que reciba de proveedores o contratistas con antelación razonable al vencimiento del plazo fijado para la presentación de las solicitudes de precalificación. La entidad adjudicadora responderá dentro de un plazo razonable que permita al proveedor o contratista presentar a tiempo su solicitud de precalificación. La respuesta a toda solicitud que quepa razonablemente prever que será de interés para otros proveedores o contratistas se comunicará, sin revelar el autor de la petición, a todos los proveedores o contratistas a quienes la entidad adjudicadora haya entregado la documentación de precalificación.

5) La entidad adjudicadora adoptará una decisión respecto de la idoneidad de cada uno de los proveedores o contratistas que se hayan presentado a la precalificación. Para llegar a esa decisión, la entidad adjudicadora aplicará exclusivamente los criterios enunciados en la documentación de precalificación.

6) La entidad adjudicadora comunicará sin demora a cada uno de los proveedores o contratistas que se hayan presentado a la precalificación si ha sido o no seleccionado y dará a conocer a quien lo solicite los nombres de todos los proveedores o contratistas que hayan sido preseleccionados. Únicamente los proveedores o contratistas preseleccionados podrán seguir participando en el proceso de contratación pública.

7) La entidad adjudicadora comunicará los fundamentos de su decisión a los proveedores o contratistas que no hayan sido preseleccionados y que lo soliciten, sin estar por ello obligada a precisar los motivos ni indicar las razones de su decisión.

8) La entidad adjudicadora podrá exigir al proveedor o contratista preseleccionado que vuelva a demostrar su idoneidad con arreglo a los mismos criterios que se utilizaron para preseleccionarlo. La entidad adjudicadora descalificará al proveedor o contratista que no vuelva a demostrar su idoneidad pese a haber sido requerido a hacerlo. La entidad adjudicadora notificará sin demora a cada proveedor o contratista de quien se exija que vuelva a demostrar su idoneidad si ha logrado o no hacerlo a satisfacción de la entidad adjudicadora.

### Artículo 8. Participación de proveedores y contratistas

1) Los proveedores o contratistas podrán participar en los procesos de contratación sin distinción alguna por razones de nacionalidad, salvo en los casos en que la entidad adjudicadora decida, por motivos especificados en las normas que rigen la contratación pública o de conformidad con otras normas legales, limitar la participación en el proceso de contratación por razones de nacionalidad.

2) La entidad adjudicadora que limite la participación por razones de nacionalidad con arreglo al párrafo 1) del presente artículo deberá incluir en el expediente del proceso de contratación una relación de los fundamentos y las circunstancias de su decisión.

3) La entidad adjudicadora, al dirigir su primera invitación a los proveedores o contratistas para que participen en el proceso de contratación, les señalará que podrán participar en ese proceso sin distinción alguna por razones de nacionalidad, y no podrá modificar posteriormente esa declaración. Sin embargo, si decide limitar la participación de conformidad con el párrafo 1) del presente artículo, incluirá una declaración en ese sentido en la invitación.

### Artículo 9. Forma de las comunicaciones

1) Sin perjuicio de otras disposiciones de la presente Ley ni de los requisitos de forma impuestos por la entidad adjudicadora al dirigir su primera invitación a los proveedores o contratistas para que participen en el proceso de contratación, los documentos, las notificaciones, las decisiones y las demás comunicaciones mencionadas en la presente Ley que la entidad adjudicadora o la autoridad administrativa haya de presentar a un proveedor o contratista o que un proveedor o contratista haya de presentar a la entidad adjudicadora se harán de tal forma que se deje constancia de su contenido.

2) Las comunicaciones entre los proveedores o contratistas y la entidad adjudicadora a que se hace referencia en los párrafos 4) y 6) del artículo 7, el párrafo 3) del artículo 11 bis, el inciso a) del párrafo 2) del artículo 29, el inciso d) del párrafo 1) del artículo 30, el párrafo 1) del artículo 32, el párrafo 1) del artículo 35, el párrafo 1) del artículo 37, el párrafo 3) del artículo 41 bis y los incisos b) a f) del párrafo 4) del artículo 41 sexies podrán hacerse por un medio que no deje constancia del contenido de la comunicación, con tal de que se dé seguidamente confirmación al destinatario por algún medio que deje constancia de la confirmación.

3) La entidad adjudicadora no discriminará contra ningún proveedor o contratista ni entre unos proveedores o contratistas y otros en razón de la forma en la cual transmitan o reciban documentos, notificaciones, decisiones o cualesquiera otras comunicaciones.

### Artículo 10. Documentos probatorios presentados por proveedores y contratistas

La entidad adjudicadora, cuando exija en el curso de un proceso de contratación la legalización de los documentos probatorios presentados por proveedores o contratistas para demostrar que cumplen las condiciones exigibles, no impondrá requisito alguno con respecto a esa legalización que no esté ya previsto en la legislación del Estado en la materia.

### Artículo 11. Expediente del proceso de contratación

1) La entidad adjudicadora llevará un expediente del proceso de contratación en que conste, por lo menos, la siguiente información:

a) Una breve descripción de los bienes, de las obras o de los servicios que serán objeto de la contratación o de la necesidad a que obedece la solicitud de propuestas o de ofertas;

b) Los nombres y direcciones de los proveedores o contratistas que hayan presentado ofertas, propuestas o cotizaciones, y el nombre y la dirección del proveedor o contratista con quien se haya formalizado el contrato y el precio que figure en éste;

c) La información relativa a las condiciones que cumplen o no cumplen los proveedores o contratistas que hayan presentado ofertas, propuestas o cotizaciones;

d) El precio o la base para determinar el precio y una reseña de las principales cláusulas y condiciones de cada oferta, propuesta o cotización y del contrato objeto de la adjudicación, si son conocidos por la autoridad adjudicadora;

e) Una reseña de la evaluación y la comparación de las ofertas, propuestas o cotizaciones, inclusive la aplicación de un margen de preferencia con arreglo al inciso d) del párrafo 4) del artículo 32 y al párrafo 2) del artículo 41 quater;

f) De haber sido rechazadas todas las ofertas con arreglo al artículo 11 bis, una enunciación de las razones de conformidad con el párrafo 1) de ese artículo;

g) En los procesos de contratación por un método distinto de la convocatoria a licitación en que no se haya adjudicado un contrato, una enunciación de las razones de ello;

h) De haber sido rechazada una oferta, propuesta o cotización con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13, la información prevista en ese artículo;

i) En la adjudicación de contratos por métodos distintos de la convocatoria a licitación, la declaración prevista en los párrafos 2) y 4) del artículo 16 de los motivos y circunstancias por los cuales la entidad adjudicadora haya seleccionado el método de contratación que utilizó;

i bis) En la adjudicación de contratos de servicios en virtud del capítulo IV bis, la declaración prevista en el inciso b) del párrafo 1 del artículo 41 sexies de los motivos y circunstancias por los que la entidad adjudicadora aplicó el procedimiento de selección utilizado;

j) En los procedimientos de adjudicación en que la entidad adjudicadora, de conformidad con el párrafo 1) del artículo 8, limite la participación de proveedores o contratistas por razones de nacionalidad, una declaración de los motivos y circunstancias por los cuales impone esa limitación;

k) Una reseña de las solicitudes de aclaración de la documentación de precalificación o del pliego de condiciones y de las respuestas a estas solicitudes, así como una reseña de las modificaciones que se hayan introducido en esos documentos.

2) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3) del artículo 31, las partes del expediente mencionadas en los incisos a) y b) del párrafo 1) del presente artículo se pondrán a disposición de cualquier persona que lo solicite después de la aceptación de una oferta, una propuesta o una cotización, según corresponda, o después de finalizado el procedimiento de contratación sin haberse adjudicado el contrato.

3) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3) del artículo 31, las partes del expediente a que se hace referencia en los incisos c) a g) y k) del párrafo 1) del presente artículo se pondrán a disposición de los proveedores o contratistas que lo soliciten que hayan presentado ofertas, propuestas o cotizaciones, o que se hayan presentado a la precalificación, una vez aceptada la oferta, propuesta o cotización o una vez concluido el proceso de contratación sin haberse adjudicado el contrato. Un tribunal competente podrá ordenar que se revelen en una etapa anterior las partes del expediente a que se hace referencia en los incisos c) a e) y k). No obstante, salvo mandamiento dictado por un tribunal compe-

tente, y con arreglo a las condiciones que imponga el mandamiento, la entidad adjudicadora no revelará:

a) Datos cuya revelación sea contraria a derecho, pueda obstaculizar la acción de la justicia, sea contraria al interés público, pueda ir en menoscabo de los intereses comerciales legítimos de las partes o sea contraria a una competencia leal; ni

b) Datos referentes al examen, a la evaluación y la comparación de las ofertas, propuestas o cotizaciones o a los precios contenidos en las ofertas, propuestas o cotizaciones fuera de la reseña a que se hace referencia en el inciso e) del párrafo 1).

4) La entidad adjudicadora no deberá indemnizar a los proveedores o contratistas por los daños y perjuicios sufridos meramente por el hecho de no llevar un expediente del proceso de contratación de conformidad con el presente artículo.

Artículo 11 bis. *Rechazo de todas las ofertas, propuestas o cotizaciones*

1) La entidad adjudicadora (con la aprobación de . . . (el Estado promulgante designará el órgano competente), y,) de estar ello previsto en el pliego de condiciones o en otros documentos en que se soliciten ofertas, propuestas o cotizaciones, podrá rechazar todas las ofertas, propuestas o cotizaciones en cualquier momento antes de aceptar una oferta, propuesta o cotización. La entidad adjudicadora comunicará a los proveedores o contratistas que hayan presentado ofertas, propuestas o cotizaciones y que lo soliciten las razones por las cuales haya rechazado todas las ofertas, propuestas o cotizaciones, pero no estará obligada a justificar esas razones.

2) La entidad adjudicadora no incurrirá en responsabilidad respecto de los proveedores o contratistas que hayan presentado ofertas, propuestas o cotizaciones por el solo hecho de actuar de conformidad con el párrafo 1) del presente artículo.

3) Se dará aviso sin demora del rechazo de todas las ofertas, propuestas o cotizaciones a todos los proveedores o contratistas que las hayan presentado.

Artículo 11 ter. *Entrada en vigor del contrato adjudicado\**

1) En los procedimientos de licitación, la aceptación de la oferta y la entrada en vigor del contrato adjudicado se harán de conformidad con el artículo 35.

2) En todos los demás métodos de contratación pública, la forma de entrada en vigor del contrato adjudicado se notificará a los proveedores o contratistas en el momento de solicitarse las ofertas, propuestas o cotizaciones.

Artículo 12. *Anuncio público de las adjudicaciones de contratos*

1) La entidad adjudicadora anunciará públicamente sin demora las adjudicaciones de contratos.

2) La reglamentación de contratación pública podrá disponer la manera en que se ha de efectuar el anuncio público previsto en el párrafo 1).

3) El párrafo 1) no será aplicable a las adjudicaciones en que el precio que figure en el contrato sea inferior a [. . .].

Artículo 13. *Incentivos ofrecidos por proveedores o contratistas*

La entidad adjudicadora (, con la aprobación de . . . (el Estado promulgante designará el órgano competente),) rechazará una

oferta, propuesta o cotización cuando el proveedor o contratista que la presentó ofrezca, dé o convenga en dar, directa o indirectamente, a una persona que sea o haya sido funcionario o empleado de la entidad adjudicadora o a otra autoridad pública una gratificación de cualquier tipo, una oferta de empleo o cualquier otro objeto de utilidad o de valor a título de incentivo en relación con un acto o una decisión de la entidad adjudicadora o de un procedimiento aplicado por ella en relación con el proceso de contratación. Ese rechazo de la oferta, propuesta o cotización, así como sus causas, será consignado en el expediente del proceso y comunicado sin demora al proveedor o contratista.

Artículo 14. *Reglas relativas a la descripción de los bienes, obras o servicios*

1) No se incluirá ni utilizará en la documentación de precalificación, en el pliego de condiciones ni en otros documentos en que se soliciten ofertas, propuestas o cotizaciones especificación, plano, dibujo ni diseño alguno que indique las características técnicas o de calidad de los bienes, las obras o los servicios que se hayan de contratar, ni los requisitos relativos a ensayos y métodos de prueba, formas de envasado y empleo de marcas o etiquetas o de certificados de conformidad, ni símbolos o terminología, o descripciones de servicios, que creen obstáculos, comprendidos obstáculos por razones de nacionalidad, a la participación de proveedores o contratistas en el proceso de contratación.

2) En la medida de lo posible, las especificaciones, los planos, los dibujos, los diseños y los requisitos o las descripciones de los servicios se basarán en las características objetivas, técnicas y de calidad de los bienes, las obras o los servicios que se hayan de contratar. No se exigirán ni mencionarán marcas comerciales, denominaciones, patentes, diseños, tipos, lugares de origen o productores determinados, salvo que no exista otro medio suficientemente preciso o inteligible de describir las características de los bienes, las obras o los servicios que se hayan de contratar y con tal de que se incluyan en la descripción las palabras "o su equivalente" u otra expresión similar.

3) a) Para formular las especificaciones, los planos, los dibujos y los diseños que hayan de incluirse en la documentación de precalificación, en el pliego de condiciones o en otros documentos en que se soliciten ofertas, propuestas o cotizaciones a fin de dar a conocer las características técnicas y de calidad de los bienes, las obras o los servicios que se hayan de contratar, se utilizarán, de haberlos, características, requisitos, símbolos y terminología normalizados;

b) Para formular las cláusulas y condiciones del contrato que haya de adjudicarse como resultado del procedimiento de contratación y para describir otros aspectos pertinentes de la documentación de precalificación, el pliego de condiciones y otros documentos en los que se soliciten ofertas, propuestas o cotizaciones, se tendrá debidamente en cuenta la utilización, de haberlas, de cláusulas comerciales normalizadas.

Artículo 15. *Idioma*

La documentación de precalificación, el pliego de condiciones y los demás documentos en los que se soliciten propuestas, ofertas o cotizaciones estarán redactados en . . . (el Estado promulgante indicará su idioma oficial o sus idiomas oficiales) (y en un idioma de uso corriente en el comercio internacional, excepto cuando:

a) El procedimiento de contratación se limite únicamente a proveedores o contratistas nacionales, de conformidad con el párrafo 1) del artículo 8, o

b) La entidad adjudicadora decida, dado el escaso valor de los bienes, obras o servicios que se han de contratar, que es probable que sólo estén interesados en ellos proveedores o contratistas nacionales).

\*El artículo 11 ter es nuevo.

## CAPÍTULO II. MÉTODOS DE CONTRATACIÓN Y CONDICIONES PARA SU APLICACIÓN

### Artículo 16. *Métodos de contratación*

1) Salvo que se disponga otra cosa en el presente capítulo, la entidad adjudicadora que desee adjudicar un contrato *de bienes o de obras* deberá hacerlo mediante convocatoria a licitación.

2) Para la contratación de bienes o de obras, la entidad adjudicadora sólo podrá aplicar un método de contratación pública distinto de la licitación de poderlo hacer a tenor de lo dispuesto en los artículos 17, 18, 19 ó 20.

3) Para la contratación de servicios, la entidad adjudicadora deberá aplicar los procedimientos enunciados en el capítulo IV bis, salvo que determine:

a) Que se pueden formular especificaciones detalladas y, habida cuenta de la índole de los servicios que han de contratarse, sería más apropiado que se convocara a licitación; o

b) Que sería más apropiado (, con la aprobación de . . . (el Estado promulgante designará el órgano competente),) aplicar uno de los métodos previstos en los artículos 17 a 20, siempre que se cumplan las condiciones para su aplicación.

4) La entidad adjudicadora consignará en el expediente requerido por el artículo 11 una declaración de los motivos y circunstancias por los que aplicó uno de los métodos de contratación previstos en el párrafo 2) o en los incisos a) o b) del párrafo 3).

### Artículo 17. *Condiciones para la licitación en dos etapas, la solicitud de propuestas o la negociación competitiva*

1) La entidad adjudicadora podrá (, con la aprobación de . . . (el Estado promulgante designará el órgano competente),) hacer una licitación en dos etapas con arreglo al artículo 36, una solicitud de propuestas de conformidad con el artículo 38 o una negociación competitiva de conformidad con el artículo 39 en las circunstancias siguientes:

a) Cuando la entidad adjudicadora no esté en condiciones de formular especificaciones detalladas de los bienes o las obras o, en el caso de los servicios, de identificar sus características y, con miras a llegar a la solución que mejor atienda a sus necesidades:

- i) Solicite ofertas o propuestas acerca de diversas posibilidades de atender a esas necesidades; o,
- ii) En razón de la índole técnica de los bienes o de las obras o en razón de la índole de los servicios, sea necesario que negocie con los proveedores o contratistas;

b) Cuando la entidad adjudicadora desee firmar un contrato para fines de investigación, experimentación, estudio o desarrollo, salvo que en el contrato se haya previsto la producción de bienes en cantidad suficiente para asegurar su viabilidad comercial o para amortizar los gastos de investigación y desarrollo;

c) Cuando la entidad adjudicadora haya de aplicar la presente Ley, de conformidad con el párrafo 3) del artículo 1, a un contrato que revista interés para la defensa o la seguridad nacionales y decida que el método seleccionado es el más apropiado para la contratación; o,

d) Cuando, habiéndose publicado una convocatoria a licitación, no se hayan presentado ofertas o la entidad adjudicadora haya rechazado todas de conformidad con el artículo 13, el párrafo 3) del artículo 32 o el artículo 11 bis y no sea probable, a juicio de la entidad adjudicadora, que una nueva convocatoria a licitación permita adjudicar un contrato.

2) La entidad adjudicadora podrá también (, con la aprobación de . . . (el Estado promulgante designará el órgano competente),) entablar una negociación competitiva cuando:

a) La necesidad de los bienes, las obras o los servicios sea tan urgente que resulte inviable entablar un proceso de licitación, siempre que las circunstancias que hayan dado lugar a la urgencia no sean previsibles para la entidad adjudicadora ni obedezcan a una conducta dilatoria de su parte; o,

b) Debido a una situación de catástrofe, la necesidad de los bienes, las obras o los servicios sea tan urgente que resulte inviable recurrir a otro método de contratación a causa del tiempo que ello requeriría.

### Artículo 18. *Condiciones para el procedimiento de licitación restringida*

La entidad adjudicadora podrá (, con la aprobación de . . . (el Estado promulgante designará el órgano competente),) cuando sea necesario por razones de economía y eficiencia, recurrir a la contratación mediante el procedimiento de licitación restringida de conformidad con el artículo 37, cuando:

a) Los bienes, las obras o los servicios, en razón de su gran complejidad o su carácter especializado, sólo puedan obtenerse de un número limitado de proveedores o contratistas; o

b) El tiempo y los gastos que requerirían el examen y la evaluación de un gran número de ofertas serían desproporcionados con respecto al valor de los bienes, las obras o los servicios que se hayan de contratar.

### Artículo 19. *Condiciones para la solicitud de cotizaciones*

1) La entidad adjudicadora podrá (, con la aprobación de . . . (el Estado promulgante designará el órgano competente),) solicitar cotizaciones, de conformidad con el artículo 40, cuando se trate de bienes o servicios de disponibilidad inmediata que no sean fabricados o prestados por encargo siguiendo sus propias especificaciones y que tengan un mercado establecido, con tal de que el monto estimado del contrato objeto de la adjudicación sea inferior al fijado en la reglamentación de la contratación pública.

2) La entidad adjudicadora no dividirá el objeto de la contratación en contratos separados a fin de poder hacer valer el párrafo 1) del presente artículo.

### Artículo 20. *Condiciones para la contratación con un solo proveedor o contratista*

1) La entidad adjudicadora (, con la aprobación de . . . (el Estado promulgante designará el órgano competente),) podrá contratar con un solo proveedor o contratista de conformidad con el artículo 41 cuando:

a) Los bienes, las obras o los servicios sólo puedan obtenerse de un determinado proveedor o contratista o un determinado proveedor o contratista goce de un derecho exclusivo respecto de ellos y no exista alternativa o sustituto razonable;

b) La necesidad de los bienes, de las obras o de los servicios sea tan urgente que resulte inviable entablar un proceso de licitación, o cualquier otro método de contratación pública, siempre que las circunstancias que hayan dado lugar a la urgencia no sean previsibles para la entidad adjudicadora ni obedezcan a una conducta dilatoria de su parte;

c) Debido a una situación de catástrofe, la necesidad de los bienes, las obras o los servicios sea tan urgente que resulte inviable recurrir a otro método de contratación a causa del tiempo que ello requeriría;

d) Habiendo adquirido ya bienes, equipo, tecnología o servicios de un proveedor o contratista, decida adquirir más productos

del mismo proveedor o contratista por razones de normalización o por la necesidad de asegurar su compatibilidad con los bienes, el equipo, la tecnología o los servicios que se estén utilizando, teniendo en cuenta si el contrato original sirvió para atender las necesidades de la entidad adjudicadora, el monto limitado del contrato propuesto en relación con el contrato original, si el precio es razonable y la inexistencia de alternativas adecuadas;

e) La entidad adjudicadora desee firmar un contrato para fines de investigación, experimentación, estudio o desarrollo, salvo que en el contrato se haya previsto la producción de bienes en cantidad suficiente para asegurar su viabilidad comercial o para amortizar los gastos de investigación y desarrollo; o,

f) La entidad adjudicadora haya de aplicar la presente Ley, de conformidad con el párrafo 3) del artículo 1, a un contrato que revista interés para la defensa o la seguridad nacionales y decida que el método seleccionado constituye el más apropiado para la adjudicación.

2) La entidad adjudicadora, con la aprobación de . . . (cada Estado designará el órgano competente), y previo anuncio público, dando oportunidad suficiente para formular observaciones, podrá contratar con un solo proveedor o contratista cuando la contratación con un determinado proveedor o contratista sea necesaria a efectos de la aplicación de los criterios enumerados en el apartado iii) del inciso c) del párrafo 4) del artículo 32 o del inciso d) del párrafo 1) del artículo 41 quarter, a condición de que no sea posible lograr el mismo efecto adjudicando el contrato a otro proveedor o contratista.

## CAPÍTULO III. PROCESO DE LICITACIÓN

### Sección I. Convocatoria a licitación y a precalificación

#### Artículo 21. *Licitación nacional*

En los procesos de contratación en que:

a) La participación esté limitada únicamente a proveedores o contratistas nacionales de conformidad con el párrafo 1) del artículo 8; o,

b) La entidad adjudicadora decida, en vista del escaso valor de los bienes, las obras o los servicios que se han de contratar, que es probable que únicamente proveedores o contratistas nacionales tengan interés en presentar ofertas, la entidad adjudicadora no estará obligada a aplicar los procedimientos enunciados en el párrafo 2) del artículo 22, los incisos h) e i) del párrafo 1) del artículo 23, los incisos c) y d) del párrafo 2) del artículo 23, los incisos j), k) y s) del artículo 25 y el inciso c) del párrafo 1) del artículo 30 de la presente Ley.

#### Artículo 22. *Procedimientos de convocatoria a licitación o a precalificación*

1) La entidad adjudicadora solicitará ofertas o, cuando corresponda, solicitudes de precalificación mediante la publicación de una convocatoria en . . . (el Estado promulgante indicará la gaceta u otra publicación oficial donde ha de aparecer la convocatoria).

2) La convocatoria a licitación o a precalificación deberá también publicarse, en un idioma de uso corriente en el comercio internacional, en un periódico de gran difusión internacional o en una publicación pertinente o una revista técnica o profesional de amplia circulación internacional.

#### Artículo 23. *Contenido de la convocatoria a licitación o a precalificación*

1) La convocatoria a licitación contendrá, por lo menos, la información siguiente:

- a) El nombre y la dirección de la entidad adjudicadora;
- b) La índole y la cantidad, así como el lugar de entrega, de los bienes que hayan de suministrarse, la índole y ubicación de las obras que hayan de efectuarse o la índole de los servicios y el lugar donde hayan de prestarse;
- c) El plazo conveniente o necesario para el suministro de los bienes o la terminación de las obras o el plazo o el calendario para la prestación de los servicios;
- d) Los criterios y procedimientos que se aplicarán para evaluar la idoneidad de proveedores o contratistas de conformidad con el inciso b) del párrafo 1) del artículo 6;
- e) Una declaración, que no podrá ser modificada ulteriormente, de que el proceso de contratación estará abierto a la participación de proveedores o contratistas sin distinción alguna por razones de nacionalidad o una declaración que limite la participación por razones de esa índole de conformidad con el párrafo 1) del artículo 8;
- f) La forma de obtener el pliego de condiciones y el lugar donde podrá obtenerse;
- g) El precio que cobre la entidad adjudicadora por el pliego de condiciones;
- h) La moneda y la forma de pago del precio del pliego de condiciones;
- i) El idioma o los idiomas en que podrá obtenerse el pliego de condiciones;
- j) El lugar y el plazo para la presentación de ofertas.

2) La convocatoria a precalificación contendrá, por lo menos, los datos a que se hace referencia en los incisos a) a e), g), h) y, si ya se conoce, j), del párrafo 1), así como los siguientes:

- a) La forma de obtener los documentos de precalificación y el lugar donde podrán obtenerse;
- b) El precio que cobre la entidad adjudicadora por la documentación de precalificación;
- c) La moneda y las condiciones de pago del precio de la documentación de precalificación;
- d) El idioma o los idiomas en que se podrá obtener la documentación de precalificación; y
- e) El lugar y el plazo para la presentación de las solicitudes de precalificación.

#### Artículo 24. *Entrega del pliego de condiciones*

La entidad adjudicadora entregará el pliego de condiciones a los proveedores o contratistas de conformidad con los trámites y requisitos indicados en la convocatoria a licitación. Si ha habido precalificación, la entidad adjudicadora entregará un ejemplar del pliego de condiciones a cada proveedor o contratista que haya sido seleccionado y pague el precio cobrado por él. El precio que la entidad adjudicadora podrá cobrar a los proveedores o contratistas por el pliego de condiciones no podrá exceder del costo de su impresión y su distribución a los proveedores o contratistas.

#### Artículo 25. *Contenido del pliego de condiciones*

El pliego de condiciones contendrá, por lo menos, la siguiente información:

- a) Instrucciones para preparar las ofertas;
- b) Los criterios y procedimientos que, conforme a lo dispuesto en el artículo 6, se aplicarán para evaluar la idoneidad de los proveedores o contratistas, así como para volver a demostrarla de conformidad con el párrafo 6) del artículo 32;
- c) Los requisitos en materia de documentos probatorios y demás datos que deban presentar los contratistas o proveedores para demostrar su idoneidad;

d) La índole y las características técnicas y de calidad que, conforme al artículo 14, deban tener los bienes, las obras o los servicios que se hayan de contratar, con indicación de, por lo menos, las especificaciones técnicas y los planos, dibujos o diseños que correspondan, la cantidad de los bienes, el lugar donde hayan de efectuarse las obras o donde hayan de prestarse los servicios y, si procede, el plazo conveniente o necesario en que hayan de entregarse los bienes, efectuarse las obras o prestarse los servicios;

e) Los criterios que habrá de emplear la entidad adjudicadora para determinar la oferta ganadora, así como cualquier margen de preferencia y cualquier criterio distinto del precio que haya de emplearse con arreglo a los incisos b), c) o d) del párrafo 4) del artículo 32 y el coeficiente relativo de ponderación correspondiente a cada uno de esos criterios;

f) Las cláusulas y condiciones del contrato, de ser conocidas por la entidad adjudicadora, y el formulario de contrato que hayan de firmar las partes, de haberlo;

g) De estar permitido presentar variantes de las características de los bienes, de las obras, de los servicios, de las cláusulas y condiciones del contrato o de otros requisitos fijados en el pliego de condiciones, una declaración en ese sentido y una descripción de la manera en que habrán de evaluarse y compararse las ofertas alternativas;

h) De estar permitido que los proveedores o contratistas presenten ofertas que correspondan únicamente a una parte de los bienes, de las obras o de los servicios que se han de contratar, una descripción de la parte o las partes correspondientes;

i) La forma en que habrá de expresarse el precio de las ofertas, así como una indicación de si ese precio habrá de incluir otros elementos distintos del costo de los bienes, de las obras o de los servicios, como gastos por concepto de transporte y seguros, derechos de aduana e impuestos que sean aplicables;

j) La moneda o las monedas en que habrá de expresarse el precio de las ofertas;

k) El idioma o los idiomas en que, de conformidad con el artículo 27, habrán de prepararse las ofertas;

l) Cualquier exigencia de la entidad adjudicadora relativa a la institución emisora, la índole, la forma, la cuantía y otras cláusulas y condiciones importantes de la garantía de la oferta que hayan de dar los proveedores o contratistas que presenten una oferta, así como a las garantías de ejecución del contrato adjudicado que haya de dar el proveedor o contratista que celebre el contrato adjudicado, tales como las garantías relativas a la mano de obra o los materiales;

m) Si un proveedor o contratista no puede modificar ni retirar su oferta antes de que venza el plazo para la presentación de ofertas sin perder su garantía de la oferta, una declaración en ese sentido;

n) La forma, el lugar y el plazo para la presentación de ofertas de conformidad con el artículo 28;

o) Los medios por los cuales los proveedores o contratistas podrán, de conformidad con el artículo 26, pedir aclaraciones respecto del pliego de condiciones, y una indicación de si la entidad adjudicadora se propone convocar, en esta ocasión, una reunión de proveedores o contratistas;

p) El plazo de validez de las ofertas, de conformidad con el artículo 29;

q) El lugar, la fecha y la hora de apertura de las ofertas, de conformidad con el artículo 31;

r) Los trámites para la apertura y el examen de las ofertas;

s) La moneda que se utilizará a efectos de evaluar y comparar las ofertas de conformidad con el párrafo 5) del artículo 32 y el tipo de cambio que se utilizará para la conversión a esa

moneda, o una indicación de que se utilizará el tipo de cambio publicado por determinada institución financiera vigente en determinada fecha;

t) Remisiones a la presente Ley, a la reglamentación de contratación pública o a cualquier otra disposición de derecho interno que sea directamente aplicable al proceso de contratación, en la inteligencia de que la omisión de cualquiera de esas remisiones no constituirá motivo suficiente para presentar un recurso con arreglo al artículo 42 ni dará lugar a responsabilidad por parte de la entidad adjudicadora;

u) El nombre, el cargo y la dirección de los funcionarios o empleados de la entidad adjudicadora que hayan sido autorizados para tener comunicación directa con los proveedores o contratistas en relación con el proceso de contratación sin intervención de un intermediario;

v) Las obligaciones que haya de contraer el proveedor o contratista al margen del contrato adjudicado, tales como las de comercio compensatorio o de transferencia de tecnología;

w) Una notificación del derecho de recurso previsto en el artículo 42 de la presente Ley contra los actos o decisiones ilícitos de la entidad adjudicadora o contra los procedimientos por ella aplicados en relación con el proceso de contratación;

x) Cuando la entidad adjudicadora se reserve el derecho a rechazar todas las ofertas de conformidad con el artículo 11 bis, una declaración en ese sentido;

y) Las formalidades que sean necesarias, una vez aceptada una oferta, para la validez del contrato adjudicado, inclusive, cuando corresponda, la firma de un contrato escrito de conformidad con el artículo 35 o la aprobación de una autoridad más alta o del gobierno y una estimación del tiempo que, una vez expedido el aviso de aceptación, se necesitará para obtener esa aprobación;

z) Cualquier otro requisito establecido por la entidad adjudicadora de conformidad con la presente Ley y la reglamentación de la contratación pública en relación con la preparación y presentación de ofertas y con otros aspectos del proceso de contratación.

#### Artículo 26. Aclaraciones y modificaciones del pliego de condiciones

1) Los proveedores o contratistas podrán solicitar a la entidad adjudicadora aclaraciones acerca del pliego de condiciones. La entidad adjudicadora dará respuesta a las solicitudes de aclaración que reciba dentro de un plazo razonable antes de que venza el fijado para la presentación de ofertas. La entidad adjudicadora responderá en un plazo razonable que permita al proveedor o contratista presentar a tiempo su oferta y comunicará la aclaración, sin indicar el origen de la solicitud, a todos los proveedores o contratistas a los cuales haya entregado el pliego de condiciones.

2) La entidad adjudicadora podrá, en cualquier momento antes de que venza el plazo para la presentación de ofertas y por cualquier motivo, sea por iniciativa propia o en razón de una solicitud de aclaración, modificar el pliego de condiciones mediante una adición, la cual será comunicada sin demora a todos los proveedores o contratistas a los cuales la entidad adjudicadora haya entregado el pliego de condiciones y será obligatoria para ellos.

3) La entidad adjudicadora, si convoca una reunión de proveedores o contratistas, levantará minutas de ella en las que se consignen las solicitudes de aclaración del pliego de condiciones que se hayan formulado, sin indicar al autor, y sus respuestas. Las minutas serán proporcionadas sin demora a los proveedores o contratistas a los cuales la entidad adjudicadora haya entregado el pliego de condiciones a fin de que puedan tenerlas en cuenta al preparar sus ofertas.

## Sección II. Presentación de las ofertas

### Artículo 27. Idioma de las ofertas

Las ofertas podrán ser formuladas y presentadas en el idioma en que se haya publicado el pliego de condiciones o en cualquier otro idioma que la entidad adjudicadora indique en el pliego de condiciones.

### Artículo 28. Presentación de las ofertas

1) La entidad adjudicadora fijará el lugar y una fecha y hora determinadas como plazo para la presentación de las ofertas.

2) La entidad adjudicadora, cuando publique con arreglo al artículo 26 una aclaración o modificación del pliego de condiciones o convoque una reunión de contratistas o proveedores, deberá, antes de que venza el plazo para la presentación de ofertas, prorrogar ese plazo si ello fuere necesario para dejar a proveedores o contratistas un margen de tiempo razonable a fin de tener en cuenta en sus ofertas la aclaración o modificación o las minutas de la reunión.

3) La entidad adjudicadora podrá, a su entera discreción, prorrogar el plazo para la presentación de ofertas, antes de su vencimiento, cuando resulte imposible para uno o más de los proveedores o contratistas, por circunstancias ajenas a su voluntad, presentar sus ofertas dentro del plazo.

4) Las prórrogas del plazo deberán ser notificadas sin demora a cada uno de los proveedores o contratistas a los cuales la entidad adjudicadora haya entregado el pliego de condiciones.

5) a) Salvo lo dispuesto en el inciso b), las ofertas deberán presentarse por escrito, firmadas y en sobre sellado;

b) Sin perjuicio del derecho de los proveedores o contratistas de presentar una oferta en la forma referida en el inciso a), 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;

c) La entidad adjudicadora dará a los contratistas y proveedores que lo soliciten un recibo en que consten la fecha y la hora de la presentación de su oferta.

6) Las ofertas que la entidad adjudicadora reciba una vez vencido el plazo para su presentación se devolverán sin abrir a los proveedores o contratistas que las hayan presentado.

### Artículo 29. Plazo de validez de las ofertas: modificación y retirada de las ofertas

1) Las ofertas tendrán validez durante el período indicado en el pliego de condiciones.

2) a) Antes de que venza el plazo de validez de las ofertas, la entidad adjudicadora podrá solicitar a los proveedores o contratistas una prórroga de duración determinada. El proveedor o contratista podrá denegar la solicitud sin perder por ello su garantía de la oferta y la validez de su oferta cesará al expirar el plazo de validez no prorrogado;

b) El proveedor o contratista que acepte prorrogar el plazo de validez de su oferta deberá prorrogar o negociar una prórroga del plazo de validez de su garantía de la oferta o presentar una nueva garantía de la oferta que comprenda el período de prórroga de validez de su oferta. Se considerará que el proveedor o contratista cuya garantía de la oferta no sea prorrogada o que no presente una garantía nueva ha denegado la solicitud de prórroga de la validez de su oferta.

3) A menos que en el pliego de condiciones se estipule otra cosa, el proveedor o contratista podrá modificar o retirar su oferta antes de que venza el plazo para presentarla sin perder por ello su garantía de la oferta. La modificación o el aviso de retirada de la oferta serán válidos siempre que la entidad adjudicadora los reciba antes de que venza el plazo fijado para la presentación de ofertas.

### Artículo 30. Garantías de la oferta

1) Cuando la entidad adjudicadora exija una garantía de la oferta al proveedor o contratista que presente una oferta:

a) Ese requisito será aplicable a todos los proveedores o contratistas;

b) En el pliego de condiciones se podrá estipular que el emisor de la garantía de la oferta y su confirmante, si lo hubiere, así como la forma y las cláusulas de esa garantía deben ser aceptables para la entidad adjudicadora;

c) No obstante lo dispuesto en el inciso que antecede, la entidad adjudicadora no podrá rechazar una garantía de la oferta aduciendo que no ha sido emitida por un emisor del Estado si la garantía de la oferta y el emisor satisfacen, por lo demás, los requisitos establecidos en el pliego de condiciones (, salvo que la aceptación de esa garantía de la oferta por la entidad adjudicadora sea contraria a la ley del Estado);

d) El proveedor o contratista, antes de presentar su oferta, podrá solicitar de la entidad adjudicadora que confirme que el emisor de la garantía de la oferta o, cuando proceda, el confirmante son aceptables; la entidad adjudicadora atenderá sin demora esa solicitud;

e) El hecho de que la entidad adjudicadora confirme que el emisor propuesto o, cuando proceda, el confirmante de la garantía son aceptables no obstará para que rechace la garantía de la oferta en razón de la insolvencia o falta de capacidad crediticia de uno u otro;

f) La entidad adjudicadora especificará en el pliego de condiciones los requisitos relativos al emisor y a la índole, la forma, la cuantía y otras cláusulas y condiciones fundamentales de la garantía de la oferta; los requisitos que tengan que ver directa o indirectamente con el comportamiento del proveedor o contratista que presente la oferta se referirán únicamente a:

i) La retirada o la modificación de la oferta una vez vencido el plazo para la presentación de ofertas o antes del vencimiento, si así se estipula en el pliego de condiciones;

ii) El hecho de no firmar el contrato adjudicado, previo requerimiento de la entidad adjudicadora;

iii) El hecho de no dar la garantía de cumplimiento del contrato que le sea requerida una vez aceptada la oferta o de no cumplir cualquier otra condición previa a la firma del contrato adjudicado que se haya especificado en el pliego de condiciones.

2) La entidad adjudicadora no reclamará el pago de la garantía de la oferta y devolverá o hará devolver sin demora el título de la garantía al proveedor o contratista que la haya presentado tan pronto como se dé la primera de las siguientes circunstancias:

a) La expiración de la garantía de la oferta;

b) La entrada en vigor del contrato adjudicado y la constitución de una garantía de cumplimiento del contrato, si el pliego de condiciones lo exige;

c) La terminación del proceso de licitación sin que haya entrado en vigor un contrato; o,

d) La retirada de la oferta antes de haber vencido el plazo para la presentación de ofertas, a menos que en el pliego de condiciones se estipule que no se permite tal retirada.

### Sección III. Evaluación y comparación de las ofertas

#### Artículo 31. Apertura de las ofertas

- 1) Las ofertas se abrirán en la fecha y la hora indicadas en el pliego de condiciones como plazo para la presentación de ofertas o al expirar cualquier prórroga de ese plazo, en el lugar y con las formalidades indicados en el pliego de condiciones.
- 2) 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.
- 3) El nombre y la dirección de cada proveedor o contratista cuya oferta sea abierta y el precio de esa oferta se anunciarán a los presentes en el acto de apertura y, previa solicitud, se comunicaran a los proveedores o contratistas que hayan presentado ofertas y no estén presentes ni representados en el acto de apertura; también se registrarán de inmediato en el expediente de la convocatoria a licitación previsto en el artículo 11.

#### Artículo 32. Examen, evaluación y comparación de las ofertas

1) a) La entidad adjudicadora, para facilitar el examen, la evaluación y la comparación de las ofertas, podrá solicitar que cualquier proveedor o contratista aclare la suya. No se solicitará, ofrecerá ni autorizará modificación alguna en cuanto al fondo de la oferta presentada, como una modificación del precio o una modificación que tienda a hacer conforme una oferta que no lo sea;

b) No obstante lo dispuesto en el inciso a) del presente párrafo, la entidad adjudicadora corregirá los errores meramente aritméticos que se descubran durante el examen de las ofertas. La entidad adjudicadora notificará prontamente la corrección al proveedor o contratista que haya presentado la oferta.

2) a) A reserva de lo dispuesto en el inciso b) del presente párrafo, la entidad adjudicadora únicamente podrá considerar conformes las ofertas que cumplan todos los requisitos enunciados en el pliego de condiciones;

b) La entidad adjudicadora podrá considerar conforme una oferta aun cuando contenga pequeñas diferencias que no entrañen mayor alteración ni se aparten de las características, cláusulas, condiciones y demás requisitos enunciados en el pliego de condiciones o aun cuando adolezca de errores u omisiones que se puedan corregir sin entrar en los elementos de fondo de la licitación. Las diferencias de esa índole serán cuantificadas, en la medida de lo posible, y debidamente ponderadas al evaluar y comparar las ofertas.

3) La entidad adjudicadora no aceptará una oferta:

- a) Cuando el proveedor o contratista que la haya presentado resulte no ser idóneo;
- b) Cuando el proveedor o contratista que la haya presentado no acepte la corrección de un error de cálculo de conformidad con el inciso b) del párrafo 1) del presente artículo;
- c) Cuando la oferta no sea conforme;
- d) En las circunstancias a que se hace referencia en el artículo 13.

4) a) La entidad adjudicadora evaluará y comparará las ofertas aceptadas a fin de determinar la oferta ganadora, con arreglo al inciso b) del presente párrafo, según los procedimientos y criterios enunciados en el pliego de condiciones. No se aplicará criterio alguno que no esté enunciado en el pliego de condiciones;

b) La oferta ganadora será:

- i) Aquella cuyo precio sea más bajo, a reserva de cualquier margen de preferencia que sea aplicable de conformidad con el inciso d) del presente párrafo; o,
- ii) Previa estipulación en el pliego de condiciones, aquella que sea calificada de más económica en función de criterios enunciados en el pliego de condiciones y que deberán ser en la medida de lo posible objetivos y cuantificables; en el proceso de evaluación se asignará a estos criterios un coeficiente relativo de ponderación o se hará una cuantificación en dinero, de ser posible;

c) La entidad adjudicadora, al determinar la oferta más económica de conformidad con el apartado ii) del inciso b) del presente párrafo, únicamente podrá tener en cuenta lo siguiente:

- i) El precio de la oferta, a reserva de cualquier margen de preferencia que sea aplicable según el inciso d);
- ii) El costo de la utilización, el mantenimiento o la reparación de los bienes o las obras, el plazo para la entrega de los bienes, la terminación de las obras o la prestación de los servicios, las características funcionales de los bienes o las obras, las condiciones de pago y las condiciones de las garantías ofrecidas respecto de los bienes, las obras o los servicios;
- iii) El efecto que tendría la aceptación de una oferta sobre la balanza de pagos y las reservas de divisas [del Estado], los acuerdos de comercio compensatorio ofrecidos por los proveedores o contratistas, la proporción de contenido local, desde el punto de vista de la fabricación y de la mano de obra y los materiales, que los proveedores o contratistas ofrezcan respecto de los bienes, las obras o los servicios, las perspectivas de desarrollo económico, de inversiones o de otras actividades comerciales que ofrezcan las ofertas, el fomento del empleo, la reserva de determinada parte de la producción a los proveedores internos, la transferencia de tecnología y el desarrollo de conocimientos especializados de gestión, científicos u operacionales [. . . (el Estado promulgante podrá ampliar la presente lista con otros criterios)]; y
- iv) Consideraciones de seguridad o defensa nacionales;

d) De estar autorizado por los reglamentos de la contratación pública, (y con la aprobación de . . . (el Estado promulgante designará el órgano competente).) la entidad adjudicadora, al evaluar y comparar las ofertas, podrá conceder un margen de preferencia a las ofertas de obras presentadas por contratistas nacionales, a las ofertas de bienes que vayan a ser producidos en el país o a las ofertas de servicios que vayan a ser prestados por proveedores nacionales. El margen de preferencia se calculará de conformidad con los reglamentos de contratación pública y quedará reflejado en el expediente del proceso de contratación.

5) A los efectos de la evaluación y comparación de las ofertas, los precios que estén expresados en dos o más monedas se deberán convertir a una misma moneda de acuerdo con el tipo expresado en el pliego de condiciones de conformidad con el inciso s) del artículo 25.

6) La entidad adjudicadora, haya habido o no precalificación conforme al artículo 7, podrá exigir al proveedor o contratista que haya presentado la oferta ganadora con arreglo al inciso b) del párrafo 4) del presente artículo que vuelva a demostrar su idoneidad mediante criterios y procedimientos que se ajusten a lo dispuesto en el artículo 6. Los criterios y procedimientos que se utilicen deberán estar enunciados en el pliego de condiciones. Si ha habido precalificación, los criterios que se utilicen deberán ser los mismos que se hayan aplicado en ella.

7) Cuando se pida con arreglo al párrafo precedente al proveedor o contratista que haya presentado la oferta ganadora

que vuelva a demostrar su idoneidad con arreglo al párrafo 6) del presente artículo, y éste no lo haga, la entidad adjudicadora rechazará esa oferta y seleccionará otra, de conformidad con el párrafo 4) del presente artículo, entre las ofertas restantes a reserva del derecho que le cabe, con arreglo al párrafo 1) del artículo 11 bis, de rechazarlas todas.

8) A reserva de lo dispuesto en el artículo 11, no se revelará información alguna relativa al examen, la aclaración, la evaluación o la comparación de ofertas a los proveedores o contratistas ni a ninguna otra persona que no haya intervenido oficialmente en el examen, la evaluación o la comparación o en la determinación de la oferta ganadora.

Artículo 33. *Rechazo de todas las ofertas* [trasladado al artículo 11 bis]

Artículo 34. *Prohibición de negociaciones con los proveedores o contratistas*

La entidad adjudicadora no celebrará negociación alguna con ningún proveedor o contratista respecto de la oferta que haya presentado.

Artículo 35. *Aceptación de una oferta y entrada en vigor del contrato*

1) A reserva de lo dispuesto en el párrafo 7) del artículo 32 y en el artículo 11 bis, se aceptará la oferta declarada ganadora de conformidad con el inciso b) del párrafo 4) del artículo 32. La aceptación será notificada sin demora al proveedor o contratista que haya presentado la oferta.

2) a) No obstante lo dispuesto en el párrafo 4) del presente artículo, se podrá exigir en el pliego de condiciones que el proveedor o contratista cuya oferta haya sido aceptada firme un contrato escrito en los términos de la oferta. En ese caso, la entidad adjudicadora (el ministerio competente) y el proveedor o contratista firmarán el contrato dentro de un plazo razonable contado a partir del momento en que se expida al proveedor o contratista el aviso previsto en el párrafo 1) del presente artículo;

b) A reserva de lo dispuesto en el párrafo 3) del presente artículo, cuando según el inciso precedente se requiera la firma de un contrato escrito, el contrato adjudicado entrará en vigor en el momento de su firma por el proveedor o contratista y por la entidad adjudicadora. Desde que se expida al proveedor o contratista el aviso previsto en el párrafo 1) del presente artículo y hasta que entre en vigor el contrato adjudicado, ni la entidad adjudicadora ni el proveedor o contratista adoptará medida alguna que pueda obstaculizar la entrada en vigor del contrato adjudicado o su cumplimiento.

3) Cuando en el pliego de condiciones se estipule que el contrato adjudicado tiene que ser aprobado por una autoridad más alta, éste no entrará en vigor mientras no se dé esa aprobación. En el pliego de condiciones se indicará una estimación del tiempo necesario, a partir de la expedición del aviso de aceptación de la licitación, para obtener la aprobación. El hecho de que la aprobación se demore más allá del plazo consignado en el pliego de condiciones no dará lugar a una prórroga del plazo de validez de las ofertas señalado en el pliego de condiciones conforme al párrafo 1) del artículo 29 ni del plazo de validez de las garantías de la oferta conforme al párrafo 1) del artículo 30.

4) A reserva de lo dispuesto en el inciso b) del párrafo 2) y en el párrafo 3) del presente artículo, el contrato adjudicado de conformidad con las cláusulas y condiciones de la oferta aceptada entrará en vigor al expedirse el aviso previsto en el párrafo 1) del

presente artículo 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.

5) Cuando el proveedor o contratista cuya oferta haya sido aceptada no firme la escritura del contrato adjudicado, si procede, o no proporcione una garantía del cumplimiento del contrato que le haya sido solicitada, la entidad adjudicadora declarará ganadora con arreglo al párrafo 4) del artículo 32 otra de las ofertas restantes que sigan siendo válidas, salvo que, conforme al párrafo 1) del artículo 11 bis, haga uso de su derecho de rechazar todas las ofertas restantes. Se dará al proveedor o contratista que haya presentado la oferta el aviso previsto en el párrafo 1) del presente artículo.

6) Cuando entre en vigor el contrato adjudicado y el proveedor o contratista presente una garantía de cumplimiento del contrato, si procede, se dará aviso de ello a los demás proveedores o contratistas, especificando el nombre y la dirección del adjudicatario y el precio que figure en el contrato adjudicado.

#### CAPÍTULO IV. OTROS MÉTODOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Artículo 36. *Licitación en dos etapas*

1) Las disposiciones del capítulo III de la presente Ley serán aplicables a la licitación en dos etapas, salvo en la medida en que se disponga otra cosa en el presente artículo.

2) En el pliego de condiciones se invitará a los proveedores o contratistas a que presenten en una primera etapa sus ofertas iniciales, en las que figurarán sus propuestas pero no el precio de la oferta. En el pliego de condiciones se podrá solicitar propuestas relativas a las características técnicas, de calidad o de otra índole de los bienes, las obras o los servicios, así como una indicación de las cláusulas y condiciones del contrato y, cuando corresponda, a la competencia y las calificaciones profesionales y técnicas de los proveedores y contratistas.

3) La entidad adjudicadora podrá, en la primera etapa, entablar negociaciones sobre cualquier aspecto de la oferta con cualquiera de los proveedores o contratistas cuya oferta no haya sido rechazada con arreglo al artículo 13, el párrafo 3) del artículo 32 o el artículo 11 bis.

4) En la segunda etapa, la entidad adjudicadora invitará a los proveedores o contratistas cuya oferta no haya sido rechazada a que presenten una oferta definitiva, con su precio, respecto de un conjunto único de especificaciones. Al formular esas especificaciones, la entidad adjudicadora podrá suprimir o modificar cualquier aspecto inicialmente enunciado en el pliego de condiciones de las características técnicas o de calidad de los bienes, las obras o los servicios que se han de contratar, así como cualquier criterio en el enunciado para la evaluación y comparación de las ofertas y para la determinación de la oferta ganadora y podrá enunciar nuevas características o criterios que sean conformes con la presente Ley. Las supresiones, modificaciones o adiciones respecto del pliego de condiciones serán comunicadas a los proveedores o contratistas en la invitación a presentar la oferta definitiva. El proveedor o contratista que no desee presentar una oferta definitiva podrá retirarse sin perder su garantía de la oferta, de haberla. Las ofertas definitivas deberán ser evaluadas y comparadas a fin de determinar la oferta ganadora conforme al inciso b) del párrafo 4) del artículo 32.

### Artículo 37. Procedimiento de licitación restringida

1) a) Cuando la entidad adjudicadora recurra al procedimiento de licitación restringida por los motivos mencionados en el inciso a) del artículo 18, deberá solicitar ofertas de todos los proveedores y contratistas de los que se puedan obtener los bienes, las obras o los servicios;

b) Cuando la entidad adjudicadora recurra al procedimiento de licitación restringida por los motivos mencionados en el inciso b) del artículo 18, deberá escoger a los proveedores o contratistas de los que se solicitarán ofertas de manera no discriminatoria y en número suficiente para garantizar una efectiva competencia.

2) Cuando la entidad adjudicadora recurra al procedimiento de licitación restringida, deberá hacer publicar un aviso del proceso de licitación restringida en . . . (el Estado promulgante indicará la gaceta u otra publicación oficial en la que se haya de publicar el aviso).

3) Lo dispuesto en el capítulo III de la presente Ley, con la excepción del artículo 22, se aplicará al proceso de licitación restringida, salvo en la medida en que se disponga otra cosa en el presente artículo.

### Artículo 38. Solicitud de propuestas

1) La entidad adjudicadora solicitará propuestas del mayor número de proveedores o contratistas pero, de ser posible, de un mínimo de tres.

2) La entidad adjudicadora publicará en un periódico de gran difusión internacional o en una publicación profesional o revista técnica sobre la materia de gran difusión internacional un anuncio a quienes tengan interés en presentar propuestas, salvo que por razones de economía o eficiencia no considere conveniente hacerlo; ese anuncio no conferirá derecho alguno a los proveedores o contratistas, ni siquiera el derecho a que su propuesta sea evaluada.

3) La entidad adjudicadora establecerá los criterios que habrán de tenerse en cuenta para evaluar las propuestas y determinará la ponderación relativa que se asignará a cada uno y la manera en que serán aplicados. Estos criterios se referirán a:

a) La competencia relativa, tanto técnica como de gestión, del proveedor o contratista;

b) Si la propuesta presentada por el proveedor o contratista sirve para atender las necesidades de la entidad adjudicadora; y

c) El precio cotizado por el proveedor o contratista en la propuesta y el costo del funcionamiento, el mantenimiento y la reparación de los bienes o las obras objeto de la propuesta.

4) La solicitud de propuestas contendrá, por lo menos, los siguientes datos:

a) El nombre y la dirección de la entidad adjudicadora;

b) Una descripción de la necesidad a que obedece la solicitud, con inclusión de los parámetros técnicos y de otra índole a que habrá de ajustarse la propuesta, así como, en el caso de las obras, el lugar de éstas y, en el caso de los servicios, el lugar donde hayan de prestarse;

c) Los criterios que se han de tener en cuenta para evaluar la propuesta, de ser posible expresados en dinero, la ponderación relativa que se asignará a cada uno y la manera en que serán aplicados; y

d) La estructura y cualesquiera otras instrucciones, incluidos plazos, que se refieran a la propuesta.

5) Las modificaciones o aclaraciones de la solicitud de propuestas, incluida la modificación de los criterios para evaluarlas a que se hace referencia en el párrafo 3) del presente artículo, serán comunicadas a todos los proveedores o contratistas concurrentes.

6) La entidad adjudicadora procederá de manera tal que no se revele el contenido de las propuestas a los proveedores o contratistas concurrentes.

7) La entidad adjudicadora podrá entablar negociaciones con los proveedores o contratistas respecto de sus propuestas y podrá pedir o autorizar que las revisen, con tal de que se cumplan los requisitos siguientes:

a) Las negociaciones entre la entidad adjudicadora y cada proveedor o contratista tendrán carácter confidencial;

b) Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 11, ninguna de las partes en las negociaciones ha de revelar a nadie, sin el consentimiento de la otra parte, datos técnicos, de precios u otros relacionados con el mercado que tengan conexión con las negociaciones;

c) Se dé oportunidad de participar en las negociaciones a todos los proveedores o contratistas que presentaron propuestas que no hayan sido rechazadas.

8) Una vez finalizadas las negociaciones, la entidad adjudicadora invitará a los proveedores o contratistas que sigan participando en el proceso de contratación a que presenten para una fecha determinada su mejor oferta definitiva respecto de cada elemento de su propuesta.

9) La entidad adjudicadora aplicará el siguiente procedimiento para la evaluación de las propuestas:

a) Sólo se tendrán en cuenta los criterios enumerados en el párrafo 3) del presente artículo en la forma indicada en la solicitud de propuestas;

b) La eficacia de la propuesta para atender las necesidades de la entidad adjudicadora se evaluará en forma separada del precio;

c) La entidad adjudicadora no considerará el precio de una propuesta hasta haber completado su evaluación técnica.

10) El contrato será adjudicado al proveedor o contratista cuya propuesta atienda mejor las necesidades de la entidad adjudicadora, lo cual será determinado sobre la base de los criterios para evaluar las propuestas enunciados en la solicitud, así como de su ponderación relativa y la forma de aplicarlos, también enunciados en la solicitud.

### Artículo 39. Negociación competitiva

1) Cuando la adjudicación se haya de hacer mediante negociación competitiva, la entidad adjudicadora entablará negociaciones con un número suficiente de proveedores o contratistas para asegurar una competencia efectiva.

2) Los requisitos, las directrices, los documentos, las aclaraciones u otros datos relativos a las negociaciones que la entidad adjudicadora comunique a un proveedor o contratista serán comunicados igualmente a los demás proveedores o contratistas que estén negociando con la entidad adjudicadora.

3) Las negociaciones entre la entidad adjudicadora y un proveedor o contratista tendrán carácter confidencial y, a reserva de lo dispuesto en el artículo 11, ninguna de las partes en ellas revelará a nadie, sin el consentimiento de la otra, datos técnicos, de precios u otros relacionados con el mercado que tengan conexión con las negociaciones.

4) Una vez completadas las negociaciones, la entidad adjudicadora invitará a los proveedores o contratistas que sigan participando a que presenten en una fecha determinada su mejor oferta definitiva respecto de cada elemento de su propuesta. La entidad adjudicadora elegirá la oferta ganadora sobre la base de esas mejores ofertas definitivas.

#### Artículo 40. *Solicitud de cotizaciones*

1) La entidad adjudicadora solicitará cotizaciones del mayor número de proveedores o contratistas pero, si es posible, de un mínimo de tres. Se indicará al proveedor o contratista invitado a dar cotizaciones si el precio ha de incluir elementos distintos del costo de los propios bienes o servicios, tales como cualesquiera gastos de transporte y de seguro, derechos de aduana e impuestos que sean aplicables.

2) Cada proveedor o contratista presentará una sola cotización y no podrá modificarla. La entidad adjudicadora no entablará negociación alguna con un proveedor o contratista respecto de la cotización que haya presentado.

3) El contrato será adjudicado al proveedor o contratista que presente la cotización más baja que satisfaga las necesidades de la entidad adjudicadora.

#### Artículo 41. *Contratación con un solo proveedor o contratista*

En las circunstancias enunciadas en el artículo 20, la entidad adjudicadora podrá contratar los bienes, las obras o los servicios mediante la solicitud de una propuesta o cotización a un solo proveedor o contratista.

### CAPÍTULO IV BIS. SOLICITUD DE PROPUESTAS DE SERVICIOS\*

#### Artículo 41 bis. *Solicitud de propuestas de servicios*

1) La entidad adjudicadora convocará a presentar propuestas de servicios o, cuando proceda, solicitudes de precalificación mediante una convocatoria a la presentación de propuestas o una convocatoria a la precalificación, según el caso, que se publicará en... (el Estado promulgante especificará el diario oficial u otra publicación oficial en que habrá de publicarse el anuncio). El anuncio contendrá, por lo menos, el nombre y la dirección de la entidad adjudicadora, una breve descripción de los servicios que hayan de contratarse, la forma de obtener la solicitud de propuestas o la documentación de precalificación y el precio cobrado por la solicitud de propuestas.

2) El anuncio también se publicará, en un idioma habitualmente utilizado en el comercio internacional, en un periódico de gran difusión internacional o en una publicación especializada o profesional pertinente de gran difusión internacional, excepto cuando la participación esté limitada únicamente a proveedores o contratistas nacionales de conformidad con el párrafo 1) del artículo 8 o cuando la entidad adjudicadora decida, dado el escaso valor de los servicios que se hayan de contratar, que es probable que sólo estén interesados en presentar propuestas proveedores o contratistas nacionales.

3) La entidad adjudicadora no estará obligada a aplicar lo dispuesto en los párrafos 1) y 2) del presente artículo:

a) Cuando los servicios que hayan de contratarse sean prestados sólo por un número limitado de proveedores o contratistas conocidos por la entidad adjudicadora, siempre que ésta convoque a presentar propuestas a todos esos proveedores o contratistas; o

b) Cuando el tiempo y el costo requeridos para examinar y evaluar un gran número de propuestas no guarden proporción con el valor de los servicios que hayan de contratarse, siempre que la entidad adjudicadora convoque a presentar propuestas a un número suficiente de proveedores y contratistas para garantizar una competencia efectiva; o

c) Cuando, a causa de la índole de los servicios que hayan de contratarse, la economía y la eficiencia en la contratación sólo puedan fomentarse mediante la convocatoria directa a presentar propuestas, siempre que se soliciten propuestas de un número suficiente de proveedores o contratistas para garantizar una competencia efectiva.

4) La entidad adjudicadora entregará la solicitud de propuestas o la documentación de precalificación a los proveedores o contratistas de conformidad con los trámites y requisitos indicados en el anuncio. El precio que podrá cobrar la entidad adjudicadora por la solicitud de propuestas o la documentación de precalificación no excederá del costo de su impresión y su distribución a los proveedores o contratistas. Si ha habido precalificación, la entidad adjudicadora entregará la solicitud de propuestas a cada uno de los proveedores o contratistas que haya sido seleccionado y que pague el precio cobrado.

#### Artículo 41 ter. *Contenido de la solicitud de propuestas de servicios*

La solicitud de propuestas contendrá, por lo menos, los siguientes datos:

a) El nombre y la dirección de la entidad adjudicadora;

b) El idioma o los idiomas en que habrán de prepararse las propuestas;

c) La forma, el lugar y el plazo para la presentación de las propuestas;

d) Cuando la entidad adjudicadora se reserve el derecho a rechazar todas las propuestas, una declaración en ese sentido;

e) Los criterios y procedimientos que, conforme a lo dispuesto en el artículo 6, se aplicarán para evaluar la idoneidad de los proveedores o contratistas, así como para volver a demostrarla de conformidad con el párrafo 8) del artículo 7;

f) Los requisitos en materia de documentos probatorios y demás datos que deban presentar los contratistas o proveedores para demostrar su idoneidad;

g) En la medida en que se conozcan, la índole y las características exigidas para los servicios que hayan de prestarse con indicación, por lo menos, del lugar donde hayan de prestarse y, si procede, del plazo conveniente o necesario en que hayan de prestarse;

h) Si la entidad adjudicadora ha solicitado propuestas sobre varias formas posibles de satisfacer sus necesidades;

i) De estar permitido que los proveedores o contratistas presenten propuestas que correspondan únicamente a una parte de los servicios que hayan de prestarse, una descripción de la parte o las partes para las que podrán presentarse propuestas;

j) Si el precio es un criterio pertinente, la moneda o las monedas en que habrá de expresarse el precio de las propuestas;

k) Si el precio es un criterio pertinente, la forma en que habrá de expresarse el precio de las propuestas, así como una indicación de si ese precio habrá de incluir otros elementos distintos del costo de los servicios, como el reembolso de gastos por concepto de transporte, alojamiento, seguros, uso de equipo, derechos de aduana o impuestos;

l) El método seleccionado con arreglo al inciso a) del párrafo 1) del artículo 41 *sexies* para determinar la propuesta ganadora;

\*Todo el texto del capítulo IV bis es nuevo.

m) Los criterios que haya de tener en cuenta la entidad adjudicadora para determinar la propuesta ganadora, incluidos el margen de preferencia que haya de utilizarse con arreglo al párrafo 2) del artículo 41 *quater* y la ponderación relativa de esos criterios;

n) La moneda que se utilizará a efectos de evaluar y comparar las propuestas y el tipo de cambio que se utilizará para la conversión de los precios de las propuestas a esa moneda, o una indicación de que se utilizará el tipo de cambio publicado por determinada institución financiera vigente en determinada fecha;

o) De estar permitido presentar variantes de las características de los servicios, de las cláusulas y condiciones del contrato o de otros requisitos fijados en la solicitud de propuestas, una declaración en ese sentido y una descripción de la manera en que habrán de evaluarse y compararse las distintas propuestas;

p) El nombre, el cargo y la dirección de los funcionarios o empleados de la entidad adjudicadora que hayan sido autorizados para tener comunicación directa con los proveedores o contratistas en relación con el proceso de contratación, sin intervención de un intermediario;

q) Los medios por los cuales, los proveedores o contratistas podrán, de conformidad con el artículo 41 *quinquies*, pedir aclaraciones respecto de la solicitud de propuestas, y una indicación de si la entidad adjudicadora se propone convocar, en esta ocasión, una reunión de proveedores o contratistas;

r) Las cláusulas y condiciones del contrato, de ser conocidas por la entidad adjudicadora, y el formulario de contrato que hayan de firmar las partes, de haberlo;

s) Remisiones a la presente Ley, a la reglamentación de contratación pública o a cualquier otra disposición de derecho interno que sea directamente aplicable al proceso de contratación, en la inteligencia de que la omisión de cualquiera de esas remisiones no constituirá motivo suficiente para presentar un recurso con arreglo al artículo 42 ni dará lugar a responsabilidad por parte de la entidad adjudicadora;

t) Una notificación del derecho de recurso previsto en el artículo 42 de la presente Ley contra los actos o decisiones ilícitos de la entidad adjudicadora o contra los procedimientos por ella aplicados en relación con el proceso de contratación;

u) Las formalidades que sean necesarias, una vez aceptada una oferta, para la validez del contrato adjudicado, inclusive, cuando corresponda, la firma de un contrato escrito o la aprobación de una autoridad más alta o del Gobierno y una estimación del tiempo que, una vez expedido el aviso de aceptación, se necesitará para obtener esa aprobación;

v) Cualquier otro requisito establecido por la entidad adjudicadora de conformidad con la presente Ley y con la reglamentación de contratación pública en relación con la preparación y presentación de propuestas y con otros aspectos del proceso de contratación.

#### Artículo 41 *quater*. Criterios para la evaluación de las propuestas

1) La entidad adjudicadora establecerá los criterios que hayan de tenerse en cuenta para evaluar las propuestas y determinará la ponderación relativa que se asignará a cada uno y la manera en que se aplicarán. Esos criterios se comunicarán a los proveedores y contratistas en la solicitud de propuestas y sólo podrán referirse a lo siguiente:

a) La idoneidad, experiencia, reputación, fiabilidad y competencia profesional y empresarial del proveedor o contratista y de su personal;

b) Si la propuesta presentada por el proveedor o contratista sirve para atender las necesidades de la entidad adjudicadora;

c) El precio de la propuesta, a reserva de cualquier margen de preferencia que sea aplicable de conformidad con el párrafo 2), incluidos los costos secundarios o conexos;

d) El efecto que la aceptación de una propuesta tendrá en la situación de la balanza de pagos y en las reservas de divisas de (el Estado), el grado de participación de los proveedores y contratistas locales, el aliciente al empleo, las potencialidades de desarrollo económico que ofrece la propuesta, el fomento de la experiencia local, (. . . (el Estado promulgante podrá ampliar el inciso d) incluyendo otros criterios));

e) Consideraciones de seguridad o defensa nacional.

2) De estar autorizado por los reglamentos de la contratación pública (y con la aprobación de . . . (cada Estado designará un órgano competente),) al evaluar y comparar las propuestas, la entidad adjudicadora podrá conceder un margen de preferencia a las ofertas de servicios que vayan a ser prestados por proveedores nacionales. Ese margen se calculará de conformidad con los reglamentos de contratación pública y quedará reflejado en el expediente del proceso de contratación.

#### Artículo 41 *quinquies*. Aclaraciones y modificaciones de la solicitud de propuestas

1) Los proveedores o contratistas podrán solicitar a la entidad adjudicadora aclaraciones acerca de la solicitud de propuestas. La entidad adjudicadora dará respuesta a las solicitudes de aclaración que reciba dentro de un plazo razonable antes de que venza el fijado para la presentación de propuestas. La entidad adjudicadora responderá en un plazo razonable que permita al proveedor o contratista presentar a tiempo su propuesta y comunicará la aclaración, sin indicar el origen de la solicitud, a todos los proveedores o contratistas a los cuales haya entregado la solicitud de propuestas.

2) La entidad adjudicadora podrá, en cualquier momento antes de que venza el plazo para la presentación de propuestas y por cualquier motivo, sea por iniciativa propia o en razón de una solicitud de aclaración de un proveedor o contratista, modificar la solicitud de propuestas mediante una adición, la cual será comunicada sin demora a todos los proveedores o contratistas a los cuales la entidad adjudicadora haya entregado la solicitud de propuestas y será obligatoria para ellos.

3) La entidad adjudicadora, si convoca una reunión de proveedores o contratistas, levantará minutas de ella en las que se consignen las solicitudes de aclaración de la solicitud de propuestas que se hayan formulado en la reunión, sin indicar el autor, y sus respuestas. Las minutas serán proporcionadas sin demora a todos los proveedores o contratistas que participen en el proceso de contratación a fin de que puedan tenerlas en cuenta al preparar sus propuestas.

#### Artículo 41 *sexies*. Procedimientos para la selección

1) a) La entidad adjudicadora, al determinar la propuesta ganadora, utilizará el procedimiento previsto en el párrafo 2), el párrafo 3) o el párrafo 4) del presente artículo que se haya notificado a los proveedores y contratistas en la solicitud de propuestas.

b) La entidad adjudicadora consignará en el expediente requerido por el artículo 11 una declaración de los motivos y circunstancias por los que aplicó uno de los procedimientos de selección previstos en el inciso a) del párrafo 1) del presente artículo.

c) Nada de lo dispuesto en el presente capítulo impedirá que la entidad adjudicadora recurra a un jurado integrado por expertos imparciales en el procedimiento de selección.

2) a) Si utiliza el procedimiento previsto en el presente párrafo, la entidad adjudicadora, sin entrar a considerar el precio de las

propuestas y de conformidad con los criterios enunciados para la valoración de las propuestas y con la ponderación relativa y la manera de aplicar cada criterio enunciadas en la solicitud de propuestas, establecerá un umbral mínimo y asignará una calificación a cada una de las propuestas. La entidad adjudicadora comparará a continuación los precios de las propuestas que estén por encima del umbral establecido.

b) Podrá entonces ser declarada ganadora:

- i) La propuesta cuyo precio sea más bajo; o
- ii) La propuesta que tenga la mejor evaluación combinada en términos de los criterios distintos del precio mencionados en el inciso a) del presente artículo y del precio.

3) a) Si utiliza el procedimiento previsto en el presente párrafo, la entidad adjudicadora entrará en negociaciones con los proveedores o contratistas sobre sus propuestas y podrá pedir o permitir que modifiquen tales propuestas, siempre que se dé a todos los proveedores o contratistas que hayan presentado propuestas que no hayan sido rechazadas la oportunidad de participar en las negociaciones.

b) Una vez finalizadas las negociaciones, la entidad adjudicadora invitará a todos los proveedores o contratistas que sigan participando en el proceso de contratación a que presenten, para una fecha determinada, su mejor oferta definitiva respecto de cada elemento de su propuesta.

c) Para la evaluación de las propuestas, el precio de cada propuesta se considerará por separado y sólo después de haber completado su evaluación técnica.

d) El contrato será adjudicado al proveedor o contratista cuya propuesta responda mejor a las necesidades de la entidad adjudicadora, lo cual se determinará con arreglo a los criterios para evaluar las propuestas enunciados en la solicitud de propuestas, así como con arreglo a su ponderación relativa y a la forma de aplicarlos también enunciados en la solicitud.

4) Si utiliza el procedimiento previsto en el presente párrafo, la entidad adjudicadora entrará en negociaciones con los proveedores y contratistas con arreglo al siguiente procedimiento:

a) Establecerá un umbral de calificación de conformidad con el inciso a) del párrafo 2) del presente artículo;

b) Invitará a negociar sobre el precio de su propuesta al proveedor o contratista que haya obtenido la mejor calificación con arreglo al inciso a) del párrafo 2) del presente artículo;

c) Informará a los proveedores o contratistas que hayan superado el umbral mínimo de que tal vez sean llamados a negociar de no adjudicarse el contrato en las negociaciones con un proveedor o contratista que haya conseguido una mejor calificación;

d) Informará a los demás proveedores o contratistas de que no han alcanzado el umbral mínimo requerido;

e) Tan pronto como sea evidente para la entidad adjudicadora que las negociaciones con el proveedor o el contratista invitado con arreglo al inciso b) del párrafo 4 del presente artículo no han de dar resultado, informará al proveedor o contratista de que da por terminadas las negociaciones;

f) La entidad adjudicadora invitará seguidamente a negociar al proveedor o contratista calificado en segundo lugar; de no adjudicarse el contrato en esa negociación, la entidad adjudicadora irá invitando a negociar, por orden de méritos, a los demás proveedores o contratistas hasta que decida adjudicar el contrato o rechazar las restantes propuestas.

#### Artículo 41 septies. Confidencialidad

La entidad adjudicadora procederá de manera tal que no se revele el contenido de las propuestas a los proveedores o contra-

tistas concurrentes. Las negociaciones que se celebren de conformidad con los párrafos 3) ó 4) del artículo 41 *sexies* serán confidenciales y, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 11, ninguna de las partes en las negociaciones revelará a persona alguna información técnica, sobre precios o de otra índole que guarde relación con las negociaciones sin el consentimiento de la otra parte.

## CAPÍTULO V. VÍAS DE RECURSO\*

### Artículo 42. Recurso de reconsideración

1) A reserva de lo dispuesto en el párrafo 2) del presente artículo, el proveedor o contratista que sostenga haber sufrido o correr el riesgo de sufrir un daño o perjuicio imputable al incumplimiento de una obligación que la presente Ley imponga a la entidad adjudicadora podrá interponer un recurso de conformidad con los artículos 43 a [47].

2) No podrá interponerse recurso con arreglo al párrafo 1) del presente artículo contra:

a) La selección de un método de contratación conforme a los artículos 16 a 20;

a bis) *La selección del procedimiento de evaluación en una solicitud de propuestas de servicios de conformidad con el artículo 39 sexies;*

b) La limitación del proceso de contratación, de conformidad con el artículo 8, por razones de nacionalidad;

c) *La decisión de la entidad adjudicadora de rechazar todas las ofertas, propuestas o cotizaciones de conformidad con el artículo 11 bis;*

d) La negativa de la entidad adjudicadora a responder a una expresión de interés en participar en un proceso de contratación mediante la solicitud de propuestas de conformidad con el párrafo 2) del artículo 38;

e) Una omisión de las mencionadas en el inciso t) del artículo 25 o en el inciso s) del artículo 41 *ter*.

### Artículo 43. Reconsideración por la entidad adjudicadora (o por la autoridad que dio su aprobación)

1) Salvo que el contrato adjudicado haya entrado en vigor, el recurso se presentará en primera instancia por escrito al jefe de la entidad adjudicadora.

2) El jefe de la entidad adjudicadora (o de la autoridad que dio su aprobación) no admitirá recurso alguno que no haya sido presentado dentro de los 20 días siguientes a la fecha en que el proveedor o contratista recurrente se enteró de las circunstancias que dieron lugar al recurso o de la fecha en que debió haberse enterado de esas circunstancias, si ésta fuese anterior.

3) El jefe de la entidad adjudicadora (o de la autoridad que dio su aprobación) no estará obligado a admitir un recurso, o a seguir conociendo de él, desde el momento en que el contrato adjudicado entre en vigor.

\*El Estado que promulgue la Ley Modelo tal vez desee incorporar los artículos relativos a las vías de recurso sin cambio alguno o con cambios mínimos que obedezcan a una necesidad importante. Sin embargo, por consideraciones constitucionales o de otra índole, puede ocurrir que un Estado no considere procedente, en mayor o menor grado, incorporar estos artículos, los cuales podrían servir en ese caso como referencia para determinar si las vías de recurso existentes son adecuadas. (Sin embargo, si el recurso se refiere a un acto, decisión o procedimiento de la entidad adjudicadora que fue aprobado por una autoridad de conformidad con la presente Ley, se presentará en cambio al jefe de la autoridad que aprobó el acto, según el caso.)

4) Salvo que la cuestión sea dirimida mediante acuerdo entre el proveedor o contratista y la entidad adjudicadora, el jefe de ésta (o de la autoridad que dio su aprobación) dictará dentro de los 30 días siguientes a la presentación del recurso una decisión por escrito en la cual:

- a) Se enunciarán las razones en que se funde; y
- b) Se indicarán, de prosperar en todo o en parte el recurso, las medidas correctivas que se han de adoptar.

5) Si el jefe de la entidad adjudicadora (o de la autoridad que dio su aprobación) no dicta su decisión en el plazo indicado en el párrafo 4) del presente artículo, el recurrente (o la entidad adjudicadora) estará facultado de inmediato para interponer un recurso de conformidad con el artículo [44 6 47]. Al interponerse el nuevo recurso, el jefe de la entidad adjudicadora (o de la autoridad que dio su aprobación) dejará de ser competente para conocer de la cuestión.

6) La decisión del jefe de la entidad adjudicadora (o de la autoridad que dio su aprobación) será definitiva a menos que se interponga un recurso de conformidad con el artículo [44 6 47].

#### Artículo 44. Recurso administrativo jerárquico\*

1) El proveedor o contratista facultado para interponer un recurso de reconsideración con arreglo al artículo 42 podrá interponer un recurso administrativo jerárquico ante [nombre del órgano administrativo]:

a) Cuando no pueda presentarse o admitirse un recurso con arreglo al artículo 43 por haber entrado en vigor el contrato adjudicado, y a condición de que el recurso administrativo jerárquico se presente dentro de los 20 días siguientes a la fecha en que el proveedor o contratista se enteró de las circunstancias que dieron lugar al recurso o de la fecha en que debió haberse enterado de esas circunstancias, si ésta fuese anterior;

b) Cuando el jefe de la entidad adjudicadora no admita el recurso de reconsideración por haber entrado en vigor el contrato adjudicado, a condición de que el recurso administrativo jerárquico se presente dentro de los 20 días siguientes a la fecha de la decisión de no admitir el recurso de reconsideración;

c) En el caso previsto en el párrafo 5 del artículo 43, a condición de que el recurso se presente dentro de los 20 días siguientes a la expiración del plazo fijado en el párrafo 4) del artículo 43; o,

d) Cuando el proveedor o contratista sostenga haber sido perjudicado por la decisión dictada por el jefe de la entidad adjudicadora (o de la autoridad que dio su aprobación) con arreglo al artículo 43, a condición de que el recurso se presente dentro de los 20 días siguientes a la fecha de esa decisión.

2) El [nombre del órgano administrativo] al cual se presente el recurso lo notificará sin dilación a la entidad adjudicadora (o a la autoridad que dio su aprobación).

3) El [nombre del órgano administrativo], a menos que desestime el recurso, podrá [conceder] [recomendar]\*\* uno o más de los siguientes remedios:

- a) Indicar las normas jurídicas o los principios de derecho que rigen la cuestión a que se refiera el recurso;

- b) Prohibir a la entidad adjudicadora que actúe o decida contra derecho o que aplique un procedimiento contrario a derecho;

- c) Exigir a la entidad adjudicadora que haya actuado o procedido contra derecho, o haya adoptado una decisión contraria a derecho, que actúe o proceda conforme a derecho o que adopte una decisión conforme a derecho;

- d) Revocar en todo o parte los actos o las decisiones contrarios a derecho de la entidad adjudicadora, salvo aquellos por los cuales se disponga la entrada en vigor del contrato adjudicado;

- e) Revisar las decisiones contrarias a derecho de la entidad adjudicadora o sustituirlas por su propia decisión, salvo aquellas por las cuales se disponga la entrada en vigor del contrato adjudicado;

- f) Ordenar el pago de una indemnización por

##### Variante I

Los gastos razonables que haya hecho el proveedor o contratista que presente el recurso en relación con el proceso de contratación como resultado de un acto, decisión o procedimiento contrario a derecho de la entidad adjudicadora;

##### Variante II

Los daños y perjuicios sufridos por el proveedor o contratista que presente el recurso en relación con el proceso de contratación;

- g) Ordenar que se ponga término al proceso de contratación.

4) El [nombre del órgano administrativo] dictará por escrito en un plazo de 30 días una decisión fundada en la que señalará los remedios que haya concedido.

5) La decisión será definitiva a menos que se interponga una acción con arreglo al artículo 47.

#### Artículo 45. Normas aplicables a los recursos previstos en el artículo 43 [y en el artículo 44]

1) El jefe de la entidad adjudicadora (o el órgano que dio su aprobación) [o el [nombre del órgano administrativo], según el caso] notificará sin demora a los proveedores o contratistas que participen en el proceso de contratación que se ha presentado un recurso de conformidad con el artículo 43 [6 44], y sus elementos esenciales.

2) Tendrá derecho a participar en la sustanciación del recurso cualquier proveedor o contratista o cualquier autoridad administrativa cuyos intereses queden o puedan quedar afectados por él. El proveedor o contratista que no haya participado en el recurso no podrá interponer ulteriormente uno de la misma índole.

3) Dentro de los cinco días siguientes a la decisión del jefe de la entidad adjudicadora (o de la autoridad que dio su aprobación) [o del [nombre del órgano administrativo], según el caso] se dará copia de ella al proveedor o contratista que haya presentado el recurso, a la entidad adjudicadora y a cualquier otro proveedor o contratista o autoridad administrativa que haya participado en la sustanciación del recurso. Además, una vez dictada la decisión, quedarán a disposición del público, para su consulta, los textos del recurso y de la decisión, con excepción de los datos cuya divulgación sea contraria a derecho, pueda entorpecer la acción de la justicia, sea contraria al interés público, redunde en menoscabo de intereses comerciales legítimos de las partes u obste a la libre competencia.

#### Artículo 46. Suspensión del proceso de contratación

1) La presentación oportuna de un recurso de conformidad con el artículo 43 [6 44] dejará en suspenso el proceso de contratación

\*Los Estados cuyo ordenamiento jurídico no prevea el recurso administrativo jerárquico contra actos, decisiones o procedimientos de la administración podrán omitir el artículo 44 e instituir únicamente el recurso contencioso administrativo (artículo 47).

\*\*La variante obedece al propósito de tener en cuenta el caso de los Estados cuyos órganos administrativos no estén facultados para conceder los remedios enumerados pero sí para hacer recomendaciones.

por un período de siete días, a condición de que el recurso no sea temerario y de que incluya una declaración que, de ser corroborada, haga evidente que el proveedor o contratista sufrirá un daño irreparable de no decretarse la suspensión, que el recurso tiene probabilidades de prosperar y que la suspensión del proceso no causará un daño o perjuicio desproporcionado a la entidad adjudicadora ni a los demás proveedores o contratistas.

2) Una vez que el contrato adjudicado entre en vigor, la presentación oportuna de un recurso de conformidad con el artículo 44 dejará en suspenso la ejecución del contrato adjudicado por un período de siete días, siempre que el recurso cumpla los requisitos enunciados en el párrafo 1) del presente artículo.

3) El jefe de la entidad adjudicadora (o de la autoridad que dio su aprobación) [o el [nombre del órgano administrativo]] podrá prorrogar el período de suspensión previsto en el párrafo 1) del presente artículo [y el [nombre del órgano administrativo] podrá prorrogar el período de suspensión previsto en el párrafo 2) del presente artículo,] a fin de salvaguardar los derechos del proveedor o contratista que presente el recurso o entable la acción en tanto se dirime el recurso, a condición de que la suspensión no dure en total más de 30 días.

4) La suspensión prevista en el presente artículo no será aplicable cuando la entidad adjudicadora certifique que el proceso de contratación debe seguir adelante por consideraciones urgentes de interés público. La certificación, en la cual se harán constar las razones por las cuales se afirme la existencia de esas consideraciones urgentes y que será consignada en el expediente del proceso de contratación, será definitiva en todas las instancias de la vía administrativa y sólo podrá impugnarse por la vía contencioso-administrativa.

5) Se consignarán en el expediente del proceso de contratación las decisiones que adopte la entidad adjudicadora con arreglo al presente artículo, así como sus fundamentos y circunstancias.

#### Artículo 47. *Recurso contencioso-administrativo*

El [nombre del tribunal o los tribunales] será competente para conocer de las acciones entabladas con arreglo al artículo 42 y de los recursos contencioso-administrativos que se interpongan ante órganos administrativos jerárquicos contra decisiones adoptadas por ellos de conformidad con el artículo 43 [ó 44] o en razón de no haber adoptado una decisión dentro del plazo fijado.

### D. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional en su 17.º período de sesiones: proyecto de enmiendas a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes y de Obras para incluir la contratación de servicios

(A/CN.9/WG.V/WP.40) [Original: inglés]

#### ÍNDICE

	<i>Página</i>
INTRODUCCIÓN .....	96
PROYECTO DE ENMIENDAS A LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE BIENES Y DE OBRAS .....	96
Preámbulo .....	96
CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES .....	96
Artículo 1.    Ámbito de aplicación .....	96
Artículo 2.    Definiciones .....	96
Artículo 3.    Obligaciones internacionales del Estado relativas a la contratación pública [y acuerdos intergubernamentales en el interior (del Estado)] .....	97
Artículo 4.    Reglamentación de la contratación pública .....	97
Artículo 5.    Acceso del público a los textos normativos .....	97
Artículo 6.    Condiciones exigibles a los proveedores o contratistas .....	97
Artículo 7.    Pecalificación .....	98
Artículo 8.    Participación de proveedores y contratistas .....	99
Artículo 9.    Forma de las comunicaciones .....	99
Artículo 10.   Documentos probatorios presentados por proveedores y contratistas .....	99
Artículo 11.   Expediente del proceso de contratación .....	100
Artículo 11 <i>bis</i> . Rechazo de todas las ofertas, propuestas o cotizaciones .....	100
Artículo 11 <i>ter</i> . Entrada en vigor del contrato adjudicado .....	101
Artículo 12.   Anuncio público de las adjudicaciones de contratos .....	101
Artículo 13.   Incentivos ofrecidos por proveedores o contratistas .....	101
Artículo 14.   Reglas relativas a la descripción de los bienes o las obras .....	101
Artículo 15.   Idioma .....	101

	<i>Página</i>
<b>CAPÍTULO II. MÉTODOS DE CONTRATACIÓN Y CONDICIONES PARA APLICARLOS</b> .....	102
Artículo 16. Métodos de contratación .....	102
Artículo 17. Condiciones para la licitación en dos etapas, la solicitud de propuestas o la negociación competitiva .....	102
Artículo 18. Condiciones para el procedimiento de licitación restringida .....	102
Artículo 19. Condiciones para la solicitud de cotizaciones .....	102
Artículo 20. Condiciones para la contratación con un solo proveedor o contratista .....	103
<b>CAPÍTULO III. PROCESO DE LICITACIÓN</b> .....	103
Sección I. Convocatoria a licitación y a la precalificación .....	103
Artículo 21. Licitación nacional .....	103
Artículo 22. Procedimientos de convocatoria a licitación o a la precalificación .....	103
Artículo 23. Contenido de la convocatoria a licitación o a la precalificación .....	103
Artículo 24. Entrega del pliego de condiciones .....	104
Artículo 25. Contenido del pliego de condiciones .....	104
Artículo 26. Aclaraciones y modificaciones del pliego de condiciones .....	105
Sección II. Presentación de las ofertas .....	105
Artículo 27. Idioma de las ofertas .....	105
Artículo 28. Presentación de las ofertas .....	105
Artículo 29. Plazo de validez de las ofertas: modificación y retirada de las ofertas .....	106
Artículo 30. Garantías de la oferta .....	106
Sección III. Evaluación y comparación de las ofertas .....	107
Artículo 31. Apertura de las ofertas .....	107
Artículo 32. Examen, evaluación y comparación de las ofertas .....	107
Artículo 33. Rechazo de todas las ofertas [trasladado al artículo 11 <i>bis</i> ] .....	108
Artículo 34. Prohibición de negociaciones con los proveedores o contratistas .....	108
Artículo 35. Aceptación de una oferta y entrada en vigor del contrato .....	108
<b>CAPÍTULO IV. OTROS MÉTODOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA</b> .....	109
Artículo 36. Licitación en dos etapas .....	109
Artículo 37. Procedimiento de licitación restringida .....	109
Artículo 38. Solicitud de propuestas .....	109
Artículo 39. Negociación competitiva .....	110
Artículo 39 <i>bis</i> . [Solicitud de propuestas de servicios] [Procedimientos especiales para la solicitud de propuestas de servicios] [Procedimiento especial para la contratación de servicios] .....	110
Artículo 40. Solicitud de cotizaciones .....	112
Artículo 41. Contratación con un solo proveedor o contratista .....	112
<b>CAPÍTULO V. VÍAS DE RECURSO</b> .....	112
Artículo 42. Recurso de reconsideración .....	112
Artículo 43. Reconsideración por la entidad adjudicadora (o por la autoridad que dio su aprobación) .....	113
Artículo 44. Recurso administrativo jerárquico .....	113
Artículo 45. Normas aplicables a los recursos previstos en el artículo 43 [y en el artículo 44] .....	114
Artículo 46. Suspensión del proceso de contratación .....	114
Artículo 47. Recurso contencioso-administrativo .....	114

## INTRODUCCIÓN

1. En el 26.º período de sesiones, después de aprobarse la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes y de Obras, la Comisión pidió al Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional que preparase un proyecto de disposiciones modelo sobre la contratación de servicios. En su 16.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo determinó y estudió las modificaciones y adiciones que podrían introducirse en la Ley Modelo a fin de incluir la contratación de servicios. Tras sus debates, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparase una versión revisada de la Ley Modelo en la que se reflejasen las deliberaciones habidas y las decisiones adoptadas en el 16.º período de sesiones (A/CN.9/389, párr. 9).

2. Al preparar el presente texto, la Secretaría ha tratado de recoger todas las supresiones, modificaciones y adiciones acordadas por el Grupo de Trabajo en su 16.º período de sesiones, incluyendo aquellas que el Grupo de Trabajo decidió que tendrían que ser estudiadas más a fondo en su 17.º período de sesiones. Las modificaciones y adiciones a la Ley Modelo aparecen en bastadilla; los epígrafes de los artículos están en bastardilla aunque no contengan modificaciones ni adiciones, por razones de presentación del texto. En los pocos casos en que la Secretaría estimó que las modificaciones o adiciones propuestas suscitaban problemas que habrían de ser examinados por el Grupo de Trabajo, se señalan tales problemas en notas que siguen a los artículos de que se trate. No obstante, en consonancia con las recientes instrucciones sobre la limitación de la documentación de las Naciones Unidas, se han reducido al mínimo esas notas.

3. Con el presente texto, el Grupo de Trabajo podrá estudiar una versión refundida de la Ley Modelo que abarca tanto la contratación pública de bienes y de obras como la contratación de servicios. Con todo, se observará que la adición de un artículo 39 *bis* bastante extenso, por el que se añade un método de contratación destinado específicamente a los servicios al tiempo que se dejan vigentes los métodos actuales que pueden utilizarse para los servicios, da mayor complejidad a la Ley Modelo. Al considerar el texto actual, el Grupo de Trabajo podría examinar otros planteamientos que llevasen a un resultado menos complejo. En particular, el Grupo de Trabajo podría considerar si sería mejor modificar los artículos 16 y 17 para excluir los servicios de la norma generalmente aplicable de que la licitación es el método de contratación preferido. Con arreglo a ese enfoque, los elementos esenciales del actual artículo 39 *bis* se incluirían en los métodos existentes de contratación, especialmente la solicitud de propuestas (artículo 38). El artículo 38 modificado, que incluiría procedimientos especiales de evaluación para los servicios, podría entonces designarse como el método preferido para la contratación de servicios. Cabría considerar que con tal enfoque se podrían mantener en la Ley Modelo procedimientos especiales para los servicios sin añadir otro método de contratación.

### PROYECTO DE ENMIENDAS A LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE BIENES Y DE OBRAS

#### Preámbulo

CONSIDERANDO que [el Gobierno] [el Parlamento] de . . . estima aconsejable reglamentar la contratación pú-

blica de bienes, de obras y de servicios a fin de promover los siguientes objetivos:

a) Alcanzar una economía y eficiencia máximas en la contratación pública;

b) Fomentar y alentar la participación de proveedores y contratistas en el proceso de contratación pública, en particular, cuando proceda, la de proveedores y contratistas sin distinción de nacionalidad para promover de este modo el comercio internacional;

c) Promover la competencia entre proveedores o contratistas para el suministro de los bienes, la realización de las obras o la prestación de los servicios que hayan de adjudicarse;

d) Ofrecer un trato justo e igualitario para todos los proveedores y contratistas;

e) Promover la rectitud y la equidad del proceso de contratación y la confianza del público en ellos; y

f) Dar transparencia a los procedimientos previstos para la contratación pública.

ha decidido promulgar el texto de la siguiente Ley Modelo.

## Capítulo I. Disposiciones generales

### Artículo 1. *Ámbito de aplicación*

1. La presente Ley será aplicable a toda operación de contratación pública efectuada por entidades adjudicadoras, salvo que en el párrafo 2 de este artículo se disponga otra cosa.

2. A reserva de lo dispuesto en el párrafo 3, la presente Ley no será aplicable a:

a) La adjudicación de contratos que revistan interés para la defensa o la seguridad nacionales;

b) La adjudicación de . . . (el Estado que promulgue la Ley podrá especificar otros contratos excluidos); o

c) La adjudicación de contratos de alguna categoría excluida por los reglamentos de contratación pública.

3. La presente Ley será aplicable a los tipos de contratación a que se hace referencia en el párrafo 2 de este artículo en los casos y en la medida en que la entidad adjudicadora lo declare expresamente a los proveedores o contratistas en la convocatoria al proceso de contratación.

\* \* \*

### Artículo 2. *Definiciones*

Para los fines de la presente Ley:

a) Por "contratación pública" se entenderá la obtención, mediante *contraprestación, de bienes, obras o servicios*;

b) Por "entidad adjudicadora" se entenderá:

i) *Variante I*

Los departamentos, organismos, órganos u otras dependencias administrativas del Estado, o sus subdivisiones, que adjudiquen contratos, salvo . . . ; (y)

*Variante II*

Los departamentos, organismos, órganos u otras dependencias de la ("administración pública" o algún otro término utilizado para referirse al gobierno del Estado), o sus subdivisiones, que adjudiquen contratos, salvo . . . ; (y)

ii) (El Estado promulgante podrá indicar en este inciso y, de ser preciso, en incisos subsiguientes, otras entidades o empresas, o categorías de éstas, que hayan de incluirse en la definición de "entidad adjudicadora");

c) Por "bienes" se entenderán los objetos de cualquier índole, incluyendo las materias primas, los productos, el equipo, otros objetos en estado sólido, líquido o gaseoso y la electricidad, así como los servicios accesorios al suministro de esos bienes, siempre que el valor de los servicios no exceda del de los propios bienes (el Estado promulgante podrá añadir otras categorías de bienes);

d) Por "obras" se entenderán todos los trabajos relacionados con la construcción, reconstrucción, demolición, reparación o renovación de edificios, estructuras o instalaciones, como la preparación del terreno, la excavación, la erección, la edificación, la instalación de equipo o materiales, la decoración y el acabado, al igual que la perforación, la labor topográfica, la fotografía por satélite, los estudios sísmicos y otras actividades similares accesorias a esos trabajos, siempre que su realización haya sido estipulada en el contrato a que se refiere la adjudicación;

d bis) Por "servicios" se entenderá [cualquier cosa] [cualquier producto] que no sea ni bienes ni obras (el Estado promulgante podrá hacer referencia a ciertas categorías de servicios)<sup>1</sup>;

e) Por "proveedor o contratista" se entenderá la entidad a la que pueda adjudicarse o se haya adjudicado, según el caso, un contrato con la entidad adjudicadora;

f) Por "contrato adjudicado" se entenderá el contrato entre la entidad adjudicadora y un proveedor o contratista que resulte del proceso de adjudicación;

g) Por "garantía de licitación" se entenderá la que ha de darse a la entidad adjudicadora en garantía del cumplimiento de cualquiera de las obligaciones mencionadas en el inciso f) del párrafo 1 del artículo 30, y podrá darse en forma de garantía bancaria, caución, carta de crédito contingente, cheque bancario, depósito en efectivo, pagaré o letra de cambio;

h) El término "moneda" comprende las unidades monetarias de cuenta.

<sup>1</sup>La definición que antecede se ha añadido de conformidad con el párrafo 25 del documento A/CN.9/389. No obstante, el Grupo de Trabajo podría considerar de nuevo la conveniencia o la necesidad de incluir una definición de los servicios, ya que ello podría suscitar dudas en cuanto al ámbito de aplicación de la Ley Modelo.

\* \* \*

### Artículo 3. Obligaciones internacionales del Estado relativas a la contratación pública [y acuerdos intergubernamentales en el interior (del Estado)]

En la medida en que la presente Ley entre en conflicto con una obligación del Estado nacida o derivada de:

a) Un tratado u otra forma de acuerdo en el que sea parte con uno o más Estados,

b) Un acuerdo concertado por el Estado con una institución financiera internacional de carácter intergubernamental, o

c) Un acuerdo entre el Gobierno federal de [nombre del Estado federal] y una de sus subdivisiones o entre dos o más de sus subdivisiones, prevalecerán las exigencias impuestas por ese tratado o acuerdos, si bien, en todos los demás aspectos, la contratación pública se regirá por la presente Ley.

\* \* \*

### Artículo 4. Reglamentación de la contratación pública

El [La] . . . (el Estado promulgante indicará el órgano o la autoridad competente) estará facultado(a) para promulgar una reglamentación de la contratación pública que tenga por finalidad cumplir los objetivos y poner en práctica las disposiciones de la presente Ley.

\* \* \*

### Artículo 5. Acceso del público a los textos normativos

Los textos de la presente Ley y el reglamento de la contratación pública, así como todas las decisiones y directrices administrativas de aplicación general referentes a contratos cuya adjudicación se rija por la presente Ley, y todas las enmiendas de esos textos, serán puestos sin demora a disposición del público y sistemáticamente actualizados.

\* \* \*

### Artículo 6. Condiciones exigibles a los proveedores o contratistas

1. a) El presente artículo será aplicable a la apreciación que en cualquier etapa del proceso de contratación efectúe la entidad adjudicadora de las condiciones exigibles a los proveedores o contratistas.

b) Para poder participar en el proceso de contratación, los proveedores o contratistas deberán demostrar su idoneidad satisfaciendo aquellos de los siguientes criterios que la entidad adjudicadora considere apropiados en el proceso de contratación de que se trate:

i) Poseer las calificaciones profesionales, la competencia profesional y técnica, los recursos financieros, el equipo y demás medios físicos, la capacidad empresarial, la fiabilidad, la experiencia, la reputación y el personal necesarios para ejecutar el contrato adjudicado;

ii) Tener capacidad jurídica para firmar el contrato adjudicado;

iii) No ser insolventes ni encontrarse en concurso de acreedores, en quiebra o en proceso de liquidación, y que sus negocios no hayan quedado bajo la administración de un tribunal o de un administrador judicial, que sus actividades comerciales no hayan sido suspendidas ni se haya iniciado procedimiento judicial alguno contra

ellos por cualquiera de las causas que anteceden;

- iv) Haber cumplido sus obligaciones fiscales y haber realizado sus aportaciones a la seguridad social en el Estado;
- v) No haber sido, ni ellos ni su personal directivo o ejecutivo, condenados por un delito relativo a su conducta profesional o fundado en una declaración falsa o fraudulenta acerca de su idoneidad para celebrar un contrato adjudicado en los . . . años (el Estado promulgante fijará el plazo) anteriores al inicio del proceso de contratación, ni haber sido descalificados en razón de un proceso de inhabilitación o de suspensión administrativa.

2. Salvo el derecho de los proveedores o contratistas a proteger su propiedad intelectual o sus secretos industriales, la entidad adjudicadora podrá pedir a los que participen en un proceso de contratación que suministren pruebas documentales apropiadas y otros datos que estime útiles para convencerse de que los proveedores o contratistas son idóneos de conformidad con los criterios a que se hace referencia en el inciso b) del párrafo 1.

3. Los requisitos que se fijan de conformidad con el presente artículo deberán ser enunciados en la documentación de precalificación, de haberla, y en el pliego de condiciones u otros documentos en que se soliciten propuestas, ofertas o cotizaciones y serán aplicables por igual a todos los proveedores o contratistas. La entidad adjudicadora no impondrá criterio, requisito o procedimiento alguno para evaluar la idoneidad de proveedores o contratistas diferente de los previstos en el presente artículo.

4. La entidad adjudicadora evaluará la idoneidad de los proveedores o contratistas según los criterios y procedimientos que se señalen en los documentos de precalificación, de haberlos, y en el pliego de condiciones u otros documentos en que se soliciten propuestas, ofertas o cotizaciones.

5. A reserva de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 8 y en el inciso d) del párrafo 4 del artículo 32, la entidad adjudicadora no establecerá criterio, requisito ni procedimiento alguno respecto de *las condiciones exigibles* a los proveedores o contratistas que discrimine contra o entre ellos o contra ciertas categorías de ellos en razón de la nacionalidad o que no sea objetivamente justificable.

6. a) La entidad adjudicadora descalificará a un proveedor o contratista si descubre en algún momento que la información presentada respecto de su idoneidad era falsa.

b) La entidad adjudicadora podrá descalificar a un proveedor o contratista si descubre en algún momento que la información presentada respecto de su idoneidad era sustancialmente incorrecta o sustancialmente incompleta.

c) En todo caso al que no sea aplicable el inciso a) del presente párrafo, la entidad adjudicadora no podrá descalificar a un proveedor o contratista en razón de que la información presentada respecto de la idoneidad de ese proveedor o contratista sea inexacta o incompleta en algún aspecto no esencial. El proveedor o contratista podrá ser

descalificado si no corrige sin demora esas deficiencias al ser requerido a ello por la entidad adjudicadora.

\* \* \*

#### Artículo 7. *Precalificación*

1. La entidad adjudicadora podrá convocar a precalificación con miras a seleccionar proveedores o contratistas idóneos antes de que se presenten ofertas o propuestas en un proceso de contratación pública con arreglo al capítulo III o al capítulo IV. Las disposiciones del artículo 6 serán aplicables a la precalificación.

2. La entidad adjudicadora, cuando convoque a precalificación, deberá proporcionar la documentación correspondiente al proveedor o contratista que lo solicite de conformidad con la invitación a la precalificación y que haya abonado, si lo hay, el precio de esa documentación. En el precio que la entidad adjudicadora podrá cobrar por la documentación de precalificación se reflejará únicamente el costo de imprimirla y de proporcionarla a los proveedores o contratistas.

3. La documentación de precalificación contendrá, por lo menos:

a) i) *En el proceso de licitación*, la información que, según los incisos a) a e), h) y, si ya se conoce, j) del párrafo 1 del artículo 23, deba incluirse en la invitación a presentar ofertas;

ii) *En la solicitud de propuestas*, la información a que se hace referencia en el inciso a) del párrafo 4 del artículo 38;

iii) *En (la solicitud de propuestas de servicios)*, la información a que se hace referencia en el párrafo 4 del artículo 39 bis;

b) La información siguiente:

i) Instrucciones para preparar y presentar las solicitudes de precalificación;

ii) Un resumen de las principales cláusulas y condiciones del contrato que se haya de firmar como resultado del proceso de contratación pública;

iii) Los documentos probatorios y demás información que deban presentar los proveedores o contratistas para demostrar su idoneidad;

iv) La forma y el lugar de presentación de las solicitudes de precalificación y el plazo para la presentación, con indicación de fecha y hora. El plazo dejará margen suficiente a los proveedores y contratistas para preparar y presentar sus solicitudes, así como para atender las necesidades razonables de la entidad adjudicadora;

v) Cualquier otro requisito que fije la entidad adjudicadora de conformidad con la presente Ley y la reglamentación de la contratación pública en lo relativo a la preparación y presentación de las solicitudes de precalificación y al proceso de ésta<sup>1</sup>.

4. La entidad adjudicadora dará respuesta a las solicitudes de aclaración de la documentación de precalificación que reciba de proveedores o contratistas con antelación razonable al vencimiento del plazo fijado para la presentación de las solicitudes de precalificación. La respuesta de la entidad adjudicadora será dada dentro de un plazo razonable que permita al proveedor o contratista presentar oportunamente su solicitud de precalificación. La respuesta a toda solicitud que quepa razonablemente prever que será de interés para otros proveedores o contratistas se comunicará, sin revelar el autor de la petición, a todos los proveedores o contratistas a quienes la entidad adjudicadora haya entregado la documentación de precalificación.

5. La entidad adjudicadora adoptará una decisión respecto de la idoneidad de cada uno de los proveedores o contratistas que se hayan presentado a la precalificación. Para llegar a esa decisión, la entidad adjudicadora aplicará exclusivamente los criterios enunciados en la documentación de precalificación.

6. La entidad adjudicadora comunicará sin demora a cada uno de los proveedores o contratistas que se hayan presentado a la precalificación si han sido o no seleccionados y, en general, dará a conocer a quien lo solicite los nombres de todos los proveedores o contratistas que hayan sido preseleccionados. Únicamente los proveedores o contratistas preseleccionados podrán seguir participando en el proceso de contratación pública.

7. La entidad adjudicadora comunicará los fundamentos de su decisión a los proveedores o contratistas que no hayan sido preseleccionados y que lo soliciten, sin estar por ello obligada a precisar los motivos ni indicar las razones de su decisión.

8. La entidad adjudicadora podrá exigir al proveedor o contratista preseleccionado que vuelva a demostrar su idoneidad con arreglo a los mismos criterios que se utilizaron para preseleccionarlo. La entidad adjudicadora descalificará al proveedor o contratista que no vuelva a demostrar su idoneidad pese a haber sido requerido a hacerlo. La entidad adjudicadora notificará sin demora a cada proveedor o contratista de quien se exija que vuelva a demostrar su idoneidad si ha logrado o no hacerlo a satisfacción de la entidad adjudicadora.

Los cambios introducidos en este párrafo se hacen de conformidad con el párrafo 90 del documento A/CN.9/389. Al hacer referencia en este párrafo al proceso de licitación, a la solicitud de propuestas y [a la solicitud de propuestas para servicios] solamente, se entiende que las disposiciones sobre la precalificación no son aplicables a la negociación competitiva, a la solicitud de cotizaciones ni a la contratación con un solo proveedor o contratista, dado que, para los efectos de estos métodos, la entidad adjudicadora no aceptará más que los proveedores o contratistas que estén calificados. Para la licitación en dos etapas y para el procedimiento de licitación restringida se aplicarán las normas del proceso de licitación.

\* \* \*

#### Artículo 8. Participación de proveedores y contratistas

1. Los proveedores o contratistas estarán autorizados a participar en los procesos de contratación sin distinción

alguna por razones de nacionalidad, salvo en los casos en que la entidad adjudicadora decida, por motivos especificados en las normas que rigen la contratación pública o de conformidad con otras normas legales, limitar la participación en el proceso de contratación por razones de nacionalidad.

2. La entidad adjudicadora que limite la participación por razones de nacionalidad con arreglo al párrafo 1 del presente artículo deberá incluir en el expediente del proceso de contratación una relación de los fundamentos y las circunstancias de su decisión.

3. La entidad adjudicadora, al dirigir su primera invitación a los proveedores o contratistas para que participen en el proceso de contratación, declarará que podrán hacerlo sin distinción alguna por razones de nacionalidad, declaración que no podrá modificar posteriormente. Sin embargo, si decide limitar la participación de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, incluirá una declaración en ese sentido.

\* \* \*

#### Artículo 9. Forma de las comunicaciones

1. Sin perjuicio de otras disposiciones de la presente Ley ni de los requisitos de forma impuestos por la entidad adjudicadora al dirigir su primera invitación a los proveedores o contratistas para participar en el proceso de contratación, los documentos, las notificaciones, las decisiones y las demás comunicaciones mencionadas en la presente Ley que la entidad adjudicadora o la autoridad administrativa haya de presentar a un proveedor o contratista o que un proveedor o contratista haya de presentar a la entidad adjudicadora se harán de tal forma que se deje constancia de su contenido.

2. Las comunicaciones entre los proveedores o contratistas y la entidad adjudicadora a que se hace referencia en los párrafos 4 y 6 del artículo 7, el inciso a) del párrafo 2 del artículo 29, el inciso d) del párrafo 1 del artículo 30, el párrafo 1 del artículo 32, el párrafo 3 del artículo 33, el párrafo 1 del artículo 35 y el párrafo 1 del artículo 37 podrán hacerse por cualquier medio que no deje constancia del contenido de la comunicación, con tal de que se dé seguidamente confirmación al destinatario por algún medio que deje constancia de la confirmación.

3. La entidad adjudicadora no discriminará contra ningún proveedor o contratista ni entre unos proveedores o contratistas y otros en razón de la forma en la cual transmitan o reciban documentos, notificaciones, decisiones o cualesquiera otras comunicaciones.

\* \* \*

#### Artículo 10. Documentos probatorios presentados por proveedores y contratistas

La entidad adjudicadora, cuando exija en el curso de un proceso de contratación la legalización de los documentos probatorios presentados por proveedores o contratistas para demostrar que cumplen las condiciones exigibles, no im-

pondrá requisito alguno con respecto a esa legalización que no haya sido ya previsto en la legislación del Estado en la materia.

\* \* \*

#### Artículo 11. Expediente del proceso de contratación

1. La entidad adjudicadora llevará un expediente del proceso de contratación en que conste, por lo menos, la siguiente información:

a) Una breve descripción de los bienes, de las obras o de los servicios que se han de contratar o de la necesidad a que obedece la solicitud de propuestas o de ofertas;

b) Los nombres y direcciones de los proveedores o contratistas que hayan presentado ofertas, propuestas o cotizaciones, y el nombre y la dirección del proveedor o contratista con quien se haya celebrado el contrato y el precio que figure en éste;

c) La información relativa a las condiciones que cumplen o no cumplen los proveedores o contratistas que hayan presentado ofertas, propuestas o cotizaciones;

d) El precio o la fórmula de determinación del precio y una reseña de las principales cláusulas y condiciones de cada oferta, propuesta o cotización y del contrato objeto de la adjudicación;

e) Una reseña de la evaluación y comparación de las ofertas, propuestas o cotizaciones, inclusive la aplicación de un margen de preferencia concedido con arreglo al inciso d) del párrafo 4 del artículo 32 y al inciso e) del párrafo 5 del artículo 39 bis;

f) De haber sido rechazadas todas las ofertas con arreglo al artículo 33, una enunciaci3n de las razones conforme al párrafo 1 de ese artículo;

g) En los procesos de contrataci3n por un método distinto de la convocatoria a licitaci3n en que no se haya adjudicado un contrato, una enunciaci3n de las razones de ello;

h) De haber sido rechazada una oferta, propuesta o cotización con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13, la informaci3n prevista en ese artículo;

i) En la adjudicaci3n de contratos por métodos distintos de la convocatoria a licitaci3n, la declaraci3n prevista en los párrafos 2 y 4 del artículo 16 de los motivos y circunstancias por los cuales la entidad adjudicadora haya seleccionado el método de contrataci3n que utilizó;

j) En los procesos de contrataci3n en que la entidad adjudicadora, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 8, limite la participaci3n de proveedores o contratistas por razones de nacionalidad, una declaraci3n de los motivos y circunstancias por los cuales impone esa limitaci3n;

k) Una reseña de las solicitudes de aclaraci3n de la documentaci3n de precalificaci3n o del pliego de condiciones y de las respuestas a estas solicitudes, así como una reseña de las modificaciones que se hayan introducido en esos documentos.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 31, las partes del expediente mencionadas en los incisos a) y b) del párrafo 1 del presente artículo se pondrán, si así

se solicita, a disposici3n de cualquiera después de la aceptaci3n de una oferta, una propuesta o una cotización, según corresponde, o después de finalizado el procedimiento de contrataci3n sin haberse adjudicado el contrato.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 31, las partes del expediente a que se hace referencia en los incisos c) a g) y k) del párrafo 1 del presente artículo se pondrán, si así se solicita, a disposici3n de los proveedores o contratistas que hayan presentado ofertas, propuestas o cotizaciones, o que se hayan presentado a la precalificaci3n, una vez aceptada la oferta, propuesta o cotización o una vez concluido el proceso de contrataci3n sin haberse adjudicado el contrato. Un tribunal competente podrá ordenar que se revelen en una etapa anterior las partes del expediente a que se hace referencia en los incisos c) a e) y k). No obstante, salvo mandamiento de hacerlo, dictado por un tribunal competente, y con arreglo a las condiciones que imponga el mandamiento, la entidad adjudicadora no revelará:

a) Datos cuya revelaci3n sea contraria a derecho, pueda obstaculizar la acci3n de la justicia, sea contraria al interés público, pueda ir en menoscabo de los intereses comerciales legítimos de las partes o sea contraria a una competencia leal; ni

b) Datos referentes al examen, a la evaluaci3n y la comparaci3n de las ofertas, propuestas o cotizaciones ni los precios contenidos en las ofertas, propuestas o cotizaciones fuera de la reseña a que se hace referencia en el inciso e) del párrafo 1.

4. La entidad adjudicadora no deberá indemnizar a los proveedores o contratistas por los daños y perjuicios sufridos meramente por el hecho de no llevar un expediente del proceso de contrataci3n de conformidad con el presente artículo.

\* \* \*

#### [Artículo 11 bis. Rechazo de todas las ofertas, propuestas o cotizaciones]

1. La entidad adjudicadora, (con la aprobaci3n de . . . (el Estado promulgante designará el órgano competente), y) de estar ello previsto en el pliego de condiciones o en otros documentos en que se soliciten ofertas, propuestas o cotizaciones, podrá rechazar todas las ofertas, propuestas o cotizaciones en cualquier momento antes de aceptar una oferta, propuesta o cotización. La entidad adjudicadora comunicará a los proveedores o contratistas que hayan presentado ofertas, propuestas o cotizaciones y que lo soliciten las razones por las cuales haya rechazado todas las ofertas, propuestas o cotizaciones, pero no estará obligada a justificar esas razones.

2. La entidad adjudicadora no incurrirá en responsabilidad respecto de los proveedores o contratistas que hayan presentado ofertas, propuestas o cotizaciones por el solo hecho de actuar de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo.

3. Se dará aviso sin demora del rechazo de todas las ofertas, propuestas o cotizaciones a todos los proveedores o contratistas que las hayan presentado.]

[Artículo 11 *ter.* *Entrada en vigor del contrato adjudicado*

1. En el proceso de licitación, la aceptación de la oferta y la entrada en vigor del contrato adjudicado se harán de conformidad con el artículo 35.

2. En todos los demás métodos de la contratación pública, la manera de entrada en vigor del contrato adjudicado se notificará a los proveedores o contratistas en los documentos en que se soliciten ofertas, propuestas o cotizaciones.]<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Este artículo responde al párrafo 142 del documento A/CN.9/389. Al considerar la posibilidad de incluir una disposición sobre la entrada en vigor del contrato en el caso de los demás métodos de contratación, se comprobaron las dificultades que existían para redactar una disposición que fuera apropiada y generalmente aplicable. El Grupo de Trabajo podría, por consiguiente, estudiar si bastaría con disponer que, en el caso de todos los demás métodos de contratación pública, la entidad adjudicadora debe solamente notificar a los proveedores o contratistas la manera en que entrará en vigor el contrato adjudicado.

\* \* \*

Artículo 12. *Anuncio público de las adjudicaciones de contratos*

1. La entidad adjudicadora anunciará públicamente sin demora las adjudicaciones de contratos.

2. La reglamentación de contratación pública podrá disponer la manera en que se ha de efectuar el anuncio público previsto en el párrafo 1.

3. El párrafo 1 no será aplicable a las adjudicaciones en que el precio que figure en el contrato sea inferior a [ . . . ].

\* \* \*

Artículo 13. *Incentivos ofrecidos por proveedores o contratistas*

La entidad adjudicadora (, con la aprobación de . . . (el Estado promulgante designará el órgano competente),) rechazará una oferta, propuesta o cotización cuando el proveedor o contratista que la presentó ofrezca, dé o con venga en dar, directa o indirectamente, a alguien que sea o haya sido funcionario o empleado de la entidad adjudicadora o a otra autoridad pública una gratificación de cualquier tipo, una oferta de empleo o cualquier otro objeto de utilidad o de valor a título de incentivo en relación con un acto o una decisión de la entidad adjudicadora o de un procedimiento aplicado por ella en relación con el proceso de contratación. Ese rechazo de la oferta, propuesta o cotización, así como sus causas, será consignado en el expediente del proceso y comunicado sin demora al proveedor o contratista.

\* \* \*

Artículo 14. *Reglas relativas a la descripción de los bienes o las obras*

1. No se incluirá ni utilizará en la documentación de precalificación, en el pliego de condiciones ni en otros

documentos en que se soliciten ofertas, propuestas o cotizaciones, especificación, plano, dibujo ni diseño alguno que indique las características técnicas o de calidad de los bienes, las obras o los servicios que se hayan de contratar, ni los requisitos relativos a ensayos y métodos de prueba, formas de envasado y empleo de marcas o etiquetas o de certificados de conformidad, ni símbolos o terminología, o descripciones de servicios, que creen obstáculos, comprendidos obstáculos por razones de nacionalidad, a la participación de proveedores o contratistas en el proceso de contratación.

2. En la medida de lo posible, las especificaciones, los planos, los dibujos, los diseños y los requisitos o las descripciones de los servicios se basarán en las características objetivas, técnicas y de calidad, de los bienes, las obras o los servicios que se hayan de contratar. No se exigirán ni mencionarán marcas comerciales, denominaciones, patentes, diseños, tipos, lugares de origen o productores determinados salvo que no exista otro medio suficientemente preciso o inteligible de describir las características de los bienes, las obras o los servicios que se hayan de contratar y con tal de que se incluyan en la descripción las palabras "o su equivalente" u otra expresión similar.

3. a) Para formular las especificaciones, los planos, los dibujos y los diseños que hayan de incluirse en la documentación de precalificación, en el pliego de condiciones o en otros documentos en que se soliciten ofertas, propuestas o cotizaciones a fin de dar a conocer las características técnicas y de calidad de los bienes, las obras o los servicios que se hayan de contratar se utilizarán, de haberlos, características, requisitos, símbolos y terminología normalizados;

b) Para formular las cláusulas y condiciones del contrato que haya de adjudicarse como resultado del procedimiento de contratación y para describir otros aspectos pertinentes de la documentación de precalificación, el pliego de condiciones y otros documentos en los que se soliciten ofertas, propuestas o cotizaciones, se tendrá debidamente en cuenta la utilización, de haberlas, de cláusulas comerciales normalizadas.

\* \* \*

Artículo 15. *Idioma*

La documentación de precalificación, el pliego de condiciones y los demás documentos en los que se soliciten propuestas, ofertas o cotizaciones estarán redactados en . . . (el Estado promulgante indicará su idioma oficial o sus idiomas oficiales) (y en un idioma de uso corriente en el comercio internacional, excepto cuando:

a) El procedimiento de contratación se limite únicamente a proveedores o contratistas nacionales, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 8, o

b) La entidad adjudicadora decida, dado el escaso valor de los bienes o las obras que se han de contratar, que sólo es probable que estén interesados en ellos proveedores o contratistas nacionales).

\* \* \*

## Capítulo II. Métodos de contratación y condiciones para aplicarlos

### Artículo 16. *Métodos de contratación*

1. Salvo que en el presente capítulo se disponga otra cosa, la entidad adjudicadora que desee adjudicar un contrato de bienes o de obras deberá hacerlo mediante convocatoria a licitación.

2. Para la contratación de bienes o de obras, la entidad adjudicadora sólo podrá aplicar un método de contratación pública distinto del de la licitación de poderlo hacer a tenor de lo dispuesto en los artículos 17, 18, 19 ó 20.

3. Para la contratación de servicios, la entidad adjudicadora deberá aplicar los procedimientos enunciados en el artículo 39 bis, salvo que determine que:

a) Se pueden formular especificaciones detalladas y, habida cuenta de la índole de los servicios que han de contratarse, sería más apropiado que se convocara a licitación; o

b) Sería más apropiado (, con la aprobación de... (el Estado promulgante designará el órgano competente),) aplicar alguno de los métodos de contratación considerados en el artículo 17, o aquel método, entre los considerados en los artículos 18 a 20, respecto del cual se cumplan las condiciones requeridas para su aplicación.

4. La entidad adjudicadora consignará en el expediente requerido por el artículo 11 una declaración con los motivos y circunstancias por los que aplicó uno de los métodos de contratación previstos en el párrafo 2 o en los incisos a) o b) del párrafo 3.

\* \* \*

### Artículo 17. *Condiciones para la licitación en dos etapas, la solicitud de propuestas o la negociación competitiva*

1. La entidad adjudicadora podrá (, con la aprobación de... (el Estado promulgante designará el órgano competente),) hacer una licitación en dos etapas con arreglo al artículo 36, una solicitud de propuestas de conformidad con el artículo 38 o una negociación competitiva de conformidad con el artículo 39, en las circunstancias siguientes:

a) Cuando la entidad adjudicadora no esté en condiciones de formular especificaciones detalladas de los bienes, las obras o los servicios y, con miras a llegar a la solución que mejor atienda a sus necesidades:

i) Solicite ofertas o propuestas acerca de las diversas posibilidades de atender a esas necesidades; o,

ii) En razón de la índole técnica de los bienes o de las obras o en razón de la índole de los servicios, sea necesario que negocie con los proveedores o contratistas;

b) Cuando la entidad adjudicadora desee firmar un contrato para fines de investigación, experimentación, estudio o desarrollo encaminado a la obtención de un prototipo, salvo que en el contrato se haya previsto la producción de

bienes en cantidad suficiente para asegurar su viabilidad comercial o para amortizar los gastos de investigación y desarrollo;

c) Cuando la entidad adjudicadora haya de aplicar la presente Ley, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 1, a un contrato que revista interés para la defensa o la seguridad nacionales y decida que el método seleccionado es el más apropiado para la contratación; o,

d) Cuando, habiéndose publicado una convocatoria a licitación, no se hayan presentado ofertas o la entidad adjudicadora haya rechazado todas de conformidad con el artículo 13, el párrafo 3 del artículo 32 o el artículo 33 y no sea probable, a juicio de la entidad adjudicadora, que una nueva convocatoria a licitación permita adjudicar un contrato.

2. La entidad adjudicadora podrá también (, con la aprobación de... (el Estado promulgante designará el órgano competente),) entablar una negociación competitiva cuando:

a) La necesidad de los bienes, o las obras sea tan urgente que resulte inviable entablar un proceso de licitación, siempre que las circunstancias que hayan dado lugar a la urgencia no sean previsibles para la entidad adjudicadora ni obedezcan a una conducta dilatoria de su parte; o,

b) La necesidad de los bienes, de las obras o de los servicios sea tan urgente en razón de alguna catástrofe que resulte inviable recurrir a otro método de contratación por el tiempo que ello requeriría.

\* \* \*

### Artículo 18. *Condiciones para el procedimiento de licitación restringida*

La entidad adjudicadora podrá (, con la aprobación de... (el Estado promulgante designará el órgano competente),) cuando sea necesario por razones de economía y eficiencia, recurrir a la contratación mediante el procedimiento de licitación restringida de conformidad con el artículo 37, cuando:

a) Los bienes, las obras o los servicios, en razón de su gran complejidad o su carácter especializado, sólo puedan obtenerse de un número limitado de proveedores o contratistas; o

b) El tiempo y los gastos que requerirían el examen y la evaluación de un gran número de ofertas serían desproporcionados con respecto al valor de los bienes, las obras o los servicios que se hayan de contratar.

\* \* \*

### Artículo 19. *Condiciones para la solicitud de cotizaciones*

1. La entidad adjudicadora podrá (, con la aprobación de... (el Estado promulgante designará el órgano competente),) solicitar cotizaciones, de conformidad con el artículo 40, cuando se trate de bienes o servicios de disponibilidad inmediata que no sean fabricados o prestados por encargo siguiendo sus propias especificaciones y que tengan un mercado establecido, con tal de que el monto

estimado del contrato objeto de la adjudicación sea inferior al fijado en la reglamentación de la contratación pública.

2. La entidad adjudicadora no dividirá el objeto de la contratación en contratos separados a fin de poder hacer valer el párrafo 1 del presente artículo.

\* \* \*

#### Artículo 20. *Condiciones para la contratación con un solo proveedor o contratista*

1. La entidad adjudicadora (, con la aprobación de . . . (el Estado promulgante designará el órgano competente)), podrá contratar con un solo proveedor o contratista de conformidad con el artículo 41 cuando:

a) Los bienes, las obras o, a causa de su índole singular<sup>1</sup>, los servicios sólo puedan obtenerse de un determinado proveedor o contratista o un determinado proveedor o contratista goce de un derecho exclusivo respecto de ellos y no exista alternativa o sustituto razonable;

b) La necesidad de los bienes, de las obras o de los servicios sea tan urgente que resulte inviable entablar un proceso de licitación, o cualquier otro método de contratación pública, siempre que las circunstancias que hayan dado lugar a la urgencia no sean previsibles para la entidad adjudicadora ni obedezcan a una conducta dilatoria de su parte;

c) La necesidad de los bienes, de las obras o de los servicios sea tan urgente en razón de alguna catástrofe que resulte inviable recurrir a otro método de contratación por el tiempo que ello requeriría;

d) Habiendo adquirido ya bienes, equipo o tecnología de un proveedor o contratista, decida adquirir más productos del mismo proveedor o contratista por razones de normalización o por la necesidad de asegurar su compatibilidad con los bienes, el equipo o la tecnología que se estén utilizando o con los servicios de índole singular que se estén prestando<sup>1</sup>, teniendo en cuenta si el contrato original sirvió para atender las necesidades de la entidad adjudicadora, el monto limitado del contrato propuesto en relación con el contrato original, si el precio es razonable y la inexistencia de alternativas adecuadas;

e) La entidad adjudicadora desee firmar un contrato para fines de investigación, experimentación, estudio o desarrollo encaminado a la obtención de un prototipo, salvo que en el contrato se haya previsto la producción de bienes en cantidad suficiente para asegurar su viabilidad comercial o para amortizar los gastos de investigación y desarrollo; o,

f) Haya de aplicar la presente Ley, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 1, a un contrato que revista interés para la defensa o la seguridad nacionales y decida que el método seleccionado constituye el más apropiado para la adjudicación.

2. La entidad adjudicadora, con la aprobación de . . . (cada Estado designará el órgano competente), y previo aviso al público, dando oportunidad suficiente para formular observaciones, podrá contratar con un solo proveedor o contratista cuando la contratación con un determinado proveedor o contratista sea necesaria a efectos de la aplicación

de los criterios enumerados en el apartado iii) del inciso c) del párrafo 4 del artículo 32, a condición de que no sea posible lograr el mismo efecto adjudicando el contrato a otro proveedor o contratista.

<sup>1</sup>Las enmiendas que anteceden se han hecho de conformidad con el párrafo 101 del documento A/CN.9/389. Con todo, la referencia a la índole singular de los servicios puede suscitar alguna incertidumbre, ya que cabe también que algunos bienes u obras sólo puedan obtenerse de un único proveedor o contratista a causa de su carácter singular. En consecuencia, el Grupo de Trabajo podría considerar si está justificado hacer referencia específicamente a la naturaleza singular de los servicios en los incisos a) y d).

\* \* \*

### Capítulo III. Proceso de licitación

#### Sección I. *Convocatoria a licitación y a la precalificación*

##### Artículo 21. *Licitación nacional*

En los procesos de contratación en que:

a) La participación esté limitada únicamente a proveedores o contratistas nacionales de conformidad con el párrafo 1 del artículo 8; o,

b) La entidad adjudicadora decida, en vista del escaso valor de los bienes, las obras o los servicios que se han de contratar, que es probable que únicamente proveedores o contratistas nacionales tengan interés en presentar ofertas, la entidad adjudicadora no estará obligada a aplicar los procedimientos enunciados en el párrafo 2 del artículo 22, los incisos h) e i) del párrafo 1 del artículo 23, los incisos c) y d) del párrafo 2 del artículo 23, los incisos j), k) y s) del artículo 25 y el inciso c) del párrafo 1 del artículo 30 de la presente Ley.

\* \* \*

##### Artículo 22. *Procedimientos de convocatoria a licitación o a la precalificación*

1. La entidad adjudicadora solicitará ofertas o, cuando corresponda, solicitudes de precalificación mediante la publicación de una convocatoria en . . . (el Estado promulgante indicará la gaceta u otra publicación oficial donde ha de aparecer la convocatoria).

2. La convocatoria a licitación o a la precalificación deberá también publicarse, en un idioma de uso corriente en el comercio internacional, en un periódico de gran difusión internacional o en una publicación pertinente del ramo o una revista técnica de amplia circulación internacional.

\* \* \*

##### Artículo 23. *Contenido de la convocatoria a licitación o a la precalificación*

1. La convocatoria a licitación contendrá, por lo menos, la información siguiente:

a) El nombre y la dirección de la entidad adjudicadora;

b) La índole y la cantidad, así como el lugar de entrega, de los bienes que hayan de suministrarse, la índole y ubicación de las obras que hayan de efectuarse o la índole de los servicios que hayan de prestarse y el lugar donde hayan de prestarse y, si procede, donde se presten;

c) El plazo conveniente o necesario para el suministro de los bienes o la terminación de las obras o el plazo necesario para la prestación de los servicios;

d) Los criterios y procedimientos que se aplicarán para evaluar la idoneidad de proveedores o contratistas de conformidad con el inciso b) del párrafo 1 del artículo 6;

e) Una declaración, que no podrá ser modificada ulteriormente, de que el proceso de contratación estará abierto a la participación de proveedores o contratistas sin distinción alguna por razones de nacionalidad o una declaración que limite la participación por razones de esa índole de conformidad con el párrafo 1 del artículo 8;

f) La forma de obtener el pliego de condiciones y el lugar donde éste podrá obtenerse;

g) El precio, si lo hubiere, que cobre la entidad adjudicadora por el pliego de condiciones;

h) La moneda y la forma de pago del precio del pliego de condiciones;

i) El idioma o los idiomas en que podrá obtenerse el pliego de condiciones;

j) El lugar y el plazo para la presentación de ofertas.

2. La convocatoria a la precalificación contendrá, por lo menos, los datos a que se hace referencia en los incisos a) a e), g), h) y, si ya se conoce, j) del párrafo 1, así como los siguientes:

a) La forma de obtener los documentos de precalificación y el lugar donde podrán obtenerse;

b) El precio, si lo hubiere, que cobre la entidad adjudicadora por la documentación de precalificación;

c) La moneda y las condiciones de pago del precio de la documentación de precalificación;

d) El idioma o los idiomas en que se podrán obtener la documentación de precalificación; y

e) El lugar y el plazo para la presentación de las solicitudes de precalificación.

\* \* \*

#### Artículo 24. Entrega del pliego de condiciones

La entidad adjudicadora entregará el pliego de condiciones a los proveedores o contratistas de conformidad con los trámites y requisitos indicados en la convocatoria a licitación. Si ha habido precalificación, la entidad adjudicadora entregará un ejemplar del pliego de condiciones a cada proveedor o contratista que haya sido seleccionado y pague, en su caso, el precio del pliego. El precio que la entidad adjudicadora podrá cobrar a los proveedores o contratistas por el pliego de condiciones no podrá exceder del costo de su impresión y de su distribución a los proveedores o contratistas.

\* \* \*

#### Artículo 25. Contenido del pliego de condiciones

El pliego de condiciones contendrá, por lo menos, la siguiente información:

a) Instrucciones para preparar las ofertas;

b) Los criterios y procedimientos que, conforme a lo dispuesto en el artículo 6, se aplicarán para evaluar la idoneidad de los proveedores o contratistas, así como para volver a demostrarla de conformidad con el párrafo 6 del artículo 32;

c) Los requisitos en materia de documentos probatorios y demás datos que deban presentar los contratistas o proveedores para demostrar su idoneidad;

d) La índole y las características técnicas y de calidad que, conforme al artículo 14, deban tener los bienes, las obras o los servicios que se hayan de contratar, con indicación de, por lo menos, las especificaciones técnicas y los planos, dibujos o diseños que correspondan, la cantidad de los bienes, el lugar donde hayan de efectuarse las obras o donde hayan de prestarse los servicios y, si procede, donde se presten, los servicios accesorios que hayan de prestarse y, si procede, el plazo conveniente o necesario en que hayan de entregarse los bienes, efectuarse las obras o prestarse los servicios;

e) Los criterios que habrá de emplear la entidad adjudicadora para determinar la oferta ganadora, así como cualquier margen de preferencia y cualquier criterio distinto del precio que haya de emplearse con arreglo a los incisos b), c) o d) del párrafo 4 del artículo 32 y el coeficiente relativo de ponderación correspondiente a cada uno de esos criterios;

f) Las cláusulas y condiciones del contrato, de ser conocidas por la entidad adjudicadora, y el formulario de contrato, si lo hubiere, que hayan de firmar las partes;

g) De estar permitido presentar variantes de las características de los bienes, de las obras, de los servicios, de las cláusulas y condiciones del contrato o de otros requisitos fijados en el pliego de condiciones, una declaración en ese sentido y una descripción de la manera en que habrán de evaluarse y compararse las ofertas alternativas;

h) De estar permitido que los proveedores o contratistas presenten ofertas que correspondan únicamente a una parte de los bienes o de las obras que se han de contratar, una descripción de la parte o las partes correspondientes;

i) La forma en que habrá de expresarse el precio de las ofertas, así como una indicación de si ese precio incluirá otros elementos distintos del costo de los bienes, de las obras o de los servicios, como cualesquiera gastos por concepto de transporte y seguros, derechos de aduana e impuestos que sean aplicables;

j) La moneda o las monedas en que habrá de expresarse el precio de las ofertas;

k) El idioma o los idiomas en que, de conformidad con el artículo 27, habrán de prepararse las ofertas;

l) Cualquier exigencia de la entidad adjudicadora relativa a la institución emisora, la índole, la forma, la cuantía y otras cláusulas y condiciones importantes de la garantía de la oferta que hayan de dar los proveedores o contratistas que presenten una oferta, así como a las garantías de

ejecución del contrato adjudicado que haya de dar el proveedor o contratista que celebre el contrato adjudicado, tales como las garantías por concepto de mano de obra o de materiales;

m) Si un proveedor o contratista no puede modificar ni retirar su oferta antes de que venza el plazo para la presentación de ofertas sin perder su garantía de la oferta, una declaración en ese sentido;

n) La forma, el lugar y el plazo para la presentación de ofertas de conformidad con el artículo 28;

o) Los medios por los cuales los proveedores o contratistas podrán, de conformidad con el artículo 26, pedir aclaraciones respecto del pliego de condiciones, y una indicación de si la entidad adjudicadora se propone convocar, en esta ocasión, una reunión de proveedores o contratistas;

p) El plazo de validez de las ofertas, de conformidad con el artículo 29;

q) El lugar, la fecha y la hora de apertura de las ofertas, de conformidad con el artículo 31;

r) Los trámites para la apertura y el examen de las ofertas;

s) La moneda que se utilizará a efectos de evaluar y comparar las ofertas de conformidad con el párrafo 5 del artículo 32 y el tipo de cambio que se utilizará para la conversión a esa moneda, o una indicación de que se utilizará el tipo de cambio publicado por determinada institución financiera vigente en determinada fecha;

t) Remisiones a la presente Ley, a la reglamentación de contratación pública o a cualquier otra disposición de derecho interno que sean directamente aplicables al proceso de contratación, en la inteligencia de que la omisión de cualquiera de esas remisiones no constituirá motivo suficiente para presentar un recurso con arreglo al artículo 42 ni dará lugar a responsabilidad de la entidad adjudicadora;

u) El nombre, el cargo y la dirección de los funcionarios o empleados de la entidad adjudicadora que hayan sido autorizados para tener comunicación directa con los proveedores o contratistas en relación con el proceso de contratación, sin intervención de un intermediario;

v) Las obligaciones que haya de contraer el proveedor o contratista al margen del contrato adjudicado, tales como las de comercio compensatorio o de transferencia de tecnología;

w) Una notificación del derecho de recurso previsto en el artículo 42 de la presente Ley contra los actos o decisiones ilícitos de la entidad adjudicadora o contra los procedimientos por ella aplicados en relación con el proceso de contratación;

x) Cuando la entidad adjudicadora se reserve el derecho a rechazar todas las ofertas de conformidad con el artículo 33, una declaración en ese sentido;

y) Las formalidades que sean necesarias, una vez aceptada una oferta, para la validez del contrato adjudicado, inclusive, cuando corresponda, la firma de un contrato escrito de conformidad con el artículo 35 o la aprobación de una autoridad más alta o del gobierno y una estimación del tiempo que, una vez expedido el aviso de aceptación, se necesitará para obtener esa aprobación;

z) Cualquier otro requisito establecido por la entidad adjudicadora de conformidad con la presente Ley y la reglamentación de la contratación pública en relación con la preparación y presentación de ofertas y con otros aspectos del proceso de contratación.

\* \* \*

#### Artículo 26. *Aclaraciones y modificaciones del pliego de condiciones*

1. Los proveedores o contratistas podrán solicitar a la entidad adjudicadora aclaraciones acerca del pliego de condiciones. La entidad adjudicadora dará respuesta a las solicitudes de aclaración que reciba dentro de un plazo razonable antes de que venza el fijado para la presentación de ofertas. La entidad adjudicadora responderá en un plazo razonable que permita al proveedor o contratista presentar oportunamente su oferta y comunicará la aclaración, sin indicar el origen de la solicitud, a todos los proveedores o contratistas a los cuales haya entregado el pliego de condiciones.

2. La entidad adjudicadora podrá, en cualquier momento antes de que venza el plazo para la presentación de ofertas y por cualquier motivo, sea por iniciativa propia o en razón de una solicitud de aclaración, modificar el pliego de condiciones mediante una adición, la cual será comunicada sin demora a todos los proveedores o contratistas a los cuales la entidad adjudicadora haya entregado el pliego de condiciones y será obligatoria para ellos.

3. La entidad adjudicadora, si convoca una reunión de proveedores o contratistas, levantará minutas de ella en las que se consignen las solicitudes de aclaración del pliego de condiciones que se hayan formulado, sin indicar al autor, y sus respuestas. Las minutas serán proporcionadas sin demora a los proveedores o contratistas a los cuales la entidad adjudicadora haya entregado el pliego de condiciones a fin de que puedan tenerlas en cuenta al preparar sus ofertas.

\* \* \*

#### *Sección II. Presentación de las ofertas*

##### Artículo 27. *Idioma de las ofertas*

Las ofertas podrán ser formuladas y presentadas en el idioma en que se haya publicado el pliego de condiciones o en cualquier otro idioma que la entidad adjudicadora indique en el pliego de condiciones.

\* \* \*

##### Artículo 28. *Presentación de las ofertas*

1. La entidad adjudicadora fijará el lugar y una fecha y hora determinadas como plazo para la presentación de las ofertas.

2. La entidad adjudicadora, cuando publique con arreglo al artículo 26 una aclaración o modificación del pliego de condiciones o convoque una reunión de contratistas o

proveedores, deberá, antes de que venza el plazo para la presentación de ofertas, prorrogar ese plazo si ello fuere necesario para dejar a proveedores o contratistas un margen de tiempo razonable a fin de tener en cuenta en sus ofertas la aclaración o modificación o las minutas de la reunión.

3. La entidad adjudicadora podrá, a su entera discreción, prorrogar el plazo para la presentación de ofertas, antes de su vencimiento, cuando resulte imposible a uno o más de los proveedores o contratistas, por circunstancias ajenas a su voluntad, presentar sus ofertas dentro del plazo.

4. Las prórrogas del plazo deberán ser notificadas sin demora a cada uno de los proveedores o contratistas a los cuales la entidad adjudicadora haya entregado el pliego de condiciones.

5. a) Salvo lo dispuesto en el inciso b), las ofertas deberán presentarse por escrito, firmadas y en sobre sellado;

b) Sin perjuicio del derecho de los proveedores o contratistas de presentar una oferta en la forma referida en el inciso a), la oferta puede además ser presentada 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;

c) La entidad adjudicadora dará a los contratistas y proveedores que lo soliciten un recibo en que consten la fecha y la hora de la presentación de su oferta.

6. Las ofertas que la entidad adjudicadora reciba una vez vencido el plazo para su presentación no serán abiertas, sino que serán devueltas a los proveedores o contratistas que las hayan presentado.

\* \* \*

#### Artículo 29. *Plazo de validez de las ofertas: modificación y retirada de las ofertas*

1. Las ofertas tendrán validez durante el período indicado en el pliego de condiciones.

2. a) Antes de que venza el plazo de validez de las ofertas, la entidad adjudicadora podrá solicitar del proveedor o contratista una prórroga de duración determinada. El proveedor o contratista podrá denegar la solicitud sin perder por ello su garantía de la oferta y la validez de su oferta cesará al expirar el plazo de validez no prorrogado;

b) El proveedor o contratista que acepte prorrogar el plazo de validez de su oferta deberá prorrogar o negociar una prórroga del plazo de validez de su garantía de la oferta o presentar una nueva garantía de la oferta que comprenda el período de prórroga de validez de su oferta. Se considerará que el proveedor o contratista cuya garantía de la oferta no sea prorrogada o que no presente una garantía nueva ha denegado la solicitud de prórroga de la validez de su oferta.

3. A menos que en el pliego de condiciones se estipule otra cosa, el proveedor o contratista podrá modificar o retirar su oferta antes de que venza el plazo para presentarla

sin perder por ello su garantía de la oferta. La modificación o el aviso de retirada de la oferta serán válidos siempre que la entidad adjudicadora los reciba antes de que venza el plazo fijado para la presentación de ofertas.

\* \* \*

#### Artículo 30. *Garantías de la oferta*

1. Cuando la entidad adjudicadora exija una garantía de la oferta al proveedor o contratista que presente una oferta:

a) Ese requisito será aplicable a todos los proveedores o contratistas;

b) En el pliego de condiciones se podrá estipular que el emisor de la garantía de la oferta y su confirmante, si lo hubiere, y así como la forma y las cláusulas de esa garantía deben ser aceptables para la entidad adjudicadora;

c) No obstante lo dispuesto en el inciso que antecede, la entidad adjudicadora no podrá rechazar una garantía de la oferta aduciendo que no ha sido emitida por un emisor del Estado si la garantía de la oferta y el emisor satisfacen, por lo demás, los requisitos establecidos en el pliego de condiciones (, salvo que la aceptación de esa garantía de la oferta por la entidad adjudicadora sea contraria a la ley del Estado);

d) El proveedor o contratista, antes de presentar su oferta, podrá solicitar de la entidad adjudicadora que confirme que el emisor de la garantía de la oferta o, cuando proceda, el confirmante son aceptables; la entidad adjudicadora atenderá sin demora esa solicitud;

e) El hecho de que la entidad adjudicadora confirme que el emisor propuesto o, cuando proceda, el confirmante de la garantía son aceptables no obstará para que rechace la garantía de la oferta en razón de la insolvencia o falta de capacidad crediticia de uno u otro;

f) La entidad adjudicadora especificará en el pliego de condiciones los requisitos relativos al emisor y a la índole, la forma, la cuantía y otras cláusulas y condiciones fundamentales de la garantía de la oferta; los requisitos que tengan que ver directa o indirectamente con el comportamiento del proveedor o contratista que presente la oferta se referirán únicamente a:

i) La retirada o la modificación de la oferta una vez vencido el plazo para la presentación de ofertas o antes del vencimiento, si así se estipula en el pliego de condiciones;

ii) El hecho de no firmar el contrato adjudicado, previo requerimiento de la entidad adjudicadora;

iii) El hecho de no dar la garantía de cumplimiento del contrato que le sea requerida una vez aceptada la oferta o de no cumplir cualquier otra condición previa a la firma del contrato adjudicado que se haya especificado en el pliego de condiciones.

2. La entidad adjudicadora no reclamará el pago de la garantía de la oferta y devolverá o hará devolver sin demora el título de la garantía al proveedor o contratista que la haya presentado tan pronto como se dé la primera de las siguientes circunstancias:

- a) La expiración de la garantía de la oferta;
- b) La entrada en vigor del contrato adjudicado y la constitución de una garantía de cumplimiento del contrato, si el pliego de condiciones lo exige;
- c) La terminación del proceso de licitación sin que haya entrado en vigor un contrato; o,
- d) La retirada de la oferta antes de haber vencido el plazo para la presentación de ofertas, a menos que en el pliego de condiciones se estipule que no se permite tal retirada.

\* \* \*

### Sección III. Evaluación y comparación de las ofertas

#### Artículo 31. Apertura de las ofertas

1. Las ofertas se abrirán en la fecha y la hora indicadas en el pliego de condiciones como plazo para la presentación de ofertas o al expirar cualquier prórroga de ese plazo, en el lugar y con las formalidades que se hayan indicado en el pliego de condiciones.
2. 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.
3. El nombre y la dirección de cada proveedor o contratista cuya oferta sea abierta y el precio de esa oferta se anunciarán a los presentes en el acto de apertura y, previa solicitud, se comunicarán a los proveedores o contratistas que hayan presentado ofertas y no estén presentes ni representados en el acto de apertura; además, serán anotados de inmediato en el expediente de la convocatoria a licitación previsto en el artículo 11.

\* \* \*

#### Artículo 32. Examen, evaluación y comparación de las ofertas

1. a) La entidad adjudicadora, para facilitar el examen, la evaluación y la comparación de las ofertas, podrá solicitar que cualquier proveedor o contratista aclare la suya. No se solicitará, ofrecerá ni autorizará modificación alguna en cuanto al fondo de la oferta presentada, como una modificación del precio o una modificación que tienda a hacer conforme una oferta que no lo sea;
  - b) No obstante lo dispuesto en el inciso a) del presente párrafo, la entidad adjudicadora corregirá los errores meramente aritméticos que se descubran durante el examen de las ofertas. La entidad adjudicadora notificará prontamente la corrección al proveedor o contratista que haya presentado la oferta.
2. a) A reserva de lo dispuesto en el inciso b) del presente párrafo, la entidad adjudicadora únicamente podrá considerar conforme la oferta que cumpla todos los requisitos enunciados en el pliego de condiciones;
  - b) La entidad adjudicadora podrá considerar conforme una oferta aun cuando contenga pequeñas diferencias que no entrañen mayor alteración ni se aparten de las

características, cláusulas, condiciones y demás requisitos enunciados en el pliego de condiciones o aun cuando adolezca de errores u omisiones que se puedan corregir sin entrar en los elementos de fondo de la licitación. Las diferencias de esa índole serán cuantificadas, en la medida de lo posible, y debidamente ponderadas al evaluar y comparar las ofertas.

3. La entidad adjudicadora no aceptará una oferta:

- a) Cuando el proveedor o contratista que la haya presentado resulte no ser idóneo;
- b) Cuando el proveedor o contratista que la haya presentado no acepte la corrección de un error de cálculo de conformidad con el inciso b) del párrafo 1 del presente artículo;
- c) Cuando la oferta no sea conforme;
- d) En las circunstancias a que se hace referencia en el artículo 13.

4. a) La entidad adjudicadora evaluará y comparará las ofertas aceptadas a fin de determinar la oferta ganadora, con arreglo al inciso b) del presente párrafo, según los procedimientos y criterios enunciados en el pliego de condiciones. No se aplicará criterio alguno que no esté enunciado en el pliego de condiciones;

b) La oferta ganadora será:

- i) Aquella cuyo precio sea más bajo, a reserva de cualquier margen de preferencia que sea aplicable de conformidad con el inciso d) del presente párrafo; o,
- ii) Previa estipulación en el pliego de condiciones, aquella que sea calificada de más económica en función de criterios enunciados en el pliego de condiciones y que deberán ser en la medida de lo posible objetivos y cuantificables; en el proceso de evaluación se asignará a estos factores un coeficiente relativo de ponderación o se hará una cuantificación en dinero, de ser posible;

c) La entidad adjudicadora, al determinar la oferta más económica de conformidad con el apartado ii) del inciso b) del presente párrafo, únicamente podrá tener en cuenta lo siguiente:

- i) El precio de la oferta, a reserva de cualquier margen de preferencia que sea aplicable según el inciso d);
- ii) El costo de la utilización, el mantenimiento o la reparación de los bienes o las obras, el plazo para la entrega de los bienes, la terminación de las obras o la prestación de los servicios, las características funcionales de los bienes o las obras, las condiciones de pago y las condiciones de las garantías ofrecidas respecto de los bienes, las obras o los servicios;
- iii) El efecto que tendría la aceptación de una oferta sobre la balanza de pagos y las reservas de divisas [del Estado], los acuerdos de comercio compensatorio ofrecidos por los proveedores o contratistas, la proporción de contenido local, desde el punto de vista de la fabricación y de la mano de obra y los materiales, que los proveedores o contratistas ofrezcan respecto de los

bienes, las obras o los servicios, las perspectivas de desarrollo económico, de inversiones o de otras actividades comerciales que ofrezcan las ofertas, el fomento del empleo, la reserva de determinada parte de la producción a los proveedores internos, la transferencia de tecnología y el desarrollo de conocimientos especializados de gestión, científicos u operacionales [. . . (el Estado promulgante podrá ampliar la presente lista con otros criterios)]; y

iv) Consideraciones de seguridad o defensa nacionales;

d) De estar autorizado por los reglamentos de la contratación pública, (y con la aprobación de . . . (el Estado promulgante designará el órgano competente),) la entidad adjudicadora, al evaluar y comparar las ofertas, podrá conceder un margen de preferencia a las ofertas de obras presentadas por contratistas nacionales, a las ofertas de bienes que vayan a ser producidos en el país o a las ofertas de servicios que vayan a ser prestados por proveedores nacionales. El margen de preferencia se calculará de conformidad con los reglamentos de contratación pública y quedará reflejado en el expediente del proceso de contratación.

5. A los efectos de la evaluación y comparación de las ofertas, los precios que están expresados en dos o más monedas se deberán convertir a una misma moneda de acuerdo con el tipo expresado en el pliego de condiciones de conformidad con el inciso s) del artículo 25.

6. La entidad adjudicadora, haya habido o no precalificación conforme al artículo 7, podrá exigir al proveedor o contratista que haya presentado la oferta ganadora con arreglo al inciso b) del párrafo 4 del presente artículo que vuelva a demostrar su idoneidad mediante criterios y procedimientos que se ajusten a lo dispuesto en el artículo 6. Los criterios y procedimientos que se utilicen deberán estar enunciados en el pliego de condiciones. De haber habido precalificación, los criterios que se utilicen deberán ser los mismos que se hayan aplicado en ella.

7. Cuando se pida con arreglo al párrafo precedente al proveedor o contratista que haya presentado la oferta ganadora que vuelva a demostrar su idoneidad con arreglo al párrafo 6 del presente artículo, y éste no lo haga, la entidad adjudicadora rechazará esa oferta y seleccionará otra, de conformidad con el párrafo 4 del presente artículo, entre las ofertas restantes a reserva del derecho que le cabe, con arreglo al párrafo 1 del artículo 33, de rechazarlas todas.

8. A reserva de lo dispuesto en el artículo 11, no se revelará información alguna relativa al examen, la aclaración, la evaluación o la comparación de ofertas a los proveedores o contratistas ni a ninguna otra persona que no haya intervenido oficialmente en el examen, la evaluación o la comparación o en la determinación de la oferta ganadora.

\* \* \*

Artículo 33. *Rechazo de todas las ofertas* [trasladado al artículo 11 bis]

\* \* \*

Artículo 34. *Prohibición de negociaciones con los proveedores o contratistas*

La entidad adjudicadora no celebrará negociación alguna con ningún proveedor o contratista respecto de la oferta que haya presentado.

\* \* \*

Artículo 35. *Aceptación de una oferta y entrada en vigor del contrato*

1. A reserva de lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 32 y en el artículo 33, se aceptará la oferta declarada ganadora de conformidad con el inciso b) del párrafo 4 del artículo 32. La aceptación será notificada sin demora al proveedor o contratista que haya presentado la oferta.

2. a) No obstante lo dispuesto en el párrafo 4 del presente artículo, se podrá exigir en el pliego de condiciones que el proveedor o contratista cuya oferta haya sido aceptada firme un contrato escrito en los términos de la oferta. En ese caso, la entidad adjudicadora (el ministerio competente) y el proveedor o contratista firmarán el contrato dentro de un plazo razonable contado a partir del momento en que se expida al proveedor o contratista el aviso previsto en el párrafo 1 del presente artículo;

b) A reserva de lo dispuesto en el párrafo 3 del presente artículo, cuando según el inciso precedente se requiera la firma de un contrato escrito, el contrato adjudicado entrará en vigor al momento de su firma por el proveedor o contratista y por la entidad adjudicadora. Desde que se expida al proveedor o contratista el aviso previsto en el párrafo 1 del presente artículo y hasta que entre en vigor el contrato adjudicado, ni la entidad adjudicadora ni el proveedor o contratista adoptarán medida alguna que pueda obstaculizar la entrada en vigor del contrato adjudicado o su cumplimiento.

3. El contrato adjudicado, cuando en el pliego de condiciones se estipule que tiene que ser aprobado por una autoridad más alta, no entrará en vigor mientras no se dé esa aprobación. En el pliego de condiciones se indicará una estimación del tiempo necesario, a partir de la expedición del aviso de aceptación de la licitación, para obtener la aprobación. El hecho de que la aprobación se demore más allá del plazo consignado en el pliego de condiciones no dará lugar a una prórroga del plazo de validez de las ofertas señalado en el pliego de condiciones conforme al párrafo 1 del artículo 29 ni del plazo de validez de las garantías de la oferta conforme al párrafo 1 del artículo 30.

4. A reserva de lo dispuesto en el inciso b) del párrafo 2 y en el párrafo 3 del presente artículo, el contrato adjudicado de conformidad con las cláusulas y condiciones de la oferta aceptada entrará en vigor al expedirse el aviso previsto en el párrafo 1 del presente artículo 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.

5. Cuando el proveedor o contratista cuya oferta haya sido aceptada no firme la escritura del contrato adjudicado, si procede, o no proporcione una garantía del cumplimiento del contrato que le haya sido solicitada, la entidad adjudicadora declarará ganadora con arreglo al párrafo 4 del artículo 32 otra de las ofertas restantes que sigan siendo válidas, salvo que, conforme al párrafo 1 del artículo 33, haga uso de su derecho de rechazar todas las ofertas restantes. Se dará al proveedor o contratista que haya presentado la oferta el aviso previsto en el párrafo 1 del presente artículo.

6. Cuando entre en vigor el contrato adjudicado y el proveedor o contratista, presente una garantía de cumplimiento del contrato, si procede, se dará aviso a los demás proveedores o contratistas, con inclusión del nombre y la dirección del adjudicatario y el precio que figure en el contrato adjudicado.

\* \* \*

#### Capítulo IV. Otros métodos de contratación pública

##### Artículo 36. *Licitación en dos etapas*

1. Las disposiciones del capítulo III de la presente Ley serán aplicables a la licitación en dos etapas, salvo en la medida en que se disponga otra cosa en el presente artículo.

2. En el pliego de condiciones se invitará a los proveedores o contratistas a que presenten en una primera etapa sus ofertas iniciales, en las que figurarán sus propuestas pero no el precio de la oferta. En el pliego de condiciones se podrá solicitar propuestas relativas a las características técnicas, de calidad o de otra índole de los bienes, las obras o los servicios, así como una indicación de las cláusulas y condiciones del contrato correspondiente.

3. La entidad adjudicadora podrá entablar negociaciones sobre cualquier aspecto de la oferta con cualquiera de los proveedores o contratistas cuya oferta no haya sido rechazada con arreglo al artículo 13, el párrafo 3 del artículo 32 o el artículo 33.

4. En la segunda etapa, la entidad adjudicadora invitará a los proveedores o contratistas cuya oferta no haya sido rechazada a que presenten una oferta definitiva, con su precio, respecto de un juego único de especificaciones. Al formular esas especificaciones, la entidad adjudicadora podrá suprimir o modificar cualquier aspecto inicialmente enunciado en el pliego de condiciones de las características técnicas o de calidad de los bienes, las obras o los servicios que se han de contratar, así como cualquier criterio en él enunciado para la evaluación y comparación de las ofertas y para la determinación de la oferta ganadora y podrá enunciar nuevas características o criterios que sean conformes con la presente Ley. Las supresiones, modificaciones o adiciones respecto del pliego de condiciones serán comunicadas a los proveedores o contratistas en la invitación a presentar la oferta definitiva. El proveedor o contratista que no desee presentar una oferta definitiva podrá retirarse sin perder su garantía de la oferta, de haberla. Las ofertas definitivas deberán ser evaluadas y comparadas a fin de determinar la oferta ganadora conforme al inciso b) del párrafo 4 del artículo 32.

\* \* \*

##### Artículo 37. *Procedimiento de licitación restringida*

1. a) Cuando la entidad adjudicadora recurra al procedimiento de licitación restringida por los motivos mencionados en el inciso a) del artículo 18, deberá solicitar de todos los proveedores y contratistas de los que se puedan obtener los bienes, las obras o los servicios;

b) Cuando la entidad adjudicadora recurra al procedimiento de licitación restringida por los motivos mencionados en el inciso b) del artículo 18, deberá escoger a los proveedores o contratistas de los que se solicitarán de manera no discriminatoria y en número suficiente para garantizar una efectiva competencia.

2. Cuando la entidad adjudicadora recurra al procedimiento de licitación restringida, deberá hacer publicar un aviso del proceso de licitación restringida en . . . (el Estado promulgante indicará la gaceta u otra publicación oficial en la que se haya de publicar el aviso).

3. Lo dispuesto en el capítulo III de la presente Ley, excepto el artículo 22, se aplicará al proceso de licitación restringida, salvo en la medida en que se disponga otra cosa en el presente artículo.

\* \* \*

##### Artículo 38. *Solicitud de propuestas*

1. La entidad adjudicadora solicitará propuestas del mayor número de proveedores o contratistas pero, de ser posible, con un mínimo de tres.

2. La entidad adjudicadora publicará en un periódico de gran difusión internacional o en una publicación profesional o revista técnica sobre la materia de gran difusión internacional un anuncio a quienes tengan interés en presentar propuestas, salvo que por razones de economía o eficiencia no considere conveniente hacerlo; ese anuncio no conferirá derecho alguno a los proveedores o contratistas, ni siquiera el derecho a que su propuesta sea evaluada.

3. La entidad adjudicadora establecerá los criterios que habrán de tenerse en cuenta para evaluar las propuestas y determinará la ponderación relativa que se asignará a cada uno y la manera en que serán aplicados. Estos criterios se referirán a:

a) La competencia relativa, tanto técnica como de gestión, del proveedor o contratista;

b) Si la propuesta presentada por el proveedor o contratista sirve para atender las necesidades de la entidad adjudicadora; y

c) El precio cotizado por el proveedor o contratista en la propuesta y el costo del funcionamiento, el mantenimiento y la reparación de los bienes o las obras objeto de la propuesta.

4. La solicitud de propuestas contendrá, por lo menos, los siguientes datos:

a) El nombre y la dirección de la entidad adjudicadora;

b) Una descripción de la necesidad a que obedece la solicitud, con inclusión de los parámetros técnicos y de otra

índole a que habrá de ajustarse la propuesta, así como, en el caso de las obras, el lugar de éstas y, en el caso de los servicios, el lugar donde hayan de prestarse y, si procede, donde se presten;

c) Los criterios que se han de tener en cuenta para evaluar la propuesta, de ser posible expresados en dinero, la ponderación relativa que se asignará a cada uno y la manera en que serán aplicados; y

d) La estructura y cualesquiera otra instrucciones, incluidos plazos, que se refieran a la propuesta.

5. Las modificaciones o aclaraciones de la solicitud de propuestas, incluida la modificación de los criterios para evaluarlas a que se hace referencia en el párrafo 3 del presente artículo, serán comunicadas a todos los proveedores o contratistas concurrentes.

6. La entidad adjudicadora procederá de manera tal que no se revele el contenido de las propuestas a los proveedores o contratistas concurrentes.

7. La entidad adjudicadora podrá entablar negociaciones con los proveedores o contratistas respecto de sus propuestas y podrá pedir o autorizar que las revisen, con tal de que se cumplan los requisitos siguientes:

a) Las negociaciones entre la entidad adjudicadora y cada proveedor o contratista tendrán carácter confidencial;

b) Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 11, ninguna de las partes en las negociaciones ha de revelar a nadie, sin el consentimiento de la otra, datos técnicos, de precios u otros relacionados con el mercado que tengan conexión con las negociaciones;

c) Se dé oportunidad de participar en las negociaciones a todos los proveedores o contratistas que presentaron propuestas que no hayan sido rechazadas.

8. Una vez finalizadas las negociaciones, la entidad adjudicadora invitará a los proveedores o contratistas que sigan participando en el proceso de contratación a que presenten para una fecha determinada su mejor oferta definitiva respecto de cada elemento de su propuesta.

9. La entidad adjudicadora aplicará el siguiente procedimiento para la evaluación de las propuestas:

a) Sólo se tendrán en cuenta los criterios enumerados en el párrafo 3 del presente artículo y en la forma indicada en la solicitud de propuestas;

b) La circunstancia de que la propuesta sirva para atender las necesidades de la entidad adjudicadora será evaluada en forma separada del precio;

c) La entidad adjudicadora no considerará el precio de una propuesta hasta haber completado su evaluación técnica.

10. El contrato será adjudicado al proveedor o contratista cuya propuesta atienda mejor las necesidades de la entidad adjudicadora, lo cual será determinado sobre la base de los criterios para evaluar las propuestas enunciados en la solicitud, así como de su ponderación relativa y la forma de aplicarlos, también enunciados en la solicitud.

### Artículo 39. *Negociación competitiva*

1. Cuando la adjudicación se haya de hacer mediante negociación competitiva, la entidad adjudicadora entablará negociaciones con un número suficiente de proveedores o contratistas para asegurar una competencia efectiva.

2. Los requisitos, las directrices, los documentos, las aclaraciones u otros datos relativos a las negociaciones que la entidad adjudicadora comunique a un proveedor o contratista serán comunicados igualmente a los demás proveedores o contratistas que estén negociando con la entidad adjudicadora.

3. Las negociaciones entre la entidad adjudicadora y un proveedor o contratista tendrán carácter confidencial y, a reserva de lo dispuesto en el artículo 11, ninguna de las partes en ellas revelará a nadie, sin el consentimiento de la otra, datos técnicos, de precios u otros relacionados con el mercado que tengan conexión con las negociaciones.

4. Una vez completadas las negociaciones, la entidad adjudicadora invitará a los proveedores o contratistas que sigan participando a que presenten en una fecha determinada su mejor oferta definitiva respecto de cada elemento de su propuesta. La entidad adjudicadora elegirá la oferta ganadora sobre la base de esas mejores ofertas definitivas.

*Artículo [39] (bis)* [Solicitud de propuestas de servicios]  
[Procedimientos especiales para la solicitud de propuestas de servicios]  
[Procedimiento especial para la contratación de servicios]

1. La entidad adjudicadora convocará a presentar propuestas de servicios o, cuando proceda, solicitudes de precalificación mediante una convocatoria a la presentación de propuestas o una convocatoria a la precalificación, según el caso, que se publicará en . . . (el Estado promulgante especificará el diario oficial u otra publicación oficial en que habrá de publicarse la convocatoria a la presentación de propuestas o a la precalificación).

2. La convocatoria a la presentación de propuestas o la convocatoria a la precalificación también se publicará, en un idioma habitualmente utilizado en el comercio internacional, en un periódico de gran difusión internacional o en una publicación comercial o profesional pertinente de gran difusión internacional [, excepto cuando la entidad adjudicadora decida, dado el escaso valor de los servicios que se hayan de contratar, que sólo es probable que estén interesados en presentar propuestas proveedores o contratistas nacionales].

3. La entidad adjudicadora podrá hacer caso omiso de lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del presente artículo:

a) Cuando los servicios que hayan de contratarse sean propuestos por sólo un número limitado de proveedores o contratistas conocidos por la entidad adjudicadora, siempre que ésta convoque a presentar propuestas a todos esos proveedores o contratistas; o

b) Cuando el tiempo y el costo requeridos para examinar y evaluar un gran número de propuestas no guarden

proporción con el valor de los servicios que hayan de contratarse, siempre que la entidad adjudicadora convoque a presentar propuestas a un número suficiente de proveedores y contratistas para garantizar una efectiva competencia; o

(c) Cuando, a causa de la índole de los servicios que hayan de contratarse, la economía y la eficiencia en la contratación sólo puedan fomentarse mediante la convocatoria directa a presentar propuestas, siempre que se soliciten propuestas de un número suficiente de proveedores o contratistas para garantizar una efectiva competencia].

4. La solicitud de propuestas contendrá, por lo menos, los siguientes datos:

- a) El nombre y la dirección de la entidad adjudicadora;
- b) La descripción de los servicios que hayan de contratarse y el lugar donde dichos servicios hayan de prestarse y, si procede, donde se presten;
- c) Los criterios que haya de tener en cuenta la entidad adjudicadora para determinar la propuesta ganadora, incluidos el margen de preferencias y los factores que hayan de utilizarse con arreglo al párrafo 6 del presente artículo y la ponderación relativa de esos factores;
- d) La estructura y cualesquiera otras instrucciones, incluidos plazos, que se refieran a la propuesta;
- e) Cualesquiera requisitos que hayan de cumplir los proveedores o contratistas para ser admitidos;
- f) El método seleccionado con arreglo a los párrafos 11, 12, ó 13 del presente artículo para determinar la propuesta ganadora.

5. La entidad adjudicadora establecerá los criterios que hayan de tenerse en cuenta para evaluar las propuestas y determinará la ponderación relativa que se asignará a cada uno y la manera en que serán aplicados. Estos criterios se referirán a:

- a) Las calificaciones, experiencia, reputación, fiabilidad, competencia profesional y empresarial relativas del proveedor o contratista;
- b) Si la propuesta presentada por el proveedor o contratista sirve para atender las necesidades de la entidad adjudicadora;
- c) El precio cotizado por el proveedor o contratista en la propuesta, incluidos los costos secundarios o conexos;
- d) El efecto que la aceptación de una propuesta tendrá en la situación de la balanza de pagos y en las reservas de divisas de (el Estado), el grado de participación de los proveedores y contratistas locales, el aliciente al empleo, las potencialidades de desarrollo económico que ofrece la propuesta, el fomento de la experiencia local, (. . . (el Estado promulgante podrá ampliar el inciso d) incluyendo otros factores)).

6. Si lo autoriza la reglamentación de la contratación pública (y a reserva de la aprobación de . . . (cada Estado designará un órgano encargado de dar la aprobación)), al evaluar y comparar las propuestas, la entidad adjudicadora podrá conceder a los proveedores nacionales de servicios un margen de preferencia que se calculará de confor-

midad con la reglamentación de la contratación pública y se incluirá en el registro de los procedimientos de contratación pública.

7. a) Las modificaciones o aclaraciones de la solicitud de propuestas, incluida la modificación de los criterios para evaluarlas a que se hace referencia en el párrafo 5 del presente artículo, serán comunicadas a todos los proveedores o contratistas concurrentes;

b) La entidad adjudicadora, si convoca una reunión de proveedores o contratistas, levantará minutas de ella en las que se consignen las solicitudes de aclaración que de la solicitud de propuestas se hayan formulado en la reunión, sin indicar el autor, y sus respuestas. Las minutas serán proporcionadas sin demora a todos los proveedores o contratistas que participen en el proceso de contratación a fin de que puedan tenerlas en cuenta al preparar sus propuestas.

8. La entidad adjudicadora procederá de manera tal que no se revele el contenido de las propuestas a los proveedores o contratistas concurrentes.

9. Al valorar las propuestas, la entidad adjudicadora aplicará únicamente los criterios y el método de selección que se hayan notificado a los proveedores o contratistas en la solicitud de propuestas.

10. La entidad adjudicadora, al determinar la propuesta ganadora, utilizará uno de los métodos previstos en los párrafos 10, 12 ó 13 del presente artículo.

11. a) La entidad adjudicadora señalará un umbral de calidad y técnico con respecto a las propuestas y, sin entrar a considerar el precio de las propuestas, puntuará cada propuesta de conformidad con los factores enunciados para la valoración de las propuestas y con la ponderación relativa y la manera de aplicar cada factor enunciadas en la solicitud de propuestas. La entidad adjudicadora comparará a continuación los precios de las propuestas cuya puntuación haya alcanzado o superado el umbral de calificación.

b) Podrá entonces ser declarada ganadora:

- i) La propuesta cuyo precio sea más bajo; o
- ii) La propuesta cuya valoración combinada, en función del precio y de la puntuación técnica calculada de conformidad con el inciso a) del párrafo 11 del presente artículo, sea la más elevada.

12. a) La entidad adjudicadora entrará en negociaciones con los proveedores o contratistas sobre sus propuestas y podrá pedir o permitir que modifiquen tales propuestas, siempre que se dé a todos los proveedores o contratistas que hayan presentado propuestas que no hayan sido rechazadas la oportunidad de participar en las negociaciones.

b) Una vez finalizadas las negociaciones, la entidad adjudicadora invitará a todos los proveedores o contratistas que sigan participando en el proceso de contratación a que presenten, para una fecha determinada, su mejor oferta definitiva respecto de cada elemento de su propuesta.

c) Para la evaluación de las propuestas, el precio de cada propuesta se considerará por separado y sólo después de haber completado su evaluación técnica.

d) El contrato será adjudicado al proveedor o contratista cuya propuesta responda mejor a las necesidades de la entidad adjudicadora, lo cual se determinará con arreglo a los criterios para evaluar las propuestas enunciados en la solicitud, así como con arreglo a su ponderación relativa y a la forma de aplicarlos también enunciados en la solicitud.

13. La entidad adjudicadora entrará en negociaciones con los proveedores y contratistas con arreglo al siguiente procedimiento:

a) Establecerá un umbral de calificación de conformidad con el inciso a) del párrafo 10 del presente artículo;

b) Invitará a negociar sobre el precio o algún otro aspecto de su propuesta al proveedor o contratista que haya conseguido la puntuación más alta con arreglo al inciso a) del párrafo 11 del presente artículo;

c) Informará a los proveedores o contratistas que hayan superado el umbral de calificación de que tal vez sean llamados a negociar de no adjudicarse el contrato en las negociaciones con algún proveedor o contratista que haya conseguido una puntuación más alta;

d) Informará a los demás proveedores o contratistas de que no han alcanzado el umbral de calificación;

e) Tan pronto como sea evidente para la entidad adjudicadora que las negociaciones con el proveedor o el contratista invitado con arreglo al inciso b) del párrafo 13 del presente artículo no han de dar resultado, informará al proveedor o contratista de que da por terminadas las negociaciones;

f) La entidad adjudicadora invitará seguidamente a negociar al proveedor o contratista calificado en segundo lugar; de no adjudicarse el contrato en esa negociación, la entidad adjudicadora irá invitando a negociar, por orden de méritos, a los demás proveedores o contratistas hasta que decida adjudicar el contrato o rechazar las restantes propuestas.

14. a) Las negociaciones que se celebren con arreglo a los párrafos 12 ó 13 del presente artículo serán confidenciales y, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 11, ninguna de las partes en las negociaciones revelará a nadie ninguna información técnica, sobre precios o de otra índole que guarde relación con las negociaciones.<sup>1</sup>

<sup>1</sup>En relación con la cuestión planteada en el párrafo 3 de la introducción a la presente nota, el Grupo de Trabajo podría considerar hasta qué punto cabría incluir el párrafo 11 de este artículo en lo concerniente a las ofertas, dado que se refiere esencialmente a una evaluación basada en los precios para la que se parte de un umbral de calificación, procedimiento afín a la precalificación. El párrafo 12, que constituye esencialmente una evaluación de la mejor oferta definitiva, se basa en el procedimiento ya establecido en el artículo 38. En consecuencia, el párrafo 13 de este artículo podría incorporarse en el artículo 38 como método alternativo para la evaluación en el contexto de los servicios.

\* \* \*

#### Artículo 40. Solicitud de cotizaciones

1. La entidad adjudicadora solicitará cotizaciones del mayor número de proveedores o contratistas pero, si es posible, de un mínimo de tres. Se indicará al proveedor o contratista invitado a dar cotizaciones si el precio ha de incluir elementos distintos del costo de los propios bienes o servicios, tales como cualesquiera gastos de transporte y de seguro, derechos de aduana e impuestos que sean aplicables.

2. Cada proveedor o contratista presentará una sola cotización y no podrá modificarla. La entidad adjudicadora no entablará negociación alguna con un proveedor o contratista respecto de la cotización que haya presentado.

3. El contrato será adjudicado al proveedor o contratista que presente la cotización más baja que satisfaga las necesidades de la entidad adjudicadora.

\* \* \*

#### Artículo 41. Contratación con un solo proveedor o contratista

En las circunstancias enunciadas en el artículo 20, la entidad adjudicadora podrá contratar los bienes, las obras o los servicios mediante la solicitud de una propuesta o cotización a un solo proveedor o contratista.

\* \* \*

### Capítulo V. Vías de recurso\*

#### Artículo 42. Recurso de reconsideración

1. A reserva de lo dispuesto en el párrafo 2 del presente artículo, el proveedor o contratista que sostenga haber sufrido o correr el riesgo de sufrir un daño o perjuicio imputable al incumplimiento de una obligación que la presente Ley imponga a la entidad adjudicadora podrá interponer un recurso de conformidad con los artículos 43 a [47].

2. No podrá interponerse recurso con arreglo al párrafo 1 del presente artículo contra:

a) La selección de un método de contratación conforme a los artículos 16 a 20;

b) La limitación del proceso de contratación, de conformidad con el artículo 8, por razones de nacionalidad;

c) La decisión de la entidad adjudicadora de rechazar todas las ofertas, propuestas o cotizaciones de conformidad con el artículo [11 bis];

\*El Estado que promulgue la Ley Modelo tal vez desee incorporar los artículos relativos a las vías de recurso sin cambio alguno o con cambios mínimos que obedezcan a una necesidad importante. Sin embargo, por consideraciones constitucionales o de otra índole, puede ocurrir que un Estado no considere procedente, en mayor o menor grado, incorporar estos artículos, los cuales podrían servir en ese caso como referencia para determinar si las vías de recurso existentes son adecuadas.

d) La negativa de la entidad adjudicadora a responder a una expresión de interés por participar en un proceso de contratación mediante la solicitud de propuestas de conformidad con el párrafo 2 del artículo 38.

e) Una omisión de las mencionadas en el inciso t) del artículo 25.

\* \* \*

Artículo 43. *Reconsideración por la entidad adjudicadora (o por la autoridad que dio su aprobación)*

1. Salvo que el contrato adjudicado haya entrado en vigor, el recurso será presentado por escrito en primera instancia al jefe de la entidad adjudicadora (sin embargo, si el recurso se refiere a un acto, decisión o procedimiento de la entidad adjudicadora que fue aprobado por una autoridad de conformidad con la presente Ley, será presentado al jefe de la autoridad que dio su aprobación). Las referencias que en la presente Ley se hagan al jefe de la entidad adjudicadora (o al jefe de la autoridad que dio su aprobación) incluirán también a las personas designadas por el jefe de la entidad adjudicadora (o de la autoridad que dio su aprobación, según el caso).

2. El jefe de la entidad adjudicadora (o de la autoridad que dio su aprobación) no admitirá recurso alguno que no haya sido presentado dentro de los 20 días siguientes a la fecha en que el proveedor o contratista recurrente se enteró de las circunstancias que dieron lugar al recurso o de la fecha en que debió haberse enterado de esas circunstancias, si ésta fuese anterior.

3. El jefe de la entidad adjudicadora (o de la autoridad que dio su aprobación) no estará obligado a admitir un recurso, o a seguir conociendo de él, desde el momento en que el contrato adjudicado entre en vigor.

4. Salvo que la cuestión sea dirimida mediante acuerdo entre el proveedor o contratista y la entidad adjudicadora, el jefe de ésta (o de la autoridad que dio su aprobación) dictará dentro de los 30 días siguientes a la presentación del recurso una decisión por escrito en la cual:

a) Se enunciarán las razones en que se funde; y

b) Se indicarán, de prosperar en todo o en parte el recurso, las medidas correctivas que se han de adoptar.

5. Si el jefe de la entidad adjudicadora (o de la autoridad que dio su aprobación) no dicta su decisión en el plazo indicado en el párrafo 4 del presente artículo, el recurrente (o la entidad adjudicadora) estará facultado de inmediato para interponer un recurso de conformidad con el artículo [44 ó 47]. Al interponerse el nuevo recurso, el jefe de la entidad adjudicadora (o de la autoridad que dio su aprobación) dejará de ser competente para conocer de la cuestión.

6. La decisión del jefe de la entidad adjudicadora (o de la autoridad que dio su aprobación) será definitiva a menos que se interponga un recurso de conformidad con el artículo [44 ó 47].

\* \* \*

Artículo 44. *Recurso administrativo jerárquico\**

1. El proveedor o contratista facultado para interponer un recurso de reconsideración con arreglo al artículo 42, podrá interponer un recurso administrativo jerárquico ante [nombre del órgano administrativo]:

a) Cuando el recurso de reconsideración no pueda ser presentado o admitido con arreglo al artículo 43 por haber entrado en vigor el contrato adjudicado, a condición de que el recurso administrativo jerárquico sea presentado dentro de los 20 días siguientes a la fecha en que el proveedor o contratista se enteró de las circunstancias que dieron lugar al recurso o de la fecha en que debió haberse enterado de esas circunstancias, si ésta fuese anterior;

b) Cuando el jefe de la entidad adjudicadora no admita el recurso de reconsideración por haber entrado en vigor el contrato adjudicado, a condición de que el recurso administrativo jerárquico sea presentado dentro de los 20 días siguientes a la fecha de la decisión de no admitir el recurso de reconsideración;

c) En el caso previsto en el párrafo 5 del artículo 43, a condición de que el recurso sea presentado dentro de los 20 días siguientes a la expiración del plazo fijado en el párrafo 4 del artículo 43; o,

d) Cuando el proveedor o contratista sostenga haber sido perjudicado por la decisión dictada por el jefe de la entidad adjudicadora (o de la autoridad que dio su aprobación) con arreglo al artículo 43, a condición de que el recurso sea presentado dentro de los 20 días siguientes a la fecha de esa decisión.

2. El [nombre del órgano administrativo] al cual se presente el recurso lo notificará sin dilación a la entidad adjudicadora (o a la autoridad que dio su aprobación).

3. El [nombre del órgano administrativo], a menos que desestime el recurso, podrá [conceder] [recomendar]\*\* uno o más de los siguientes remedios:

a) Indicar las normas jurídicas o los principios de derecho que rigen la cuestión a que se refiera el recurso;

b) Prohibir a la entidad adjudicadora que actúe o decida contra derecho o que aplique un procedimiento contrario a derecho;

c) Exigir a la entidad adjudicadora que haya actuado o procedido contra derecho, o haya adoptado una decisión contraria a derecho, que actúe o proceda conforme a derecho o que adopte una decisión conforme a derecho;

d) Revocar en todo o parte el acto o la decisión contrario a derecho de la entidad adjudicadora, salvo aquellos por los cuales se haga entrar en vigor el contrato adjudicado;

e) Revisar una decisión contraria a derecho de la entidad adjudicadora o sustituirla por su propia decisión, salvo aquellas por los cuales se haga entrar en vigor el contrato adjudicado;

\*Los Estados cuyo ordenamiento jurídico no prevea el recurso administrativo jerárquico contra actos, decisiones o procedimientos de la administración podrán omitir el artículo 44 e instituir únicamente el recurso contencioso administrativo (artículo 47).

\*\*La variante obedece al propósito de tener en cuenta el caso de los Estados cuyos órganos administrativos no estén facultados para conceder los remedios enumerados pero sí para hacer recomendaciones.

## f) Ordenar el pago de una indemnización por

*Variante I*

Los gastos razonables que haya hecho el recurrente en relación con el proceso de contratación;

*Variante II*

Los daños o perjuicios causados al recurrente en relación con el proceso de contratación como resultado de un acto, decisión o procedimiento de la entidad adjudicadora contrario a derecho;

## g) Ordenar que se ponga término al proceso de contratación.

4. El [nombre del órgano administrativo] dictará por escrito en un plazo de 30 días una decisión fundada en la que señalará los remedios que, en su caso, haya concedido.

5. La decisión será definitiva a menos que se interponga una acción con arreglo al artículo 47.

\* \* \*

Artículo 45. *Normas aplicables a los recursos previstos en el artículo 43 [y en el artículo 44]*

1. El jefe de la entidad adjudicadora (o el órgano que dio su aprobación) [o el [nombre del órgano administrativo], según el caso] notificará sin demora a los proveedores o contratistas que participen en el proceso de contratación que se ha presentado un recurso de conformidad con el artículo 43 [ó 44] y de sus elementos esenciales.

2. Tendrá derecho a participar en la sustanciación del recurso cualquier proveedor o contratista o cualquier autoridad administrativa cuyos intereses queden o puedan quedar afectados por él. El proveedor o contratista que no haya participado en el recurso no podrá interponer ulteriormente uno de la misma índole.

3. Dentro de los cinco días siguientes a la decisión del jefe de la entidad adjudicadora (o de la autoridad que dio su aprobación) [o del [nombre del órgano administrativo], según el caso] se dará copia de ella al proveedor o contratista que haya presentado el recurso, a la entidad adjudicadora o a cualquier otro proveedor o contratista o autoridad administrativa que haya participado en la sustanciación del recurso. Además, una vez dictada la decisión, quedarán a disposición del público, para su consulta, los textos del recurso y de la decisión, con excepción de los datos cuya divulgación sea contraria a derecho, pueda entorpecer la acción de la justicia, sea contraria al interés público, redunde en menoscabo de legítimos intereses comerciales de las partes u obste a la libre competencia.

\* \* \*

Artículo 46. *Suspensión del proceso de contratación*

1. La presentación oportuna de un recurso de conformidad con el artículo 43 [ó 44] dejará en suspenso el proceso de contratación por un período de siete días, a condición de que el recurso no sea temerario y de que incluya una declaración que, de ser corroborada, haga evidente que el proveedor o contratista sufrirá un daño irreparable de no decretarse la suspensión, que el recurso tiene probabilidades de prosperar y que la suspensión del proceso no causará un daño o perjuicio desproporcionado a la entidad adjudicadora ni a los demás proveedores o contratistas.

2. Una vez que el contrato adjudicado entre en vigor, la presentación oportuna de un recurso de conformidad con el artículo 44 dejará en suspenso la ejecución del contrato adjudicado por un período de siete días, siempre que el recurso cumpla los requisitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo.

3. El jefe de la entidad adjudicadora (o de la autoridad que dio su aprobación) [o el [nombre del órgano administrativo]] podrá prorrogar el período de suspensión previsto en el párrafo 1 del presente artículo [y el [nombre del órgano administrativo] podrá prorrogar el período de suspensión previsto en el párrafo 2 del presente artículo,] a fin de salvaguardar los derechos del proveedor o contratista que presente el recurso o entable la acción en tanto se dirime el recurso, a condición de que la suspensión no dure en total más de 30 días.

4. La suspensión prevista en el presente artículo no será aplicable cuando la entidad adjudicadora certifique que el proceso de contratación debe seguir adelante por consideraciones urgentes de interés público. La certificación, en la cual se harán constar las razones por las cuales se afirme la existencia de consideraciones tan urgentes y que será consignada en el expediente del proceso de contratación, será definitiva en todas las instancias de la vía administrativa y sólo podrá impugnarse en la vía contencioso-administrativa.

5. Se consignarán en el expediente del proceso de contratación las decisiones que adopte la entidad adjudicadora con arreglo al presente artículo, así como sus fundamentos y circunstancias.

\* \* \*

Artículo 47. *Recurso contencioso-administrativo*

El [nombre del tribunal o los tribunales] será competente para conocer de las acciones entabladas con arreglo al artículo 42 y de los recursos contencioso-administrativos que se interpongan ante órganos administrativos jerárquicos contra decisiones que hayan adoptado de conformidad con el artículo 43 [ó 44] o por no haberlas adoptado dentro del plazo fijado.

## E. Proyecto de enmiendas a la Guía para la incorporación eventual al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes y de Obras: nota de la Secretaría

(A/CN.9/394) [Original: inglés]

1. Al preparar la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes y de Obras, la Comisión consideró que sería útil facilitar a los órganos del ejecutivo y del legislativo que incorporaran la Ley Modelo información de fondo y explicaciones sobre la Ley Modelo presentadas en forma de una Guía para la incorporación eventual al derecho interno. En consecuencia, en su 26.º período de sesiones, la Comisión, simultáneamente con la aprobación de la Ley Modelo, adoptó la Guía para la incorporación eventual al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes y de Obras (A/CN.9/393).

2. Al examinar las enmiendas y adiciones que habrían de hacerse a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes y de Obras para que abarcara también la contratación pública de servicios, el Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional observó la mayor importancia que adquiriría la Guía para la incorporación eventual al derecho interno con la inclusión de disposiciones sobre la contratación pública de servicios, en particular debido a que era una esfera en que muchos órganos legislativos y gobiernos disponían de una experiencia relativamente limitada. El Grupo de Trabajo expresó la esperanza de que la Guía para la incorporación eventual al derecho interno se aprobara simultáneamente con la Ley Modelo enmendada (A/CN.9/392, párr. 132). De conformidad con este objetivo, en el anexo de la presente nota se enuncian los proyectos de enmiendas de la Guía para la incorporación eventual al derecho interno referidas al texto del proyecto de Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, elaborado por el Grupo de Trabajo al término de su 17.º período de sesiones y enunciado en el anexo del informe correspondiente a ese período de sesiones (A/CN.9/392).

3. Dado que las directrices aplicables sobre la limitación de la documentación impedían volver a imprimir la Guía en su totalidad, en esta nota se presentan únicamente los proyectos de enmiendas y adiciones que han de hacerse a la Guía para la incorporación eventual al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes y de Obras (A/CN.9/393). Cuando sólo se requieren modificaciones de escasa importancia, se indican las palabras que deben añadirse o modificarse. Además, cabe señalar que las enmiendas finales de la Guía preverán la sustitución, donde proceda, de las palabras "bienes u obras" por "bienes, obras o servicios". Si las enmiendas o adiciones son sustanciales, se presenta la totalidad del texto con los cambios incorporados. Tal como ocurrió con la aprobación de la Guía en el 26.º período de sesiones, una vez que la Comisión haya concluido su examen y haya adoptado la Ley Modelo sobre Bienes, Obras y Servicios en su 27.º período de sesiones, podría corresponder a la Secretaría ultimar la Guía para tener en cuenta las deliberaciones y decisiones de la Comisión.

### ANEXO

#### PROYECTO DE ENMIENDAS A LA GUÍA PARA LA INCORPORACIÓN EVENTUAL AL DERECHO INTERNO DE LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE BIENES Y DE OBRAS

##### INTRODUCCIÓN

1. Sustitúyase el párrafo 1 por el siguiente texto:

"1. En su 19.º período de sesiones, en 1986, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) decidió ocuparse del tema de la contratación pública. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes y de Obras y la Guía auxiliar para la incorporación eventual al derecho interno fueron aprobadas por la Comisión en su 26.º período de sesiones (Viena, 5 a 23 de julio de 1993). La finalidad de esta ley es servir de modelo a los países para evaluar y modernizar su régimen y prácticas actuales de la contratación pública o para establecer un régimen legal en la materia cuando no se disponga de tal régimen. El texto de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública de Bienes y de Obras figura en el anexo I del informe de la CNUDMI sobre la labor de su 26.º período de sesiones (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/48/17)*).

1 bis. En el entendimiento de que ciertos aspectos de la contratación pública de servicios se regían por consideraciones distintas a las que regían la contratación pública de bienes u obras, se había decidido limitar la labor de la fase inicial a la formulación de disposiciones legislativas modelo sobre la contratación pública de bienes y obras. La Comisión, en su 26.º período de sesiones, tras concluir su labor sobre las disposiciones legislativas modelo en materia de contratación pública de bienes y obras, decidió proceder a la elaboración de disposiciones legislativas modelo sobre la contratación pública de servicios. En consecuencia, en su 27.º período de sesiones (Nueva York, 31 de mayo a 17 de junio de 1994), la Comisión aprobó enmiendas a la Ley Modelo sobre la Contratación Pública de Bienes y de Obras a fin de abarcar también la contratación pública de servicios y aprobó la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (en adelante, la "Ley Modelo"). El texto de la Ley Modelo figura en el anexo I del informe de la CNUDMI sobre la labor de su 27.º período de sesiones (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/49/17)*). En el mismo período de sesiones, la Comisión aprobó también la presente Guía como texto auxiliar de la Ley Modelo."

2. Párrafo 6:

En la penúltima frase, después de las palabras "para supuestos excepcionales", insértese las palabras "en el caso de bienes u obras, o distintos de la solicitud de propuestas de servicios, en el caso de servicios".

##### I. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA LEY MODELO

3. Sustitúyase el párrafo 10 por el texto siguiente:

"10. A fin de tener en cuenta ciertas diferencias entre la contratación pública de bienes y obras y la contratación pública de servicios, la Ley Modelo prevé en el capítulo IV *bis* una serie de procedimientos especialmente destinados a la contratación pública de servicios. Las principales diferencias a que se alude en el párrafo 1 *bis supra* radican en que, a diferencia de la contratación pública de bienes y obras, la contratación pública de servicios supone por lo general el suministro de productos intangibles cuya calidad y cuyo contenido exacto pueden resultar difíciles de cuantificar. La calidad precisa de los servicios prestados puede depender en gran medida de los conocimientos especializados y de la pericia de los proveedores o contratistas. Así, a diferencia de la contratación pública de bienes y obras, en que el precio es el criterio predominante en el proceso de evaluación, a veces en el proceso de evaluación y selección el precio de los servicios no se considera un criterio tan importante como la calidad y la competencia de los proveedores o contratistas. El capítulo IV *bis* tiene la finalidad de prever procedimientos que reflejen esas diferencias."

4. Sustitúyase el párrafo 13 por el siguiente texto:

"13. La Ley Modelo presenta varios métodos de contratación para que la entidad adjudicadora pueda adaptarse a las diversas circunstancias con las que pudiera tropezar, facilitando así al Estado promulgante la decisión de dar a su régimen la mayor difusión posible. En circunstancias normales, la Ley Modelo prescribe, en la contratación pública de bienes u obras, que se recurra al método de licitación que todo el mundo reconoce como el que más favorece la competitividad, la economía y la eficiencia de la contratación, así como los demás objetivos enunciados en el Preámbulo. Para circunstancias normales en la contratación pública de servicios, la Ley Modelo prescribe la solicitud de propuestas de servicios, a fin de dar la debida importancia, en el proceso de evaluación, a la cualificación y a la pericia de quienes presten los servicios. Para aquellas circunstancias especiales en las que la licitación no resulte adecuada o viable en la contratación pública de bienes u obras, la Ley Modelo ofrece otros métodos de contratación; prevé asimismo otros métodos para las circunstancias en que la solicitud de propuestas de servicios no sea adecuada o viable en la contratación pública de servicios."

5. Agréguese el siguiente párrafo 14 *bis*:

"Solicitud de propuestas de servicios

14 *bis*. Dado que la solicitud de propuestas de servicios es el método de contratación al que hay que recurrir en las circunstancias características de la contratación pública de servicios, el capítulo IV *bis* contiene procedimientos que promueven la competitividad, la objetividad y la transparencia, tomando en consideración la importancia predominante que tienen en el proceso de evaluación la cualificación y la pericia de los candidatos a prestar servicios. Entre las principales características de la solicitud de propuestas de servicios figuran, por ejemplo, la convocatoria no restringida de proveedores y contratistas como regla general, y la revelación previa, en la solicitud de propuestas, de los criterios para la evaluación de las propuestas, así como del método que se empleará en el proceso de selección, elegido entre los tres métodos optativos. Según el primer método, que viene enunciado en el artículo 41 *sexies* 12 y en el que, como en la licitación, no hay negociación, la entidad adjudicadora somete a competencia directa de precios las propuestas que obtienen una calificación técnica superior a un determinado umbral. La segunda opción (artículo 41 *sexies* 13) prevé un método por el cual la entidad adjudicadora negocia con proveedores y contratistas, tras lo cual presentan sus mejores ofertas definitivas, proceso similar al procedimiento de solicitud de propuestas previsto en el artículo 19. En el

tercer método (artículo 41 *sexies* 14), la entidad adjudicadora negocia únicamente sobre el precio con el proveedor o contratista que haya obtenido la calificación técnica más alta."

6. Párrafo 15:

i) En la primera frase, después de la palabra "cuando", añádanse las palabras "en la contratación pública de bienes y obras,";

ii) Después de la primera frase, añádase lo siguiente: "Para la contratación pública de servicios, el Estado promulgante podrá también recurrir a cualquiera de los tres métodos de contratación previstos en el artículo 17 que haya incorporado a su derecho interno. No obstante, para poder recurrir a uno de esos métodos, tendría que darse la condición necesaria para emplearlo."

7. Párrafo 19

Después de las palabras "sean bienes", insértese las palabras "o servicios".

8. Párrafo 21:

Después de las palabras "En el marco de la licitación", añádanse las palabras "o de la solicitud de propuestas de servicios,".

9. Párrafo 23:

i) En la primera frase, sustitúyanse las palabras "en su artículo 32 4) d)" por las palabras "en sus artículos 32 4) d) y 41 quater 2)";

ii) En la tercera frase, donde aparece la palabra "oferta", añádanse las palabras "o propuesta".

10. Párrafo 24:

En la primera frase, después de las palabras "al convocar a licitación", añádanse las palabras "o al solicitar propuestas de servicios".

11. Párrafo 25:

En la primera frase, después de las palabras "distinto de la licitación", añádanse las palabras "o de la solicitud de propuestas de servicios".

## II. OBSERVACIONES PARA CADA ARTÍCULO

### Capítulo I. Disposiciones generales

#### Artículo 2. Definiciones

12. Sustitúyase el párrafo 3 por el siguiente texto:

"3. Al final de las definiciones de "bienes" y de "servicios" de los incisos c) y d) *bis*) se ha insertado un texto entre paréntesis para indicar al Estado promulgante la conveniencia de mencionar expresamente en esas definiciones aquellas categorías de objetos cuya conceptualización como bienes o servicios, según el caso, no sea evidente, pero que desee sean tenidos por tales. Con ello se trata de poner en claro qué es lo que será o no considerado como "bienes" o como "servicios" y, por consiguiente, no se pretende que sirva para limitar el ámbito de aplicación de la Ley Modelo, lo cual ya puede hacerse mediante el artículo 1 2) b). Para el Estado promulgante esta precisión suplementaria puede resultar conveniente, en particular teniendo en cuenta el carácter indeterminado de la definición de servicios."

**Artículo 4. Reglamentación de la contratación pública****13. Párrafo 2:**

Después de las palabras "método distinto de la licitación", añádanse las palabras "o de la solicitud de propuestas de servicios".

**14. Párrafo 3:**

Después de la referencia al artículo 32 4) d), añádase una referencia al artículo 41 *quater* 2.

**Artículo 7. Precalificación****15. Párrafo 1:**

En la última frase, después de la palabra "oferta", añádanse las palabras "o propuesta", y después de la palabra "ofertas", añádanse las palabras "o propuestas".

**Artículo 11. Expediente del proceso de contratación****16. Párrafo 1:**

Al final del párrafo, añádase la siguiente frase: "La razón por la cual la información que debe revelarse en virtud del artículo 11 1) d) ha de limitarse a la información de que disponga la entidad adjudicadora es que puede haber procedimientos de contratación en que no todas las propuestas estén plenamente desarrolladas o ultimadas por sus defensores, en particular, cuando no todas las propuestas hayan superado las fases finales del proceso de contratación. La referencia en este párrafo a 'una base para determinar el precio' pretende reflejar la posibilidad de que en algunos casos, particularmente en la contratación pública de servicios, las licitaciones, propuestas, ofertas o cotizaciones contengan una fórmula por la cual pueda determinarse el precio, en vez de una verdadera cotización de precio."

**17. Introdúzcanse los siguientes cambios después de las observaciones sobre el artículo 11:**

- i) Añádase el título "Artículo 11 bis. Rechazo de todas las licitaciones, propuestas, ofertas o cotizaciones" e insértense las observaciones sobre el artículo 33 (con las modificaciones que figuran a continuación en el apartado ii));
- ii) Siempre que aparezca la palabra "licitaciones", añádanse las palabras "propuestas, ofertas o cotizaciones";
- iii) Añádase el siguiente texto:

**"Artículo 11 ter. Entrada en vigor del contrato adjudicado**

Se ha incluido el artículo 11 *ter* porque, desde el punto de vista de la transparencia, es importante que los proveedores y contratistas conozcan por adelantado la forma en que entrará en vigor el contrato adjudicado. En el contexto de la licitación, en el artículo 35 se enuncian reglas detalladas aplicables a la entrada en vigor del contrato adjudicado, que se reflejan en el párrafo 1. Sin embargo, no se prevé ninguna regla para la entrada en vigor del contrato adjudicado en relación con los otros métodos de contratación, dadas las diversas circunstancias que pueden motivar el recurso a otros métodos de contratación y dado el trato menos detallado desde el punto de vista del procedimiento que la Ley Modelo dispensa a esos métodos. Se espera que, en la mayoría de los supuestos, la entrada en vigor del contrato adjudicado según los otros métodos de contratación se determinará de conformidad con otras ramas del derecho, como el derecho contractual o administrativo del Estado promulgante. No obstante, a fin de garantizar un grado suficiente de transparencia, se prevé que en esos

otros métodos la entidad adjudicadora revele previamente a los proveedores y contratistas las reglas que se aplicarán a la entrada en vigor del contrato adjudicado."

**Capítulo II. Métodos de contratación y condiciones para aplicarlos****18. Sustitúyanse las observaciones sobre el artículo 16 por el siguiente texto:**

"1. El artículo 16 establece la regla, ya examinada en el párrafo 13 de la introducción a la presente Guía, de que la licitación es el método que debe utilizarse normalmente para la contratación de bienes u obras, mientras que, para la contratación de servicios, el método que debe utilizarse normalmente es la solicitud de propuestas de servicios, conforme a lo enunciado en el capítulo IV *bis*. Para los casos excepcionales de contratación de bienes u obras en que la entidad adjudicadora considere que la licitación, aunque sea viable, no es el método más apto para aportar el valor óptimo, la Ley Modelo prevé otros métodos de contratación. En el caso de los servicios, la entidad adjudicadora podrá recurrir a la licitación cuando sea viable formular especificaciones detalladas y cuando la naturaleza de los servicios permita la licitación; de otro modo, podrá recurrir a uno de los otros métodos de contratación previstos en la Ley Modelo si se cumplen las condiciones para su aplicación.

2. El artículo 16 4) enuncia el requisito de que la decisión de utilizar un método distinto de la licitación en el caso de bienes u obras o, en el caso de servicios, un método de contratación distinto de la solicitud de propuestas de servicios, sea motivada circunstancialmente en el expediente. Con ello se subraya que la decisión de utilizar un método de contratación excepcional, en vez del método normalmente requerido (la licitación, para bienes u obras, o la solicitud de propuestas, para servicios), no debe ser tomada de manera secreta u oficiosa."

**Artículo 17. Condiciones para la licitación en dos etapas, la solicitud de propuestas o la negociación competitiva****19. Párrafo 1:**

En la primera frase, después de las palabras "distintos de la licitación", añádanse las palabras "o de la solicitud de propuestas de servicios".

**20. Párrafo 2:**

- i) Después de las palabras "formular las especificaciones", añádanse las palabras "para los bienes u obras o, según el caso, determinar las características de los servicios";
- ii) Después de las palabras "otro método de contratación", añádanse las palabras "distinto de la licitación o de la solicitud de propuestas de servicios".

**21. Añádase el siguiente nuevo texto como consecuencia de la adición a la Ley Modelo del capítulo IV *bis*:****"Capítulo IV bis. Solicitud de propuestas de servicios**

En los artículos 41 *bis* a *septies* se presentan los procedimientos para la solicitud de propuestas de servicios, que es el método que debe utilizarse normalmente en la contratación de servicios. Dado que, como se señalaba en el párrafo 10 de la sección I de la presente Guía, la principal diferencia entre la contratación de bienes y obras y la de servicios radica en el proceso de evaluación y selección, las características del capítulo IV *bis* que más difieren de la licitación son las que figuran

en el artículo 41 *sexies* sobre los procedimientos de selección. Por lo demás, los artículos de este capítulo, por ejemplo los relativos a la convocatoria de propuestas y al contenido de la solicitud de propuestas, siguen generalmente la pauta de los puntos análogos del capítulo III sobre el método de licitación. Ello obedece a que la licitación y la solicitud de propuestas de servicios son los métodos que deben utilizarse en la gran mayoría de los casos de contratación y a que, como tales, tienen la finalidad de fomentar una economía y eficiencia máximas en la contratación y de promover los otros objetivos enunciados en el Preámbulo.”

“Artículo 41 bis. *Convocatoria de propuestas*

1. De conformidad con el objetivo de la Ley Modelo de fomentar la competencia en la contratación, y dado que la solicitud de propuestas de servicios es el principal método para la contratación de servicios, el artículo 41 bis tiene la finalidad de asegurar que el mayor número posible de proveedores y contratistas tengan conocimiento del proceso de contratación y manifiesten su interés en participar en él. Para ello, es preciso que, como en el caso de la licitación, se dé amplia publicidad al aviso en que se hace un llamamiento a la participación.

2. No obstante, reconociendo que en ciertos supuestos generalmente paralelos a los reflejados en las condiciones para la licitación restringida (artículo 18), el requisito de convocatoria abierta podría estar injustificado o ir en contra de los objetivos de economía y eficiencia, el párrafo 3 define los supuestos en que la entidad adjudicadora no necesita recurrir a la convocatoria a licitación abierta. El Estado promulgante tal vez desee fijar en el reglamento de la contratación el valor límite por debajo del cual las entidades adjudicadoras no necesitan recurrir a la convocatoria abierta conforme a los párrafos 2 y 3 del artículo. A este respecto, cabe señalar que el límite fijado para los servicios podría ser inferior al establecido para los bienes y obras.”

“Artículo 41 ter. *Contenido de la solicitud de propuestas de servicios*

1. El artículo 41 ter contiene una lista de la información mínima que debe figurar en la solicitud de propuestas a fin de ayudar a los proveedores y contratistas a preparar sus propuestas y para que la entidad adjudicadora pueda comparar las propuestas en condiciones de igualdad. Debido al predominio de la solicitud de propuestas de servicios como método de contratación, el artículo 41 ter sigue ampliamente la pauta, en cuanto al nivel de detalles y al fondo, de las disposiciones sobre el contenido necesario del pliego de condiciones en el proceso de licitación (artículo 25).

2. Los párrafos *h)* e *i)* reflejan el hecho de que en muchos casos de contratación de servicios es posible que la entidad adjudicadora no conozca totalmente la naturaleza y las características de los servicios que han de contratarse. Dado que, como ya se vio en el párrafo 10 de la sección I de esta Guía, es posible que el precio de la propuesta no sea siempre un criterio pertinente en la contratación de servicios, los párrafos *k)* y *l)* son únicamente aplicables cuando el precio es un criterio pertinente en el proceso de selección.”

“Artículo 41 quater. *Criterios para la evaluación de propuestas*

1. El artículo 41 quater especifica la gama permisible de criterios que la entidad adjudicadora puede aplicar al evaluar las propuestas. Como ocurre en otras partes de la Ley Modelo

en que se enumeran estos tipos de criterios, la entidad adjudicadora no está necesariamente obligada a aplicar cada uno de los criterios en todos los casos de contratación. No obstante, en aras de la transparencia, la entidad adjudicadora deberá aplicar los mismos criterios a todas las propuestas y no podrá aplicar criterios que no hayan sido revelados previamente a los proveedores y contratistas en la solicitud de propuestas.

2. Al reflejar la importancia de los conocimientos especializados y de la pericia de los proveedores y contratistas en la gran mayoría de los casos de contratación de servicios, en el inciso *a)* del párrafo 1 se mencionan entre los criterios la cualificación y las aptitudes del personal que prestará los servicios. Este criterio revestiría particular importancia en la contratación de los servicios que requiriesen un alto nivel de pericia y conocimientos personales de quienes prestaran los servicios, por ejemplo, en un contrato de consultoría en materia de ingeniería. El inciso *b)* del párrafo 1 determina que uno de los posibles criterios es la capacidad de una propuesta para satisfacer eficazmente las necesidades de la entidad adjudicadora, con lo cual permite a ésta desestimar una propuesta que se haya presentado como técnica y cualitativamente superior a lo exigido por la entidad adjudicadora a fin de obtener una alta calificación en el proceso de selección, tratando así de conseguir que la entidad adjudicadora se vea obligada a negociar con el defensor de la propuesta exagerada.

3. Los incisos *d)* y *e)* del párrafo 1 y el párrafo 2 son similares a las disposiciones aplicables a la licitación en virtud del artículo 32 *4) c) iii), iv) y d)*. Por consiguiente, las observaciones que figuran en esta Guía sobre las disposiciones relativas a la licitación (véanse los párrafos 3 a 6 de las observaciones sobre el artículo 32) guardan relación con el artículo 41 quater.”

“Artículo 41 quinquies. *Aclaraciones y modificaciones de la solicitud de propuestas*

El artículo 41 quinquies refleja las disposiciones del artículo 26 sobre la cuestión análoga en el texto de la licitación y las observaciones sobre el artículo 26 que figuran en la presente Guía guardan relación, por tanto, con el artículo 41 quinquies.”

“Artículo 41 sexies. *Procedimientos de selección*

1. El inciso *b)* del párrafo 1 prevé la utilización de un grupo de expertos imparciales en el proceso de selección, procedimiento a veces utilizado por las entidades adjudicadoras, particularmente en las decisiones sobre concursos de diseño o en la contratación de servicios con un alto componente artístico o estético. Los Estados promulgantes que utilicen esos grupos tal vez deseen introducir otras reglas en el reglamento de la contratación, por ejemplo, relativas a las distinciones que habría que hacer entre los grupos con funciones meramente asesoras, los grupos cuya única función fuera la evaluación de los aspectos estéticos y artísticos de las propuestas y los grupos facultados para adoptar decisiones vinculantes para la entidad adjudicadora.

2. En los párrafos 2, 3 y 4 se especifican tres métodos para seleccionar la propuesta ganadora, a fin de permitir a la entidad adjudicadora, en el contexto de un proceso de solicitud de propuestas de servicios, utilizar el método que mejor se adapte a las condiciones y circunstancias concretas de cada caso. La elección de un determinado método depende en gran medida del tipo de servicios que se contraten y de los principales factores que se vayan a tener en cuenta en el proceso de selección, en particular, el eventual deseo de la entidad adjudicadora

de celebrar negociaciones con los proveedores y contratistas y, llegado el caso, la fase del proceso de selección en que deban celebrarse. Por ejemplo, si los servicios que han de contratarse son corrientes y no exigen grandes conocimientos especializados ni pericia personal, la entidad adjudicadora tal vez desee recurrir al método de selección especificado en el párrafo 2, que está más orientado hacia el precio y que, al igual que la licitación, no entraña negociaciones. Por otro lado, en los servicios en que la pericia personal y los conocimientos especializados del proveedor o contratista sean cruciales, la entidad adjudicadora tal vez desee recurrir a uno de los métodos mencionados en los párrafos 3 y 4, ya que, al igual que la licitación, permiten dar un mayor relieve a esos criterios y prevén la negociación.

3. Como acaba de decirse, el método previsto en el párrafo 2 puede ser más compatible con la contratación de servicios cuando el criterio dominante no sea la pericia personal ni los conocimientos especializados de los proveedores y contratistas sino el precio, y cuando la entidad adjudicadora no desea negociar. Sin embargo, para asegurar que los proveedores y contratistas posean la suficiente competencia y pericia, la Ley Modelo dispone que la entidad adjudicadora debe fijar un umbral en función del cual se puedan valorar los aspectos de las propuestas no relacionados con el precio. Si este umbral se fija a un nivel suficientemente alto, todos los proveedores y contratistas cuyas propuestas obtengan una calificación que alcance o sobrepase ese umbral pueden con toda probabilidad prestar los servicios con un nivel de competencia más o menos equivalente. Ello da más seguridad a la entidad adjudicadora al seleccionar la propuesta ganadora únicamente sobre la base del precio, en virtud del párrafo 2 b) i), o sobre la base de la evaluación mejor combinada de aspectos relacionados con el precio y otros aspectos, en virtud del párrafo 2 b) ii).

4. El párrafo 3 prevé un método de selección muy semejante a los procedimientos de evaluación para el método de solicitud de propuestas que figura en el artículo 39. Por consiguiente, es el método idóneo en circunstancias en que la entidad adjudicadora busca diversas propuestas que respondan óptimamente a sus necesidades de contratación. Al permitir negociaciones previas con todos los proveedores y contratistas, la entidad adjudicadora puede definir mejor sus necesidades, que los proveedores y contratistas pueden tener en cuenta al preparar sus "mejores ofertas definitivas". Se ha incluido el inciso c) para asegurar que en el proceso de evaluación no se dé inde-

bida importancia al precio en detrimento de la evaluación de los aspectos técnicos y demás aspectos de la propuesta, incluida la evaluación de la competencia de quienes hayan de intervenir en la prestación de los servicios.

5. En el párrafo 4 se menciona un tercer procedimiento para seleccionar la propuesta ganadora, que también prevé negociaciones y que tradicionalmente ha sido muy empleado, en particular en la contratación de servicios intelectuales. En este procedimiento, la entidad adjudicadora fija un umbral basado en los aspectos cualitativos y técnicos de las propuestas y posteriormente clasifica las propuestas que han obtenido una calificación superior al umbral, lo cual garantiza que los proveedores y contratistas con los que negociará están en condiciones de prestar los servicios requeridos. A continuación, la entidad adjudicadora celebra negociaciones con cada uno de los proveedores o contratistas, empezando por el proveedor o contratista que ha obtenido la calificación más alta en el proceso de contratación, sobre la base de su calificación, hasta que adjudica el contrato a uno de ellos. Estas negociaciones tienen la finalidad de asegurar que la entidad adjudicadora obtiene un precio equitativo y razonable por los servicios que hayan de prestarse. Si no se da a la entidad adjudicadora la posibilidad de reemprender negociaciones con los proveedores y contratistas con los que ya había concluido negociaciones, es para evitar negociaciones sin límites que puedan dar pie a abusos y causar retrasos innecesarios. No obstante, si bien este criterio tiene la ventaja de imponer una medida de disciplina en la contratación, niega a la entidad adjudicadora la oportunidad de reconsiderar una propuesta que en ulteriores negociaciones con proveedores o contratistas pudiera resultar más favorable. Es, pues, evidente que este método de selección no está concebido con el fin de introducir el alto nivel de competencia, con respecto al precio, que desearía la entidad adjudicadora."

#### "Artículo 41 septies. Confidencialidad

Se incluye el artículo 41 septies porque, a fin de prevenir el abuso de los procedimientos de selección y de promover la confianza en el proceso de contratación, es importante que todas las partes respeten la confidencialidad, especialmente cuando haya negociaciones. Esta confidencialidad es importante, en particular para proteger toda información comercial u otro tipo de información que los proveedores o contratistas puedan incluir en sus propuestas y que no deseen que se comunique a sus competidores."

## II. GARANTÍAS Y CARTAS DE CRÉDITO CONTINGENTE

### A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales acerca de la labor realizada en su 20.º período de sesiones

(Viena, 22 de noviembre a 3 de diciembre de 1993) (A/CN.9/388) [Original: inglés]

#### ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN .....	1-11
I. DELIBERACIONES Y DECISIONES .....	12-13
II. EXAMEN DE LOS ARTÍCULOS DE UN PROYECTO DE CONVENCIÓN SOBRE LAS CARTAS DE GARANTÍA INTERNACIONALES .....	14-112
CAPÍTULO IV. DERECHOS, OBLIGACIONES Y EXCEPCIONES <i>(continuación)</i> .....	14-37
Artículo 18. Solicitud de "prorroga o pague" .....	14
Artículo 19. Reclamación indebida .....	15-30
Artículo 20. Compensación .....	31-37
CAPÍTULO V. MEDIDAS JUDICIALES PROVISIONALES .....	38-73
Artículo 21. Mandamiento conminatorio preventivo [contra el emisor o el beneficiario] .....	38-73
CAPÍTULO VI. JURISDICCIÓN .....	74-84
Artículo 24. Elección del tribunal o de la vía arbitral .....	74-84
Artículo 25. Determinación de la jurisdicción competente .....	74-84
CAPÍTULO VII. CONFLICTOS DE LEYES .....	85-89
Artículo 26. Elección de la ley aplicable .....	85-89
Artículo 27. Determinación de la ley aplicable .....	85-89
CAPÍTULO I. ESFERA DE APLICACIÓN .....	90-112
Artículo 1. Campo sustantivo de aplicación .....	90-106
Artículo 2. Carta de garantía .....	107-112
III. TRABAJOS FUTUROS .....	113

#### INTRODUCCIÓN

1. En cumplimiento de una decisión adoptada por la Comisión en su 21.º período de sesiones<sup>1</sup>, el Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales dedicó su 12.º período de sesiones al examen del proyecto de reglas uniformes relativas a las garantías, que estaba preparando la Cámara de Comercio Internacional (CCI), y consideró la conveniencia y viabilidad de que la Comisión realizara alguna labor encaminada a lograr una mayor uniformidad en el plano legislativo con respecto a las garantías y las cartas de crédito contingente (A/CN.9/316). El Grupo

de Trabajo recomendó que se iniciase la preparación de un régimen uniforme, ya sea en forma de ley modelo o de convención. En su 22.º período de sesiones, la Comisión aceptó la recomendación del Grupo de Trabajo de que se emprendiese la preparación de un régimen uniforme y encomendó esa tarea al Grupo de Trabajo<sup>2</sup>.

2. En su 13.º período de sesiones (A/CN.9/330), el Grupo de Trabajo inició su labor examinando algunas cuestiones que podía plantear un régimen uniforme, examinadas en una nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.65). Estas cuestiones se referían al alcance sustantivo

<sup>1</sup>Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/43/17), párr. 22.

<sup>2</sup>Ibid., cuadragésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/44/17), párr. 244.

de la ley uniforme, a la autonomía de las partes y sus límites, y a posibles reglas de interpretación. Asimismo, el Grupo de Trabajo inició un intercambio preliminar de opiniones sobre cuestiones relativas a la forma de las garantías o cartas de crédito contingente y al momento de su constitución.

3. En su 14.º período de sesiones (A/CN.9/342), el Grupo de Trabajo examinó los proyectos de artículo 1 a 7 de la ley uniforme preparados por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.67). El Grupo de Trabajo estudió asimismo las cuestiones que se examinan en la nota de la Secretaría relativa a la modificación, transferencia, extinción y obligaciones del garante (A/CN.9/WG.II/WP.68).

4. En su 15.º período de sesiones (A/CN.9/345), el Grupo de Trabajo examinó algunas cuestiones relativas a las obligaciones del garante, presentadas en la nota de la Secretaría relativa a la modificación, transferencia, extinción y obligaciones del garante (A/CN.9/WG.II/WP.68). A continuación, el Grupo de Trabajo examinó las cuestiones tratadas en una nota de la Secretaría relativa al fraude y a otros motivos para denegar el pago, y las medidas cautelares y otras medidas judiciales (A/CN.9/WG.II/WP.70) y las cuestiones tratadas en una nota de la Secretaría relativa a los conflictos de leyes y las cuestiones de competencia (A/CN.9/WG.II/WP.71).

5. En su 16.º período de sesiones (A/CN.9/358), el Grupo de Trabajo examinó los proyectos de artículo 1 a 13 y, en su 17.º período de sesiones (A/CN.9/361), los proyectos de artículo 14 a 27 de la ley uniforme preparados por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.73 y Add.1). En sus períodos de sesiones 18.º y 19.º (A/CN.9/372 y 374), el Grupo de Trabajo examinó otra nueva revisión de los proyectos de artículo (recogida en los documentos A/CN.9/WG.II/WP.76 y Add.1), cuyo texto el Grupo de Trabajo decidió provisionalmente, en su 16.º período de sesiones, que se presentara en forma de proyecto de Convención (A/CN.9/361, párr. 147).

6. El Grupo de Trabajo, que estaba integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 20.º período de sesiones en Viena del 22 de noviembre al 3 de diciembre de 1993. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Arabia Saudita, Austria, Canadá, China, Costa Rica, Egipto, Eslovaquia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Hungría, India, Irán (República Islámica del), Japón, Marruecos, México, Nigeria, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Tailandia y Uruguay.

7. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Armenia, Australia, Bolivia, Emiratos Árabes Unidos, Finlandia, Indonesia, Myanmar, Nicaragua, República Checa, Rumania, Suecia, Suiza, Turquía y Ucrania.

8. Asistieron al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales: Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI) y Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

9. El Grupo de Trabajo eligió las siguientes autoridades:

*Presidente:* Sr. J. Gauthier (Canadá)

*Relator:* Sr. V. Tuvayanond (Tailandia)

10. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí los siguientes documentos: programa provisional (A/CN.9/WG.II/WP.79), una nota de la Secretaría que contenía los artículos 12 a 27 del proyecto de Convención (A/CN.9/WG.II/WP.76/Add.1) y una ulterior revisión de los proyectos de artículo 1 a 17 (A/CN.9/WG.II/WP.80) preparada por la Secretaría a raíz del 19.º período de sesiones.

11. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Elección de la Mesa.
2. Aprobación del programa.
3. Preparación de un proyecto de Convención sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente.
4. Otros asuntos.
5. Aprobación del informe.

## I. DELIBERACIONES Y DECISIONES

12. El Grupo de Trabajo examinó los proyectos de artículo 18 a 27 enunciados en el documento A/CN.9/WG.II/WP.76/Add.1 y los proyectos de artículo 1 y 2 1), enunciados en el documento A/CN.9/WG.II/WP.80, prestando particular atención respecto de cada regla a la cuestión de si resultaría idónea tanto para la garantía independiente como para la carta de crédito contingente o para uno sólo de estos títulos.

13. Las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo relativas a los proyectos de artículo 18 a 27 y 1 y 2 1) del proyecto de Convención figuran a continuación en el capítulo II. Se pidió a la Secretaría que, sobre la base de esas conclusiones, preparara una revisión de los proyectos de artículo 18 a 27 y 1 y 2 1).

## II. EXAMEN DE LOS ARTÍCULOS DE UN PROYECTO DE CONVENCIÓN SOBRE LAS CARTAS DE GARANTÍA INTERNACIONALES

### Capítulo IV. Derechos obligaciones y excepciones (continuación)

#### Artículo 18. Solicitud de "prorroga o pague"

14. Se recordó que, en el 17.º período de sesiones, se había sugerido que el procedimiento llamado de "prorroga o pague" era incompatible con la práctica de las cartas de crédito contingente por lo que no debería ser aplicable a las cartas de garantía emitidas en esa forma. El Grupo de Trabajo tomó nota de que la supresión del artículo 18 equivaldría a limitar la aplicación de la técnica de prorroga o pague a las garantías pagaderas a su reclamación. Ello sucedería así porque la carta de crédito contingente se regía por las Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos

documentarios (RUU), en las que no estaba previsto este procedimiento de prorrogue o pague mientras que en una garantía pagadera a su reclamación era probable que se hiciera remisión a las Reglas Uniformes relativas a las garantías pagaderas a la reclamación (RUG), cuyo artículo 26 enunciaba más o menos las mismas reglas que las sugeridas para este artículo en la variante A. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo decidió suprimir el artículo 18.

#### *Artículo 19. Reclamación indebida*

##### *Encabezamiento*

15. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí dos variantes de encabezamiento para el artículo 19. En la variante A se duplican algunos de los elementos ya enunciados en el artículo 17 2), a saber, el deber del emisor de denegar el pago de ser éste improcedente y el requisito de que el carácter indebido de la reclamación sea conocido o sea claro y manifiesto para el emisor. Estaba muy difundido el parecer de que esa duplicación era problemática y además innecesaria. Hubo acuerdo general en el Grupo de Trabajo con la estructura actual de definir, en el artículo 19, la reclamación indebida y de indicar, en el artículo 17 2), las consecuencias jurídicas de que la reclamación sea indebida. El Grupo de Trabajo manifestó que a su entender la remisión que se hacía en el artículo 17 2) al artículo 19 se hacía únicamente a la definición de reclamación indebida, por lo que no se extendía a tal requisito señalado en la variante A de que ese carácter estuviera claro y fuera de toda duda. El Grupo de Trabajo expresó su preferencia por la claridad y la sencillez de la variante B, que además no duplicaba nada de lo dispuesto en el artículo 17 2);

16. Se observó que el debate sobre la aplicación del artículo 19 a cualquier obligación del emisor de denegar el pago se aplazaba hasta que el Grupo de Trabajo examinara el artículo 17 2). Se dijo también que, si se imponía esa obligación, habría que exceptuar las cartas de crédito contingente.

##### *Inciso a)*

17. Se intercambiaron pareceres sobre el requisito entre corchetes de que el beneficiario sepa que algún documento está falsificado para que esa falsificación haga indebida la reclamación. Se opinó que debería formularse el inciso a) en términos más objetivos, lo que se conseguiría suprimiendo la referencia a lo que el beneficiario sepa. Se dijo que, puesto que la falsificación de un documento debía ser objetivamente perceptible, o "clara sin lugar a dudas" para una "persona razonable", y puesto que sería normalmente el emisor quien determinara si un documento presentado en apoyo de una reclamación estaba o no falsificado, no había necesidad de investigación alguna sobre lo que el beneficiario supiera o debiera saber. Se sugirió por ello que se redactara de nuevo el inciso como sigue: "No cabe duda alguna de que algún documento está falsificado". Si bien no se cerró a la sugerencia de que se suprimiera la remisión al saber del beneficiario, el Grupo de Trabajo optó por no insertar ninguna nueva precisión sobre el grado de evidencia requerido. Como se observó al examinarse el encabezamiento, se convino en que éste era un asunto que debería ser tratado por separado en el artículo 17.

18. Con respecto al empleo de las palabras "algún documento está falsificado", se expresó el parecer de que la noción de falsificación podía tener connotaciones muy técnicas en algunos ordenamientos jurídicos, lo que obligaría a calificar la reclamación de indebida aun cuando la falsificación fuera insignificante y no alterara el equilibrio comercial de la operación, y hubiera incluso sido efectuada sin conocimiento del beneficiario. Se observó, a título de ejemplo, que en la jurisprudencia de algunos países la presencia de una fecha falsificada en un conocimiento de embarque presentado en apoyo de una demanda de pago fundada en una carta de garantía, sin que el beneficiario tuviera conocimiento de esa falsificación, no restaría necesariamente validez a la acción. Se sugirió por ello insertar alguna precisión como la siguiente: "o ha sido de algún otro modo fraudulentamente completado", especialmente si se suprime la referencia al saber del beneficiario. Se recordó, no obstante, que el Grupo de Trabajo había decidido anteriormente que debería evitarse el empleo de términos como "fraude" o "engaño". Otra sugerencia fue la de que se hiciera referencia a aquellas falsificaciones que fueran "sustanciales". Prevalció, no obstante, el parecer de que se mantuviera la referencia actual a falsificación, suprimiéndose únicamente la remisión al saber del beneficiario.

##### *Inciso b)*

19. Se deliberó sobre si debería conservarse el inciso b). Se observó, en apoyo de su supresión, que la situación regulada en ese inciso no era sino un supuesto más preciso de la situación más genérica regulada por el inciso c). A ese respecto, se expresó el parecer de que cabía cuestionar el alcance del párrafo, por haber decidido ya el Grupo de Trabajo que el proyecto de Convención sería aplicable a las garantías pagaderas a su mera reclamación, lo que haría innecesario las palabras entre corchetes ("a la luz del fundamento alegado en la reclamación y de los documentos justificativos presentados"). Se dijo, en apoyo de que se retuviera el inciso, que si bien era cierto que pudiera haber duplicación entre los incisos b) y c), el inciso b) era necesario para regular el supuesto concreto de que el fundamento para la reclamación hubiera sido limitado por el propio texto de la carta de garantía, por ejemplo, de haberse de alegar el incumplimiento de determinada obligación para obtener el pago de alguna garantía de cumplimiento. Se hizo referencia al supuesto de que hubiera alguna incoherencia interna entre los documentos presentados en apoyo de una reclamación de pago. Se dijo que, de presentarse alguna reclamación de pago aparentemente conforme por el beneficiario en algún supuesto como el indicado, habiendo adquirido ya el emisor conocimiento del cumplimiento debido de la obligación garantizada, el inciso b) sería necesario para que quedara claro que el emisor no estaba en modo alguno obligado a investigar el trasfondo de lo afirmado por el beneficiario para averiguar si existía algún otro fundamento concebible para la reclamación, como pudiera desprenderse erróneamente de la lectura del inciso c). Se respondió que los bancos no podían hacer algunas de las averiguaciones exigidas en el inciso b), mientras que los tribunales sí y, en consecuencia, no podía existir esa obligación. Prevalció el parecer de que se retuviera el inciso b).

20. En lo que respecta al contenido del inciso b), se observó que el conocimiento que pueda tener el beneficia-

rio era un requisito previo para la aplicabilidad del inciso *b*). Se observó que, al haberse suprimido por idéntica razón un texto similar del inciso *a*) deberían suprimirse las palabras iniciales (“el beneficiario sabe o no puede desconocer”). En respuesta, se expresó el parecer de que era necesario mantener el requisito de que el beneficiario tuviera conocimiento para proteger al beneficiario que actuara de buena fe, que presentara una reclamación de pago sin saber que el pago, de hecho, no era debido. Se dijo que la protección del beneficiario que actuara de buena fe estaba prevista en la jurisprudencia de algunos países y que esa protección era un factor que daría certeza y fiabilidad al título de garantía. Prevalció la opinión de que, conociera o no el beneficiario las maniobras que hubieran resultado en su presentación de una reclamación de un pago que, de hecho, no era debido, en el proyecto de Convención no debería autorizarse el pago en dichos casos.

21. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que el inciso *b*) dijera como sigue: “ningún pago es debido en razón del fundamento alegado en la reclamación en la documentación de apoyo”.

*Inciso c)*

22. El Grupo de Trabajo estimó que el contenido del inciso *c*) era en general aceptable.

*Párrafo 2)*

23. Se observó que el párrafo 2) tenía por finalidad describir algunos supuestos típicos de reclamaciones que evidentemente carecían de todo fundamento. Esas dos variantes se habían presentado al Grupo de Trabajo, por haberse reflejado en ellas las propuestas que se hicieron en el 17.º período de sesiones. La variante X enuncia en términos generales la carencia de todo fundamento describiendo ciertos supuestos en los que la improcedencia de la reclamación sea clara e inequívoca. La variante Y enuncia una lista no exhaustiva de supuestos que pueden darse en diversos tipos de carta de garantía.

24. Se expresaron pareceres divergentes sobre si debía conservarse el párrafo 2). Se hizo la observación general de que bastaría con la definición de reclamación indebida enunciada en el párrafo 1) y de que la dificultad de definir supuestos claros de reclamaciones carentes de todo fundamento debilitaría la eficacia del párrafo 2). A este respecto, se hicieron ciertas sugerencias. Una de ellas era la de reflejar el contenido de las variantes X e Y en un comentario, con miras a eliminar el párrafo 2). Se sugirió también suprimir las variantes X e Y dejando la cuestión del fraude y demás problemas relacionados con la operación subyacente para ser tratados en algún otro artículo de la Convención, en el que se daría alguna pauta para los tribunales pero sin imponer deber alguno al emisor. Se sugirió además suprimir ambas variantes con la condición de que se hiciera en el párrafo 1) *c*) alguna referencia a la operación subyacente en términos como los siguientes: “y sin menoscabo indebido de alguna obligación subyacente”. A este respecto, se observó que la inserción de este texto en el párrafo 1) *c*) podría causar incertidumbre acerca del alcance del examen que se había de hacer de la operación subyacente para determinar si la reclamación era indebida.

25. Prevalció, no obstante el parecer de que debía conservarse el párrafo 2) por suministrarse en él un criterio valioso para determinar cuándo una reclamación carecía de todo fundamento.

26. Se expresaron pareceres divergentes respecto de las dos variantes del párrafo 2). Se expresó cierto apoyo por la variante Y por razón de que contenía una lista de supuestos que podrían darse en diversos tipos de cartas de garantía, y que servirían de orientación. Se expresó también apoyo por que se combinaran ambas variantes. A ese respecto, se observó que las variantes X e Y no eran mutuamente excluyentes, por enunciarse en la primera reglas generales y en la segunda una lista de diversos supuestos. Se observó, además, que el párrafo 2) debería limitarse a enunciar los supuestos más claros de una reclamación carente de todo fundamento y debería ser redactado en otros términos para que fuera invocable en el marco de un litigio. Sin embargo, hubo mayor apoyo por la variante X por considerársela más sencilla y más clara. Se observó que enunciaba una lista no exhaustiva de supuestos genéricos de reclamaciones carentes de todo fundamento.

27. Respecto del contenido de la variante X, se expresó la inquietud de que el inciso *b*) pudiera suscitar la pesadilla de que el emisor tuviera que averiguar asuntos ajenos a su esfera de competencia profesional, como si el tribunal era o no competente o el valor jurídico de un laudo arbitral. Se expresó también la inquietud de que el inciso *b*), que disponía que la reclamación de pago carecería de todo fundamento de haber sido declarada inválida la obligación subyacente por un tribunal judicial o arbitral, resultara demasiado genérico, dado que podrían darse casos en la práctica en los que se emitiera una carta de garantía precisamente como cobertura contra esa contingencia. Se sugirió que cabría resolver este problema condicionando la aplicabilidad del inciso *b*) a que las partes no hubieran estipulado otra cosa en la carta de garantía. Una sugerencia conexa fue la de que se sometiera la totalidad del párrafo 2) a la autonomía contractual de las partes. Se expresó cierta inquietud de que con la modificación sugerida se facultaría a las partes para dejar sin efecto los casos más graves de improcedencia de la reclamación, lo que sería contrario al orden público, por lo que se sugirió que esa modificación se hiciera en términos apropiados. En consecuencia, el Grupo de Trabajo convino en hacer una modificación más limitada, consistente en incluir entre corchetes en el próximo proyecto alguna disposición que facultara a las partes para estipular en la carta de garantía que la reclamación no sería indebida en el caso de que una de las finalidades al menos de la carta de garantía fuera cubrir el riesgo de haber sido anulada la operación subyacente por algún tribunal judicial o arbitral.

28. Otra inquietud fue la de que la variante X no cubriera el supuesto de que existiera una desproporción manifiesta entre el daño ocasionado y la cuantía reclamada al amparo de la carta de garantía, inquietud que ya se había expresado en el 17.º período de sesiones del Grupo de Trabajo. A ese respecto, se sugirió que se regulara el supuesto de una desproporcionalidad manifiesta en el inciso *c*) de la variante X o, por separado, en un nuevo inciso *e*) en el que se dijera algo así como: “la cuantía reclamada sea manifiestamente desproporcionada al daño ocasionado”. Esa sugerencia no

obtuvo apoyo suficiente, principalmente por no ser ése un supuesto de carencia total de fundamento de la reclamación y por tratarse de un problema que podría ser resuelto estipulando en la carta de garantía la aplicabilidad en ese supuesto de algún mecanismo de reducción.

29. Se expresó el parecer de que el inciso *d*) resultaba ambiguo, por ser tal vez difícil para el emisor determinar las razones por las que el solicitante no hubiera cumplido la obligación subyacente. Se dijo además que había cierto número de acciones u omisiones del beneficiario, distintas del comportamiento doloso, que podrían impedir el cumplimiento de la obligación subyacente, y que sugirieran que podría haber algún fundamento para la reclamación. Sin embargo, la sugerencia de que se suprimiera el inciso *d*) no mereció la aprobación del Grupo de Trabajo.

30. Tras haber deliberado al respecto, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un proyecto revisado de párrafo 2) inspirado en la variante X, pero con la modificación convenida para el inciso *b*), para que fuera aplicable a aquellos supuestos en los que fuera evidente que la reclamación carecía de todo fundamento.

#### *Artículo 20. Compensación*

31. Se recordó que en la variante A se había optado por el texto "haciendo valer algún derecho de compensación", en lugar del texto "por vía de compensación" por entender el Grupo de Trabajo que el régimen general de la compensación aplicable al caso tal vez impusiera otras restricciones (A/CN.9/361, párrs. 97 y 98). Avanzando un paso más, la variante B se limitaba a presentar la restricción y prohibía el ejercicio de cualquier derecho de compensación, con créditos cedidos por el solicitante, de que tal vez se dispusiera con arreglo al régimen general de la compensación del ordenamiento aplicable. Se expresó la preferencia en general por la solución adoptada en la variante A, por estimarse que recogía con mayor claridad el principio de que la compensación se aplicaría en el contexto de las cartas de garantía.

32. Con respecto a las palabras de introducción ("De no haber convenido otra cosa las partes") se estuvo de acuerdo en general en la conveniencia de mencionar el principio de la autonomía de las partes en relación con la compensación. Se consideró mayoritariamente que el principio de la autonomía de las partes debía aplicarse a todo el artículo, incluida la excepción establecida al final de la variante A ("con tal de que ese crédito no le haya sido cedido por el solicitante"), al que también debía permitirse renunciar a las partes. Por lo que respecta a la utilización de las palabras "las partes", se expresó la preocupación de que la mera referencia a "partes" tal vez no permitiera, en el caso de que efectuara el pago un banco que no fuera el emisor, que éste hiciera valer algún derecho de compensación con algún crédito que tuviera contra la parte que reclamaba el pago. Se sugirió que las palabras "las partes" se sustituyeran por "la parte que efectúa el pago en virtud de la carta de garantía y el beneficiario". Se pusieron objeciones al texto sugerido basándose en que ninguna otra disposición del proyecto de Convención regulaba la relación entre el beneficiario y las partes que no fueran emisoras o solicitantes y

que, por razones de coherencia, no debía adoptarse ninguna solución distinta con respecto al artículo 20. Se señaló que, en el resto del texto del proyecto de Convención, las palabras "las partes" se sustituirán por las palabras "el garante o emisor y el principal" de acuerdo con una decisión adoptada en el 19.º período de sesiones. Se observó, sin embargo, que el artículo 9 3) se refería a la parte que efectuara el pago.

33. Con respecto a la referencia a la ley de quiebras ("a reserva de lo dispuesto en la ley de quiebras"), se expresó la opinión de que no era necesaria dicha referencia. Se sostuvo que la referencia a la ley de quiebras podía suscitar dificultades respecto a la ley que debía aplicarse, es decir, la ley del país del garante o la del país del beneficiario, o la del lugar del pago. Además, la referencia podía dar lugar a incertidumbre en los casos en que la quiebra hubiera sido declarada en varias jurisdicciones. Se sugirió a este respecto que el artículo 20 estableciera la norma de que en el marco del proyecto de Convención sólo pudiera hacerse valer un derecho de compensación cuando se tratase de obligaciones en activos líquidos. Se expresó también la opinión de que se dejara a la legislación nacional la interacción del proyecto de Convención con el derecho de quiebras, habida cuenta en especial de la complejidad de los mecanismos legales relativos a las prioridades en las transacciones aseguradas en los casos de quiebra. Además, se suscitó la cuestión de la procedencia de citar únicamente la ley de quiebras de entre todas las leyes específicas que pudieran guardar relación con el texto del proyecto de Convención. Aunque el mantenimiento en el texto de la variante A de la referencia a la ley de quiebras obtuvo un cierto apoyo, el Grupo de Trabajo, tras estudiar el caso, decidió suprimir la referencia.

34. Por lo que respecta a la norma sustantiva establecida en la variante A ("el emisor podrá cumplir con su obligación de pago fundada en una carta de garantía haciendo valer algún derecho de compensación con algún crédito que tenga con la persona que reclame el pago"), se expresó la opinión de que debía definirse el concepto de compensación en el proyecto de Convención. Se recordó que, en la legislación de determinados países, la compensación estaba limitada a los créditos del garante derivados de la misma transacción que el crédito del beneficiario, mientras que en la legislación de otros países no se contemplaba dicha limitación. El Grupo de Trabajo, sin embargo, reafirmó la decisión adoptada en su 17.º período de sesiones de que se dejara la cuestión a las normas generales sobre compensación de cada país (véase A/CN.9/361, párr. 98) y se señaló que la finalidad de las palabras "haciendo valer algún derecho de compensación" era recoger esa remisión a la ley nacional. A este respecto se expresó la preocupación de que el artículo 20 pudiera interpretarse indebidamente en el sentido de que trataba de crear derechos de compensación cuando dichos derechos no estaban ya reconocidos en la ley nacional. Se sugirió por ello que la norma contenida en el artículo 20 estableciera expresamente "a reserva de las normas generales de compensación". Se reconoció, sin embargo, que una referencia de esta índole a las normas "generales" de compensación no dejaba suficientemente claro que toda prohibición de compensación en cuestiones relacionadas con las cartas de garantía debía reemplazarse por el texto del proyecto de Convención.

35. Por lo que respecta a las palabras “con algún crédito que tenga la persona que reclame el pago”, se expresó el temor de que, en el caso de que el beneficiario hubiera transferido el derecho al pago, la compensación no se aplicaría cuando se tratase de un crédito contra el anterior beneficiario. Se estimó, sin embargo, que la situación legal del destinatario de la transferencia en el proyecto de Convención no debía ser más favorable que la del anterior beneficiario, es decir, el transferente. Tras considerar el asunto, el Grupo de Trabajo decidió suprimir las palabras “con algún crédito que tenga con la persona que reclame el pago”.

*Párrafo 3) del artículo 9 bis*

36. Recordando la decisión que había adoptado en su 19.º período de sesiones de examinar la cuestión de la compensación en el contexto de la cesión de sumas después de un nuevo examen del artículo 20, el Grupo de Trabajo inició el debate del párrafo 3) del artículo 9 bis. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí dos variantes del párrafo 3) (A/CN.9/WG.II/WP.80). La variante X limitaba expresamente las reclamaciones contra el beneficiario, excluyendo de esta forma toda posible reclamación contra el cesionario. La variante Y era una disposición de carácter general que no abordaba esta cuestión.

37. El Grupo de Trabajo estudió si debía mantenerse o suprimirse el párrafo 3). Se defendió su mantenimiento basándose en la utilidad de disponer de una aclaración de las circunstancias en las que podría ejercitarse el derecho de compensación. En contra de ello se sostuvo que el párrafo 3) debía suprimirse ya que guardaba relación con las normas generales sobre compensación que debían dejarse a la ley nacional, como se había acordado en el examen del artículo 20. Pese a mostrarse por lo general inclinado a suprimir el párrafo 3), el Grupo de Trabajo se detuvo a examinar las ventajas comparativas de las variantes X e Y. Se expresó un cierto apoyo a la variante X por considerarla en consonancia con el párrafo 1) del artículo 9 bis, que hablaba de cesión de sumas de dinero y no de reclamaciones. Se criticó al mismo tiempo esta variante por sus efectos negativos en los derechos de compensación recogidos en los ordenamientos nacionales. La variante Y recibió mayor apoyo por ser una disposición de carácter más general sin los inconvenientes de la variante X. Sin embargo, tras debatir la cuestión, el Grupo de Trabajo decidió suprimir el párrafo 3).

## Capítulo V. Medidas judiciales provisionales

### *Artículo 21. Mandamiento conminatorio preventivo [contra el emisor o el beneficiario]*

#### *Observaciones generales*

38. Como había sucedido en el 17.º período de sesiones, se expresaron diversos pareceres respecto de la cuestión de las medidas cautelares (véase A/CN.9/361, párrs. 102 y 103). Se expresaron ciertas dudas al respecto de la incorporación del artículo 21 al proyecto de Convención, especialmente por enunciar este artículo reglas procesales sobre

asuntos que se regulaban de distinto modo en cada Estado y que más convendría dejar al derecho interno. Se sugirió que la aceptabilidad del proyecto de Convención se vería adversamente afectada si el legislador interno se veía obligado a retocar, para un sector particular del derecho, el régimen interno de las medidas cautelares en general. Se observó además que las medidas cautelares previstas en el proyecto de artículo serían desconocidas para algunos Estados. Por todo ello, se sugirió que se suprimiera el artículo, o que se destinara únicamente a aquellos Estados cuyo derecho interno reconociera la vía de amparo ofrecida por las medidas cautelares en general. Como alternativa de la supresión completa del artículo 21, se sugirió también que, si bien no debía intentarse establecer reglas procesales, el artículo 21 tal vez podría enunciar alguna declaración genérica de principios, como la recogida en el antiguo artículo 23, cuya supresión fue decidida por el Grupo de Trabajo en su 17.º período de sesiones (véase A/CN.9/361, párrs. 119 a 121).

39. Como argumento en favor de que se retuviera una disposición sobre medidas cautelares, se dijo que esa disposición formaba parte integrante de las disposiciones en materia de fraude y engaño. Se observó que una de las principales razones, si no la principal, de preparar un proyecto de Convención era la de prever alguna solución en esta esfera, lo que no sería posible con instrumentos cuya autoridad fuera contractual (es decir, las RUU y las RUG). Se sugirió además que el proyecto de artículo no tenía por objeto introducir cambios drásticos en el régimen procesal interno de los países, aunque se dijo que la inserción de esa disposición en el proyecto de Convención sería saludable precisamente por razón de que se observaba cierta diversidad en este campo entre los regímenes procesales nacionales. Se dijo que la retención de algunas disposiciones sobre medidas cautelares podría ser provechosa para aquellos Estados que no dispusieran de ellas, al servirles de orientación por si deseaban introducirlas. Por razón de estos Estados, así como por la diversidad observada entre algunos regímenes nacionales, se dijo que la inclusión de alguna disposición sobre medidas cautelares sería provechosa tanto para salvaguardar la equidad de la carta de garantía como para la uniformidad internacional al respecto.

40. Tras haber deliberado al respecto, el Grupo de Trabajo decidió proceder al examen del proyecto de artículo 21; el Grupo de Trabajo convino en examinar más a fondo la cuestión de si debía retenerse el artículo 21 una vez que se hubiera examinado el contenido de dicho artículo. Se mencionó la posible conveniencia de examinar este asunto una vez que la Secretaría hubiera presentado su nueva versión del artículo 19 revisado a la luz de las deliberaciones del actual período de sesiones (véanse los párrafos 15 a 30 *supra*). Se señaló además que se habría de examinar en alguna fase ulterior la posibilidad de permitir que los Estados presentaran, junto con su instrumento de ratificación o de adhesión, alguna reserva por la que descartaran la aplicación en su territorio del artículo 21.

#### *Título*

41. Se expresó el parecer de que, al menos en algunos países, el término “mandamiento conminatorio preventivo”

no reflejara adecuadamente las técnicas procesales por las que un tribunal emitiría normalmente una decisión provisional orientada a impedir el cobro por el beneficiario de la suma estipulada en la carta de garantía. Se convino en general que sería preferible alguna denominación más neutra. Se sugirió, por ejemplo, que el artículo hablara de "medidas judiciales contra la aceptación o el pago de una carta de garantía". Pese a no haber optado el Grupo de Trabajo por ningún texto en particular, se convino en que, además de ser más neutro, el título debería insistir también en la índole "provisional" o "temporal" de las medidas judiciales contempladas en el artículo 21.

42. Respecto de las palabras entre corchetes ("contra el emisor o el beneficiario"), se opinó que la enunciación por el Grupo de Trabajo de una lista restrictiva de personas contra las que cabría solicitar la adopción de medidas provisionales en el marco del artículo 21 limitaría tal vez en demasía la facultad del tribunal para dictar alguna medida provisional pertinente en su propio país, de presentarse una reclamación de pago indebida de una carta de garantía. El Grupo de Trabajo decidió suprimir esas palabras.

*Párrafo 1)*

*"Cuando [, presentada una demanda por el solicitante de la garantía,]"*

43. Se convino en general en que sólo se decretaran medidas judiciales provisionales previa "demanda" del interesado, sin que el tribunal lo pudiera hacer también a iniciativa propia. Se expresaron diversas inquietudes respecto a que el párrafo 1) sólo previera el supuesto de que fuera el solicitante quien presentara la demanda de alguna medida provisional. Se dijo, en primer lugar, que el texto actual privaría al garante o emisor del eventual amparo de una medida judicial provisional. Se dijo que, pese a que el artículo 17 obligaba al garante o emisor a denegar el pago de una reclamación que fuera manifiesta y claramente indebida, se dijo que era concebible que el propio garante o emisor solicitara un mandamiento judicial conminando a no pagar la carta de garantía, especialmente de haberse previsto la presentación de una reclamación indebida. Se dijo también que la referencia expresa a una demanda presentada por el solicitante impediría que otras personas, por ejemplo un síndico de la quiebra, se subrogara en la demanda del solicitante. Se opinó en general que, con respecto a la solicitud de medidas provisionales, el tribunal debería dar acceso a ellas a cualquier persona que pudiera tener algún interés en impedir el pago de una reclamación indebida. Se tuvo conciencia, no obstante, de que sería difícil hacer una lista exhaustiva de tales personas y que una regla general dando acceso al tribunal a cualquier persona que tuviera algún interés legítimo en impedir el pago pudiera ser contraria al derecho interno en cuestiones como la de la capacidad o título de una persona para ser parte en un proceso. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió suprimir las palabras "por el solicitante". (La deliberación sobre este punto fue reanudada en el contexto del párrafo 5) del artículo, modificándose la decisión mencionada; véase el párrafo 72 *infra*.)

*"se haga ver clara y manifiestamente"*

44. Se deliberó sobre si el artículo 21 debería señalar una prueba que el tribunal requeriría para decidir si dictaba o no una medida provisional interrumpiendo el pago. Se dijo, en favor de que se suprimiera toda indicación de una prueba mínima que debería dejarse al derecho procesal aplicable la determinación del nivel probatorio exigible, por lo que el texto no debería limitar la discrecionalidad del tribunal competente. Se sugirió por ello que, en vez de fijar una prueba mínima, el artículo 21 debería referirse únicamente a casos en los que "el tribunal esté convencido de la improcedencia de la reclamación". En el mismo sentido, se sugirió sustituir el texto actual del párrafo 1) por el siguiente: "El tribunal competente podrá decretar, de conformidad con los requisitos de su derecho procesal, la imposición de una medida cautelar, de serle presentada por el beneficiario una reclamación indebida, en el sentido descrito o prescrito por el artículo 19, por lo que el tribunal comine al emisor a no efectuar el pago reclamado". Se opinó en general que ese texto no contribuiría a la armonización del derecho en esta esfera. Se dijo, en favor de que se estableciera una prueba mínima, que un objetivo importante del proyecto de Convención era "equilibrar el terreno de juego", es decir, igualar el trato dado a los usuarios de cartas de garantía en países donde los tribunales actualmente interpretaban restrictivamente su facultad de interferir en el cumplimiento de la obligación de pago y en países cuyos tribunales se mostraban más propicios a admitir excepciones eventuales a la obligación de pago, particularmente en forma de medidas cautelares.

45. Con referencia al nivel de la prueba mínima, se suscitó la cuestión de si la prueba mínima requerida para la imposición de una medida cautelar en el contexto del artículo 21 debería correr paralela a la prueba mínima establecida en el artículo 17 para la denegación eventual del pago por el garante o emisor. Se expresó el parecer de que debería exigirse el nivel probatorio más alto posible para uno y otro supuesto, a fin de no perjudicar la fiabilidad de la carta de garantía. Se sugirió el siguiente texto: "El tribunal no deberá inmiscuirse en la obligación del pago de una carta de garantía o en lo relativo a los documentos presentados para cobrar la garantía a tenor de dicha carta, de no descubrir, en el cumplimiento de sus trámites habituales, que la reclamación es manifiesta y claramente indebida y ocasionará grave daño al solicitante". Entre las razones aducidas para aplicar una misma prueba mínima en los artículos 17 y 21, se dijo que ambos artículos tenían por objeto proteger al solicitante. Conforme al artículo 17, el solicitante podía confiar en que el garante denegara el pago de ser la reclamación indebida. De modo similar, en el contexto de las medidas judiciales, debería facultarse al solicitante de la garantía para solicitar amparo de los tribunales de poder resultar del pago algún daño irreparable. Se dijo que el juez se pondría en el lugar del garante, al decidir conforme al artículo 21, en la determinación de si una reclamación era manifiesta y claramente indebida.

46. Se convino en general, sin embargo, en que los artículos 17 y 21 se habrían de aplicar respectivamente en contextos de distinta índole, por lo que podría diferir la prueba mínima exigible en uno y otro contexto. La prueba mínima enunciada en el artículo 17 sería aplicada por el

garante o emisor al tener que decidir, a la vista de una reclamación, si su improcedencia era lo bastante clara para tener que denegar el pago. Entre las razones aducidas para que se requiriera, con arreglo al artículo 17, el nivel probatorio más alto posible, cabe citar las siguientes: no debería dejarse que el garante o emisor que decidiera sobre la improcedencia de una reclamación se valiera de esa facultad para eludir con facilidad su obligación inicial de efectuar el pago al serle éste reclamado; se necesitaba además una prueba mínima elevada para excusar válidamente al banco que no aceptara como único motivo para denegar el pago el mero alegato por parte del solicitante de que la reclamación era indebida. Con respecto a la prueba mínima exigible por un juez con arreglo al artículo 21, se dijo que las consideraciones anteriormente mencionadas no serían aplicables, particularmente en vista de la índole provisional de las medidas contempladas.

47. Se expresaron diversas opiniones respecto del nivel deseable de la prueba mínima requerida por el tribunal. Un parecer fue de que debería exigirse el nivel probatorio máximo para no menoscabar la fiabilidad del título de garantía dejando a los tribunales que fijen diversos niveles. A ese respecto, se dijo que el nivel probatorio debería ser elevado en vista de que en muchos ordenamientos el tribunal otorgaría una medida provisional conminatoria o de otra índole a petición de la parte interesada, es decir, sin darle al demandado la oportunidad de ser oído. Se dijo, sin embargo, que disponer en el proyecto de Convención que un juez deberá determinar si una reclamación es “manifiesta y claramente” indebida equivaldría en muchos ordenamientos a denegar toda medida provisional, puesto que la determinación de una reclamación “manifiesta y claramente” indebida sólo podría hacerla el tribunal al ir a dictar sentencia definitiva sobre el fondo de la controversia. Se dijo, en favor de que se adoptara una prueba mínima algo más baja, que en la mayoría de los ordenamientos en los que se otorgaban medidas provisionales la prueba mínima exigida se refería a criterios como los de “probabilidad apreciable” o “fuerte probabilidad” de que la reclamación fuera indebida o de una “notable probabilidad de éxito de la demanda presentada”. Se dijo que incluso esas pruebas mínimas algo más bajas se consideraban como difíciles de satisfacer y que el plazo de validez de un mandamiento provisional de denegar un pago, motivado en pruebas de ese nivel, sería muy breve. Como posible mejora del nivel probatorio exigido, se sugirió que el proyecto de Convención se refiriera a la noción de “prueba transparente”. Se expresó también el parecer de que la prueba mínima exigible por los tribunales debería ser más baja, por ejemplo, que “el tribunal esté satisfecho, salvo prueba en contrario”, “se presenten nuevos argumentos de que” o “el tribunal tenga motivos razonables para entender” que la reclamación es indebida. Se opinó en general, sin embargo, que un nivel probatorio tan bajo como el indicado, aun cuando no limitara la discrecionalidad del tribunal, podría menoscabar la fiabilidad de la carta de garantía.

48. Tras deliberar al respecto el Grupo de Trabajo decidió que un nivel probatorio fundado en la índole clara y manifiestamente indebida de la reclamación era demasiado elevado para el buen funcionamiento de una medida judicial provisional, por lo que debería bastar que el futuro proyecto de texto requiriera como criterio de prueba

una “probabilidad elevada” de que la reclamación sea indebida.

*“[con pruebas documentarias y otros medios de prueba fáciles de presentar]”*

49. Se expresó el parecer de que deberían suprimirse las palabras entre corchetes para no limitar la discrecionalidad de los tribunales. Otro parecer fue que la necesidad de que los tribunales fundaran su decisión en documentos u otros medios de prueba fáciles de presentar guardaba relación con la definición de reclamación indebida dada en el artículo 19. No obstante, se expresó también el parecer de que tal vez sería necesario insertar una referencia al carácter “transparente” (es decir, de fácil obtención y comprensión) de la prueba que habría de tomar en consideración el tribunal, en el texto actual, que de lo contrario sería considerado como demasiado vago. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió suprimir las palabras entre corchetes.

*“que una reclamación presentada [o que vaya a ser presentada] por el beneficiario es indebida a tenor del artículo 19,”*

50. Se convino en general que tal vez fuera necesario prever alguna medida cautelar anticipatoria, que sería particularmente necesaria en el contexto de una carta de garantía que previera pagos sucesivos. El Grupo de Trabajo decidió mantener las palabras “o que vaya a ser presentada”.

*“[el tribunal] [un tribunal competente] podrá dictar un mandamiento preventivo.”*

51. Se opinó en general que la referencia a “un tribunal competente” podría ser erróneamente interpretada como una tentativa de crear algún fundamento particular de competencia jurisdiccional. El Grupo de Trabajo decidió suprimir las palabras “un tribunal competente”.

*Incisos a) y b)*

52. El Grupo de Trabajo examinó los méritos de los incisos a) y b). El inciso a) prevé dos tipos de mandamiento provisional contra el emisor: por el primero se le conmina al emisor a que no satisfaga la reclamación y por el segundo, entre corchetes, se le conmina a que no adeude la cuenta del solicitante. El inciso b) prevé tres tipos de mandamiento contra el beneficiario: por el primero se le conmina a que no acepte el pago; por el segundo, de haberla ya presentado, a retirar su reclamación, y por el tercero, de ser la reclamación inminente, a no presentarla.

53. El Grupo de Trabajo examinó el contenido de los incisos para determinar si procedía incluir el tipo de listas de medidas posibles que figuraba en el proyecto actual. No se objetó nada contra la mención, en el inciso a), del mandamiento conminando al emisor a no satisfacer la reclamación de pago. Se emitieron, no obstante, pareceres divergentes sobre la conveniencia de mencionar el mandamiento por el que se conminaba al emisor a no adeudar la cuenta del solicitante. Se expresó el parecer de que la mención expresa de este tipo de medida cautelar dictada en favor del solicitante correspondía al objetivo general del

artículo 21, que no era sino proteger los intereses del solicitante. Se observó que, en términos prácticos, un mandamiento por el que se conmine al emisor a no adeudar la cuenta del solicitante pudiera ser en muchos casos de mayor valor para el solicitante que un mandamiento conminándole a no pagar al beneficiario, ya que el riesgo de un pago en contravención del artículo 17 correría por cuenta del emisor.

54. Prevalció, no obstante, el parecer de que la inclusión en la lista de este mandamiento suscitaba problemas. Se adujeron como argumentos que convencieron al Grupo de Trabajo a suprimir esa mención que ese mandamiento podría conminar al emisor a no adeudar la cuenta del solicitante, pero sin liberarlo de su obligación de pagar al beneficiario; que concernía directamente a la relación solicitante-emisor, por lo que no caía dentro del ámbito propio del proyecto de Convención; que puesto que el proyecto de Convención no mencionaba, al especificar los derechos y obligaciones de las partes, el adeudo de cuentas, la mención de esta operación en el artículo 21 debía ser evitada. Como alternativa a su supresión, se sugirió adjuntar entre sí los dos tipos de mandamiento sustituyendo la conjunción "o" por "y", de modo que las dos medidas pudieran ser impuestas conjuntamente, a fin de eliminar la posibilidad de que el emisor se viera confrontado por dos obligaciones conflictivas. Sin embargo, esa sugerencia no obtuvo el apoyo necesario.

55. Se expresaron pareceres divergentes sobre si debía mantenerse o suprimirse el inciso b), en el que se enuncian medidas para impedir que el beneficiario procediera al cobro de la garantía. Uno de los pareceres expresados fue el de que nada habría en principio que objetar contra el inciso b) de introducirse algunas modificaciones que lo hicieran más claro. Se observó que la noción de aceptación del pago no estaba clara y no sería uniformemente interpretada, por lo que cabría sustituirla por una referencia al cobro del importe de la garantía. Se sugirió también que se suprimiera la mención del mandamiento conminando al beneficiario a retirar su reclamación. Una tercera sugerencia fue que las palabras "conminando al beneficiario . . ." no eran idóneas, por lo que deberían sustituirse por otras que dijeran algo así como: "declarando que el beneficiario no podrá aceptar el pago". Prevalció, no obstante, el parecer de que las modificaciones sugeridas no eliminarían las dificultades señaladas, por lo que debería suprimirse el inciso b). Se dijo en apoyo de esa supresión que el mandamiento en él previsto era difícil de catalogar y desconocido en muchos ordenamientos, y que bastaba con que se mantuviera la regla del inciso a). Se expresó también la inquietud de que el mandamiento por el que se conminaba al beneficiario a retirar su reclamación le impidiera presentar oportunamente su reclamación, por haber transcurrido la fecha de expiración.

56. Las deliberaciones sobre las medidas cautelares mencionadas en los incisos a) y b) y el deseo de que se eliminara la mención de algunas de ellas, impulsó al Grupo de Trabajo a considerar si no convendría adoptar otro enfoque mejor que la tentativa de enumerar, de manera exhaustiva o indicativa, el tipo de medidas de que dispondrían las partes. Se sugirió a este respecto sustituir los incisos a) y b) por una regla general que dijera "el tribunal podrá

adoptar cualquier medida que proteja los intereses del solicitante y del emisor", indicándose claramente la índole provisional de las medidas adoptadas. Tras deliberar al respecto, se decidió que cabría añadir al final del encabezamiento del párrafo 1) y como sustitución de los incisos a) y b) un texto como el siguiente: "un mandamiento provisional por el que se disponga que el beneficiario no ha de cobrar la garantía".

*Salvedad al final del párrafo 1)*

57. Se expresaron una serie de preocupaciones respecto del enunciado de la salvedad que figura al final del párrafo 1). Esta salvedad supedita los mandamientos preventivos previstos en el párrafo 1) a la condición de que el solicitante pueda sufrir "graves daños" o, según otra formulación, "pérdidas irreparables" en caso de que el tribunal denegara el mandamiento.

58. Se objetó que las palabras "siempre que" eran demasiado fuertes y restringían demasiado la facultad discrecional del tribunal para evaluar el riesgo de daños que pudiera correr el solicitante y, al prever esta facultad discrecional, serían contrarias a las reglas procesales del foro. Por consiguiente, se sugirió que sería más adecuado emplear palabras como "habida cuenta de que". Si bien se objetó que tal vez estas palabras no darían una orientación suficientemente clara a los tribunales, se pidió a la Secretaría que tratara de incorporar al texto palabras en este sentido.

59. Se sostuvo asimismo que la expresión "la denegación por parte del tribunal" podría dar a entender que cabía considerar al tribunal como responsable de los daños que sufriera el solicitante de denegarse el mandamiento preventivo, cuando en realidad el responsable de los daños sería el beneficiario al presentar una reclamación indebida. No obstante, preocupaba también que las palabras "pueda ocasionar" redujeran la probabilidad de que se otorgara la medida cautelar, ya que sería muy difícil probar con certeza que se ocasionarían graves daños. Por consiguiente, se sugirió que se emplearan las palabras "pudiera probablemente ocasionar".

60. Se expusieron diversas opiniones sobre la variante presentada entre corchetes, al final de la salvedad, para expresar el alcance de los daños que tal vez habría de ocasionar la denegación del mandamiento preventivo solicitado. Según una opinión, sería preferible emplear las palabras "pérdidas irreparables", ya que esta última era más clara y ambas combinadas reflejaban mejor el carácter financiero de los daños que sufriría el solicitante. Sin embargo, se formularon críticas contra la palabra "irreparables" por ser vaga y fijar una pauta mínima demasiado alta y global, dado que si la demanda del solicitante prosperaba ulteriormente, éste podría tal vez recuperar los fondos que hubiera pagado para cubrir el pago de una reclamación indebida. Se arguyó que la palabra "graves", combinada con la palabra "pérdidas" o "daños", sería suficiente. Se sostuvo también que las palabras "pérdidas irreparables" eran excesivas y las palabras "graves daños" eran insuficientes y que deberían emplearse las palabras "difícilmente reparables". En cambio, según otra opinión, ambas expresiones eran aceptables. Se expresó otra opinión en el

sentido de que el garante o emisor no tendría derecho a ser reembolsado por el solicitante si pagaba a pesar de tener la obligación de denegar el pago de conformidad con el artículo 17 2) y, por consiguiente, una salvedad que exigiera que el solicitante demostrara que sufriría daños haría necesario que el tribunal denegara un mandamiento preventivo en los casos en que hubiera hechos que hicieran la demanda manifiesta y claramente indebida de conformidad con el artículo 19. Sin embargo, prevaleció la opinión de que eran preferibles las palabras “graves daños”.

#### Párrafo 2)

61. El Grupo de Trabajo examinó una propuesta encaminada a suprimir el párrafo 2), que autorizaba al tribunal a escuchar al demandado en relación con la demanda de mandamiento preventivo. Se afirmó que no quedaría clara la intención de una disposición otorgando al tribunal una facultad discrecional, y que, de todos modos, se trataba de una cuestión elemental de equidad procesal, que debería dejarse al derecho interno de cada país. Además, se sostuvo que la supresión del párrafo no impediría que los tribunales, en circunstancias apropiadas, dieran al beneficiario la oportunidad de ser escuchado, aunque esas circunstancias tal vez no se darían siempre, en particular en los tipos de actuaciones judiciales *ex parte* previstas en el artículo 21. Además, se afirmó que el párrafo 2) podría crear un problema al dificultar la distinción entre las medidas provisionales, reguladas por el artículo 21, y las actuaciones finales, no contempladas por dicho artículo. En vista de estas consideraciones, el Grupo de Trabajo no aceptó la propuesta de que el tribunal estuviera obligado a escuchar al demandado, a fin de procurar que el beneficiario obtenga un trato procesal equitativo y de facilitar cuanto antes al tribunal la versión del demandado. Prevaleció más bien la opinión de que debía suprimirse el párrafo 2).

#### Párrafo 3)

62. Se convino en que el párrafo 3), que prevé la posibilidad de que el tribunal pida al solicitante que deposite una caución apropiada como condición para dictar una medida provisional, era útil y debía mantenerse. Se observó que esta disposición era equitativa y reflejaba cierto equilibrio en la consideración de los intereses del solicitante y los del demandado. Se sostuvo asimismo que el párrafo 3) podría tener un efecto disciplinario, evitando que los solicitantes presentaran demandas frívolas y que, como tal, podía tener un valor educativo. Como posible mejora, se convino en que debería sustituirse la palabra “caución” por un término más genérico, para no dar a entender que se aludía a un determinado tipo de garantía. Se sugirió emplear las palabras “garantía, caución u otro documento”.

#### Párrafo 4)

63. El Grupo de Trabajo examinó las tres variantes que figuraban en el párrafo 4). Se señaló que la variante A contenía una afirmación de carácter amplio, según la cual el artículo no impedía que el tribunal dictara un mandamiento preventivo si su derecho procesal así lo permitía. La única limitación de la facultad discrecional del tribunal que preveía esa variante figuraba en la frase entre corchetes, que se incluyó a raíz de la preocupación expresada en el 17.º período de sesiones de que sería particularmente

perjudicial que se dictara un interdicto por falta de conformidad de los documentos (A/CN.9/361, párr. 109). En la variante B se afirmaba que el único motivo para obtener una medida judicial provisional, exceptuando la reclamación indebida, era la invalidez de la carta de garantía. La variante C era la más restrictiva de las tres variantes, ya que no autorizaba a los tribunales a dictar mandamientos preventivos por otro motivo que no fuera el carácter indebido de la reclamación.

64. Se expresó preferencia por la variante A por considerarse que no debía imponerse ninguna limitación a la facultad discrecional de los tribunales. Por la misma razón, se sugirió que se suprimiera la restricción que figuraba en la frase entre corchetes. También se apoyó la variante A porque si el proyecto de Convención restringía excesivamente la posibilidad de intervención judicial, en el contexto de las cartas de garantía, mediante medidas provisionales podría aumentar el riesgo de que las cartas de garantía se utilizaran con fines ilícitos como el blanqueo de dinero o la evasión fiscal. Se observó que el actual texto del artículo 19 no impediría este uso indebido de las cartas de garantía, ya que en este caso la reclamación de pago no adolecería de carencia de todo fundamento sino que se haría sin base legal. En vista de este temor, el Grupo de Trabajo convino en general en que, fuera cual fuere la variante por la que se optara, habría que incluir en el artículo 19 o en el artículo 21 disposiciones para impedir la utilización de las cartas de garantía con fines ilegales.

65. En apoyo de la variante C se dijo que había que limitar al mínimo la posibilidad de injerencia judicial en la carta de garantía, a fin de no mermar la fiabilidad de este título, cuya principal función era proporcionar una garantía de pago en espera de la solución de eventuales controversias. Se sostuvo que si se daba a los tribunales plena latitud para intervenir en la obligación del emisor de pagar en los casos que no fueran los de reclamación indebida, definidos en el artículo 19, se correría el riesgo de que los tribunales, a petición del solicitante, interviniesen fundándose en la operación subyacente entre el solicitante y el beneficiario. A fin de reforzar más la variante C, se sugirió que en el texto de la variante C se desautorizaran expresamente los mandamientos que pudieran dictarse por falta de conformidad de los documentos con la carta de garantía.

66. Se apoyó ampliamente la opinión de que la regla procesal enunciada en el párrafo 4) relativa al derecho del solicitante a demandar una medida cautelar se redacte de forma que concuerde con la regla de fondo establecida en el artículo 19 sobre las condiciones en que podría impedirse el pago. No obstante, los defensores de la variante A se preguntaron por qué razón había de descartarse la invalidez de la carta de garantía como criterio para impedir el pago en el proyecto de Convención y en cambio la reclamación indebida había de considerarse como motivo aceptable para solicitar una medida preventiva. Se señaló que tanto el pago efectuado al recibir una reclamación indebida como el pago realizado en caso de una carta de garantía manifiestamente carente de validez podían ocasionar daños irreparables al solicitante. También se puso en duda que el solicitante pudiera quedar sin recursos procesales en el caso de que se presentara una reclamación de pago aun cuando la carta de garantía careciera de validez.

67. En respuesta a este argumento se dijo que la carta de garantía tenía por finalidad agilizar el pago (característica descrita como "liquidez": "moneyness") y que en general el tribunal que habría de entender de una demanda de medida preventiva no sería competente para pronunciarse sobre la validez de la carta de garantía. Se afirmó además que el garante o emisor tenía la obligación de verificar la validez de la carta de garantía y que, de pagar una carta de garantía inválida, no tendría derecho a ser reembolsado por el solicitante. Se sugirió que en el artículo 21 se puntualizara que el artículo no trataba la relación entre el solicitante y el emisor o garante (relación a veces denominada "relación de cuenta bancaria"). Con esta aclaración se pondría de relieve que el proyecto de Convención no privaría al solicitante de acudir ante los tribunales, por ejemplo para demandar la adopción de alguna medida cautelar por la que se conminara al garante o emisor a no adeudar la cuenta del solicitante, si el garante o emisor había efectuado el pago al serle presentada una reclamación no conforme.

68. Tras los debates, el Grupo de Trabajo decidió que, a reserva de su decisión sobre ilegalidad (párrafo 27 *supra*), las cuestiones de no conformidad o invalidez de una carta de garantía no deberían ser objeto de medidas judiciales provisionales en el marco del artículo 21. Se adoptó la variante C. Además, se convino en general que el tema central del proyecto de Convención era la relación entre el garante o emisor y el beneficiario. Se pidió a la Secretaría que en el próximo proyecto aclarase que el artículo 24 1) no impedía al solicitante pedir la adopción de medidas judiciales provisionales con respecto a su contrato con el garante emisor. Se decidió mantener el texto que figuraba entre corchetes en la variante C para limitar la prohibición que contiene la variante C a las demandas fundadas en objeciones al pago exigido por el beneficiario. En el mismo orden de cosas, se decidió sustituir las palabras "motivo distinto" por las palabras "cualquier otro motivo para denegar el pago".

#### Párrafo 5)

69. Se observó que el párrafo 5) supeditaba el embargo o la incautación de los bienes del beneficiario o del emisor no sólo a los requisitos de la ley procesal del foro sino también a los requisitos enunciados en el párrafo 1), a fin de limitar la intervención judicial en el pago de las cartas de garantía. Se señaló también que en algunos ordenamientos el embargo y la incautación de los bienes podía adoptar la forma de una medida administrativa más que judicial.

70. Se expresaron diversas dudas sobre si era necesario y apropiado mantener el párrafo 5). Esas dudas se referían a que entraba en cuestiones de derecho procesal y a la dificultad de unificar los requisitos para que los tribunales puedan dictar ciertas medidas cautelares extraordinarias; la disposición tenía un alcance incierto, en particular teniendo en cuenta que el Grupo de Trabajo había decidido, en el marco del párrafo 1), no limitar el alcance del artículo 21 a las demandas presentadas por el solicitante; el párrafo 1) era suficiente para lograr una limitación razonable de la interferencia judicial con la finalidad comercial de las cartas de garantía, a saber, la certeza del pago; en algunos ordenamientos, los tipos de medidas a que se hacía referencia en el párrafo 5) no eran consideradas medidas

provisionales de carácter judicial sino que se podían obtener de forma rutinaria y sencilla por breves períodos sin intervención judicial; la disposición no debería sugerir la posibilidad de que todos los bienes del solicitante podían ser objeto de embargo e incautación; sólo podría serlo el importe de la carta de garantía.

71. Prevalció la opinión de que en el artículo 21 debería incluirse una regla redactada según los términos del párrafo 5), ya que este tipo de medidas, sea cual fuera su caracterización o la forma que revestían en los distintos ordenamientos jurídicos, eran un elemento esencial para dar significado a las medidas previstas en el párrafo 1), y, al mismo tiempo, para mantener la viabilidad comercial de las cartas de garantía, era importante asegurar la aplicación de las salvaguardias contra la aplicación abusiva a las medidas preventivas provisionales en general en el artículo 21. No obstante, se decidió no incluir el párrafo 5) y aplicar la decisión del Grupo de Trabajo ampliando el alcance del párrafo 1) insertando en él, después de la palabra "podrá", palabras como "bloquear el pago de fondos o dictar un mandamiento preventivo".

72. A raíz de las deliberaciones mantenidas sobre el párrafo 5), el Grupo de Trabajo reconsideró su decisión de no especificar, en el párrafo 1), las partes que podrían solicitar las medidas provisionales previstas en el artículo 21. Se convino en general en que, a fin de limitar algunas de las dificultades a que se había hecho referencia en el examen del párrafo 5), el párrafo 1) debería limitar el artículo 21 a las demandas presentadas por el solicitante, y que debería también mencionarse la parte ordenante o titular de la cuenta, a fin de prever en particular la eventualidad de la contragarantía.

73. Al concluir el examen del artículo 21, el Grupo de Trabajo volvió a tratar, según lo acordado, la cuestión general de si debía mantenerse o suprimirse el artículo 21. Se reafirmaron las consideraciones a favor y en contra del mantenimiento del artículo 21 a que se ha hecho referencia en los párrafos 38 y 39 *supra*. Se hizo especial hincapié, por un lado, en las dificultades con que se tropezaría al tratar de elaborar una regla uniforme en esta esfera y, por otro, se recalcó que una de las principales funciones del proyecto de Convención, si no la principal función, era tratar los asuntos abordados en el artículo 21. Prevalció la opinión de que aún sería prematuro adoptar una decisión definitiva y que, antes de reanudar su examen del artículo 21, el Grupo de Trabajo debería esperar que la Secretaría presentara su próximo proyecto.

## Capítulo VI. Jurisdicción

### Artículo 24. Elección del tribunal o de la vía arbitral

y

### Artículo 25. Determinación de la jurisdicción competente

74. Habida cuenta de la relación que existe entre las disposiciones de los artículos 24 y 25, el Grupo de Trabajo examinó ambos artículos juntos.

75. Se debatieron varias cuestiones y pareceres sobre el enfoque adoptado en la versión actual de ambos artículos. Se planteó la cuestión general de si en otros instrumentos multilaterales figuraban disposiciones del tipo de las propuestas en el capítulo VI. En respuesta a esa duda, se expresó la opinión de que en la etapa actual las deliberaciones deberían centrarse en la utilidad de examinar las cuestiones de que trata el capítulo VI en el contexto de las cartas de garantía, en lugar de dar demasiada importancia a la presencia o a la ausencia de disposiciones sobre jurisdicción en otras convenciones.

76. Se expresó la opinión de que con el artículo 24, que reconocía la autonomía de las partes para designar un tribunal o elegir la vía arbitral para resolver las causas que pudieran suscitarse en relación con la carta de garantía, no se conseguía nada útil ya que no se prevenía en él una sanción, en particular la exclusividad de jurisdicción del foro designado. Se sugirió que la incertidumbre que de ello resultaba se agravaba después, si no se hacía la designación con arreglo al artículo 24, mediante la falta también de una regla de exclusividad de la determinación de la jurisdicción competente con arreglo al artículo 25. Se señaló además que la simple afirmación del principio de la autonomía de las partes, sin mención de factores relacionados con la jurisdicción designada, podía ir contra consideraciones de orden público en los Estados a los que preocupaba soportar la carga procesal en los casos que no tenían relación, o muy poca, con su ámbito jurisdiccional.

77. Ahora bien, en general esas inquietudes se disiparon al expresarse el parecer de que el artículo 24 contribuía a apoyar el principio de la autonomía de las partes respecto a la jurisdicción competente y podía alentar el recurso a la vía arbitral. Se señaló también que el artículo 24, aunque permitía que un tribunal designado declinara la jurisdicción (por ejemplo, por motivo del *forum-non-conveniens*) y no prevenía la exclusividad, se debía considerar junto con el artículo 25, que prevenía una regla directa sobre la jurisdicción en caso de que no se decidiera la jurisdicción con arreglo al artículo 24. El Grupo de Trabajo expresó la opinión de que no se podían resolver algunas de las cuestiones planteadas en el artículo 24 hasta que se hubieran completado las disposiciones del artículo 25 sobre la competencia residual, dándoles mayor precisión, en particular en cuanto a si esas disposiciones tenían carácter obligatorio. Se indicó también que los artículos 24 y 25, puesto que formarían parte de un instrumento legislativo, apoyarían el enfoque similar dado a nivel contractual en el artículo 28 a las RUG.

78. Se manifestó inquietud acerca de si la viabilidad del artículo 24 podía quedar comprometida en caso de que las partes eligieran un tribunal que no fuera competente para resolver el litigio en cuestión. Se sugirió que a tal efecto se añadiera la palabra "competente" después de la palabra "tribunal" en el párrafo 1), aunque se señaló también que con el artículo 25 se pretendía dar una regla supletoria para casos de ese tipo.

79. Se suscitó la cuestión de si con las diferencias de formulación del párrafo 1) del artículo 24 y del párrafo 1)

del artículo 25 se trataba de dar un alcance más amplio a la primera disposición, en particular en lo que se refería a las partes a las que se hacía referencia. Asimismo, se planteó la cuestión de si las diferencias en la formulación y el contenido del párrafo 2) del artículo 24 y del párrafo 2) del artículo 25 podían dar lugar a una interpretación no deseada de que esta última disposición trataba de alguna forma de limitar la jurisdicción de otros tribunales, lo que quizá planteara dificultades si se interpretaba en el sentido de excluir la jurisdicción de los tribunales donde se encontraban los bienes. Se sugirió que se añadiera en el párrafo 2) del artículo 25 una referencia concreta al artículo 21 a fin de lograr mayor claridad. También se puso en tela de juicio si la actual formulación trataba de excluir la posibilidad, en el contexto de la carta de contragarantía, de que el solicitante entablara directamente un procedimiento judicial en la jurisdicción donde debía pagarse la carta de garantía apoyada por la carta de contragarantía. Se sugirió que, si ésa era la idea, se podría hacer una referencia en la disposición a la parte ordenante. Al mismo tiempo, se señaló al Grupo de Trabajo que el hecho de que la parte ordenante pudiera ejercer esa acción podría ir contra el requisito de la conexión contractual impuesto en algunas jurisdicciones.

80. Otra cuestión general que causaba inquietud era la de la relación que existía, tanto desde el punto de vista del riesgo de una posible incoherencia como de una posible acción mutuamente beneficiosa, entre las reglas del capítulo VI y otros instrumentos multilaterales que prevén reglas generales sobre cuestiones similares, en particular el Convenio de Bruselas de 1968 concerniente a la competencia judicial y a la ejecución de las decisiones en materia civil y comercial y el Convenio de Lugano de 1988 concerniente a la competencia judicial y a la ejecución de las decisiones en materia civil y comercial. A este respecto, se señaló que aunque esos Convenios estaban abiertos a la adhesión de todos los Estados, se habían elaborado con carácter regional por lo que era limitado el grado en que podían apoyar las disposiciones del capítulo VI. A fin de subsanar posibles incoherencias, se mencionó la posibilidad de prever las reservas. Se planteó la cuestión conexa de si era posible aplicar el capítulo VI a los Estados que no fueran partes en un plan multilateral de ese tipo de reconocimiento y ejecución de sentencias. En respuesta a esa cuestión, se señaló que la posibilidad de reconocimiento y ejecución no radicaba solamente en la participación en acuerdos multilaterales de esa índole. En primer lugar, las sentencias arbitrales estaban sometidas a la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras y la ejecución de las decisiones judiciales podía hacerse con arreglo a acuerdos bilaterales. Se señaló también que incluso Estados que eran partes en los Convenios de Bruselas y de Lugano tropezaban con problemas de ejecución, en particular cuando en la ejecución de un fallo entraban otros Estados que no eran partes en los Convenios.

81. El Grupo de Trabajo examinó después varias propuestas generales que reflejaban las diferentes opiniones y cuestiones planteadas. Una propuesta fue la de suprimir simplemente el capítulo VI. En apoyo de esa propuesta se sugirió que en su forma actual, que prevenía la no exclusividad de jurisdicción, las disposiciones no eran necesarias

y si se modificaran para prever la jurisdicción exclusiva surgirían graves dificultades, en particular dada la ausencia de un plan de reconocimiento y ejecución de las sentencias. En apoyo de esa propuesta se señaló también que, al menos en lo que se refería al artículo 24, su supresión tendría un efecto práctico limitado ya que en la práctica la cuestión de la jurisdicción no solía tratarse en las cartas de garantía, y una de las razones era porque plantear esa cuestión podía ir en detrimento de la obligación. Sin embargo, como se indica más arriba, la opinión general era que se debería tratar de tener en cuenta la cuestión de la jurisdicción en el proyecto de Convención ya que era una esfera de considerable importancia.

82. Se consideró también la posibilidad de revisar el capítulo VI para poder decidir sobre la jurisdicción exclusiva. Otra posibilidad era suprimir el artículo 24, dejando simplemente una regla objetiva sobre la jurisdicción en el artículo 25. Se formularon objeciones a cualquier enfoque que otorgara la jurisdicción exclusiva. La principal inquietud expresada era que la exclusividad era incompatible con un enfoque que no garantizara el reconocimiento y la ejecución de las decisiones, ya que lo más probable era que diera lugar a casos en los que, prácticamente hablando, no pudieran ejecutarse. Otra cuestión conexa era la de si un enfoque de ese tipo podía dar lugar a dificultades si se otorgaba la jurisdicción exclusiva a los tribunales en una jurisdicción mientras que los bienes objeto de la ejecución de la decisión se encontraban en otra jurisdicción.

83. Más aún, otro enfoque trataba de combinar elementos de exclusividad, no exclusividad y autonomía de las partes. Una propuesta de esa índole era que, salvo que se conviniera otra cosa, el demandante pudiera entablar un proceso en una de las jurisdicciones siguientes: donde se había emitido la carta de garantía; en el lugar del establecimiento o de la residencia del beneficiario; o en el lugar del establecimiento o de la residencia del solicitante. Una sugerencia que despertó gran interés fue la de prever que un tribunal designado tuviera jurisdicción exclusiva, a menos que se demostrara que la decisión no podía reconocerse ni ejecutarse, en cuyo caso otro tribunal podría ejercer la jurisdicción.

84. Aunque se expresó la duda de que esta última propuesta tuviera resultado a falta de un plan de reconocimiento y ejecución de las sentencias, el Grupo de Trabajo decidió pedir a la Secretaría que preparase dos variantes del capítulo VI para que las examinara el Grupo de Trabajo. En una variante se mantendrían en esencia los artículos 24 y 25 según su tenor actual, con lo que se demostraría que la elección o determinación de la jurisdicción era de carácter no exclusivo. En la otra variante se podría prever que la elección de jurisdicción con arreglo al artículo 24 era exclusiva, mientras que la determinación de la jurisdicción del artículo 25 seguiría siendo no exclusiva. Se trataría de añadir al artículo 25 una válvula de seguridad, es decir, la posibilidad de que un tribunal distinto al elegido por las partes con arreglo al artículo 24 ejerciera la jurisdicción si la decisión del tribunal del artículo 24 no pudiera obtener el reconocimiento y la ejecución de la sentencia.

## Capítulo VII. Conflictos de leyes

### Artículo 26. Elección de la ley aplicable

y

### Artículo 27. Determinación de la ley aplicable

85. En primer lugar, el Grupo de Trabajo deliberó acerca de si se deberían incluir en el proyecto de Convención las disposiciones sobre conflictos de leyes. Se expresó el parecer de que no era necesario ni adecuado mantener el capítulo VII ya que la finalidad del proyecto de Convención era establecer una serie de reglas sustantivas uniformes para las cartas de garantía. Se suscitó la cuestión conexa de si el hecho de incluir el capítulo VII tendría consecuencias para los Estados que eran partes en la Convención de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Otro parecer era que debería mantenerse el capítulo VII y en su apoyo se afirmó que, aun cuando se contara con el proyecto de Convención, las reglas sobre conflictos de leyes tenían cabida y eran necesarias ya fuera en la ley interna o en una convención. La inclusión de esas reglas en el proyecto de Convención fortalecerían la fiabilidad y la utilidad comercial de los instrumentos de que se trataba al reconocer la autonomía de las partes en la elección de la ley y reducir la medida en que podrían surgir litigios en cuanto a la determinación de la ley aplicable.

86. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si las disposiciones del artículo 1 sobre el campo sustantivo de aplicación se aplicaban también a las disposiciones relativas a conflictos de leyes de los artículos 26 y 27, en caso de que se mantuvieran esos artículos. Se señaló que si los artículos 26 y 27 estaban sujetos a las mismas reglas sustantivas de aplicación que el resto del proyecto de Convención, los artículos 26 y 27 se aplicarían sólo si se aplicara el proyecto de Convención en su conjunto y por ello sólo a las cuestiones que no abarcara el proyecto de Convención; por el contrario, la independencia de la aplicabilidad de los artículos 26 y 27 equivaldría a que esos artículos se aplicarían aun cuando el resto de la Convención no fuera aplicable y así se unificarían las reglas de conflictos de leyes de los Estados contratantes en esa esfera. Según ese enfoque, sería necesario excluir expresamente los artículos 26 y 27 del artículo 1. Habida cuenta de la relación que existía entre el capítulo VII y el artículo 1, el Grupo de Trabajo estimaba que después de efectuar la ulterior revisión del artículo 1, que estaba a punto de iniciar (véase A/CN.9/WG.II/XX/CRP.1/Add.6), estaría en mejor posición para decidir la cuestión de si debía mantenerse o no el capítulo VII (véanse los párrafos 90 a 106 *infra*).

87. En el contexto del artículo 1, se expresaron dudas acerca de la posibilidad de incluir en el proyecto de Convención las reglas sobre conflictos de leyes que serían aplicables a falta de aplicarse la Convención conforme a las disposiciones del artículo 1 relativas al campo de aplicación. Se afirmó que ese enfoque no era usual y tenía pocos precedentes, si los tenía, en una convención multilateral. Se afirmó que las reglas sobre conflictos de leyes eran elementos característicos de la legislación interna, por lo que debían ser examinadas si el Grupo de Trabajo decidiera dar al texto la forma de una ley modelo pero que no era

adecuado incluirlas en el proyecto de Convención y sería mejor que esa cuestión se rigiera por el derecho interno. Se afirmó, en cambio, que el proyecto de Convención debería centrarse sólo en definir claramente en el artículo 1 el campo general de aplicación del proyecto de Convención y que, si se incluyeran disposiciones sobre conflictos de leyes, sólo deberían aplicarse en los casos en que se aplicara la Convención en su conjunto, con lo que se limitaba su alcance a cuestiones que no abarcaba el proyecto de Convención. Se expresó también la inquietud de que una regla general y fija sobre los conflictos sería de utilidad limitada, ya que quizá no tendría los detalles y la flexibilidad de un régimen interno de reglas sobre conflictos, y podría también ir en detrimento de un desarrollo progresivo hacia enfoques más flexibles. Es más, se expresó asimismo la inquietud de si la preparación de disposiciones viables y suficientemente detalladas sobre conflictos de leyes que encajaran bien en los distintos tipos de ordenamientos jurídicos podría hacer surgir el espectro de que el Grupo de Trabajo retrasara aún más la terminación del proyecto de Convención. En este contexto se señaló que, entre otras cosas, sería necesario hacer una descripción más detallada de los derechos, obligaciones y excepciones que esas reglas incluirían o no, a fin de evitar diferentes interpretaciones en los diversos sistemas jurídicos; se mencionó como ejemplo la cuestión de la prescripción.

88. En respuesta a esas cuestiones, se señaló que la inclusión del capítulo VII sobre una base independiente no debía considerarse necesariamente como una intrusión en una esfera inapropiada, ya que los Estados en todo caso tendrían que tener reglas sobre conflictos que rigieran los casos en que no se aplicase la Convención. Se indicó también que las reglas enunciadas en el capítulo VII representaban el enfoque prevaleciente y ampliamente aceptado. Aunque algunos miembros del Grupo del Trabajo citaron este hecho como un factor para no incluir el capítulo VII, quienes apoyaban su inclusión indicaron que se entendía que una convención sobre conflictos de leyes en esta esfera —cuya elaboración se dijo que no era probable— contendría esencialmente las mismas reglas y que, por consiguiente, no se debía considerar que el capítulo VII suscitaba cuestiones de controversia o de especial dificultad. Por ello, se sugirió que no había razón para no mantener el capítulo VII, de aplicabilidad independiente, a fin de unificar más la ley aplicable a las cartas de garantía en los Estados contratantes, en particular en lo que se refiere a la importante noción de la autonomía de las partes en la elección de la ley. Se indicó al Grupo de Trabajo que con ello se ayudaría a los tribunales a resolver los problemas prácticos con que tropezaban en esa esfera y que esa necesidad práctica debería ser la principal consideración y no la de si debían clasificarse los trámites de que se trata como sustantivos o de procedimiento. Se señaló también que el capítulo VII no sería la única parte del proyecto de Convención que trataba cuestiones de procedimiento si se seguía manteniendo el capítulo VI. Se planteó la cuestión conexa de que, aun cuando el capítulo VII no se aplicara en general con independencia de las disposiciones del artículo 1 sobre el campo de aplicación, podría mantenerse a fin de prever una regla sobre conflictos para cuestiones que no abarcaba la Convención.

89. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió, por hipótesis de trabajo, que se deberían mantener en

el proyecto de Convención los artículos 26 y 27 y que su aplicabilidad sería independiente de si se aplicaba o no en un caso determinado el proyecto de Convención en virtud de las reglas generales del campo sustantivo de aplicación del artículo 1. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara, en consulta con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, una versión revisada de los artículos 26 y 27 a fin de reflejar la hipótesis de trabajo y las observaciones formuladas por el Grupo de Trabajo en cuanto al contenido y al enfoque de los artículos 26 y 27. Se señaló que se volvería a examinar ese enfoque en la próxima lectura de esos artículos.

## Capítulo I. Esfera de aplicación

### Artículo 1. Campo sustantivo de aplicación

90. Al comenzar el Grupo de Trabajo su examen de las disposiciones revisadas del proyecto de Convención, hubo acuerdo general en que la presente lectura del texto por el Grupo de Trabajo fuera considerada como la definitiva previa a la presentación del texto a la Comisión en 1995, en su 28.º período de sesiones, como fue solicitado por la Comisión en su 26.º período de sesiones<sup>3</sup>.

#### *“La presente Convención”*

91. El Grupo de Trabajo inició un intercambio de pareceres sobre si el texto sería eventualmente aprobado en forma de convención o de ley modelo. Se expresaron algunos pareceres en favor de que se aprobara en forma de ley modelo, ya que esta forma daría más margen para que los Estados determinaran cuáles de las disposiciones de su texto eran aceptables y fáciles de incorporar a su derecho interno. Se observó, no obstante, que cabría conseguir cierto grado de flexibilidad aun cuando el texto se aprobara en forma de convención, ya que cabría dar a los Estados que fueran a adoptarlo la posibilidad de formular reservas respecto de un número limitado de cuestiones.

92. Se expresó algo más de apoyo en favor de que se aprobara en forma de convención por corresponder mejor esta forma a la índole de las reglas enunciadas y por ser más favorable a la uniformidad y certeza del régimen aplicable, lo que sería un factor esencial para el buen funcionamiento de las operaciones internacionales con cartas de garantía y para la fiabilidad de las cartas de garantía utilizadas como títulos financieros. Se dijo también que una convención, pese a ser por su propia índole menos flexible que una ley modelo, sería más fácilmente aceptable para los Estados que habrían de promulgar su régimen por la simple razón de que, al menos en algunos países, el procedimiento legislativo para la incorporación de un régimen convencional de las cartas de garantía internacionales sería más sencillo que la labor requerida para la elaboración de una ley nacional de las cartas de garantía.

93. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo confirmó la hipótesis de trabajo adoptada en su 17.º período de sesiones (A/CN.9/361, párr. 147) de que se presentara el texto definitivo en forma de convención. Se convino en que

<sup>3</sup>*Ibid.*, párr. 273.

el Grupo de Trabajo examinara, a medida que avanzara en su lectura del proyecto de Convención, la conveniencia de ofrecer a los Estados promulgadores la posibilidad de formular alguna reserva. Se observó además que la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo respecto de la forma que se daría al instrumento no eliminaba la posibilidad de que la Comisión revirtiera a la forma más flexible de una ley modelo en la fase definitiva de la preparación, cuando ella misma examinara el proyecto de Convención preparado por el Grupo de Trabajo.

*"será aplicable a toda carta de garantía internacional"*

94. Se expresaron pareceres divergentes respecto del término "carta de garantía internacional" empleado en el artículo 1 para delimitar el ámbito sustantivo de aplicación del proyecto de Convención. Se expresó un parecer favorable a que se retuviera este término por abarcar de forma lo bastante breve los dos tipos de promesas reguladas por la Convención, es decir, la garantía pagadera a su reclamación y la carta de crédito contingente. Además, este término correspondía al enfoque actual de aplicar el mismo régimen a ambos tipos de obligación salvo en aquellos casos particulares en los que fuera necesario referirse a uno solo de ellos. Se observó, sin embargo, que en el proyecto de Convención, el nombre común abreviado se utilizaba únicamente en la parte dispositiva del proyecto de Convención, pero no en su título, donde se juzgó que sería preferible nombrar ambos tipos de obligación para que el lector se enterara mejor del verdadero objeto de la Convención. Se sugirió sustituir el título del proyecto de Convención por el siguiente: "Proyecto de Convención sobre cartas de garantía (garantías independientes y cartas de crédito contingente)". Otra sugerencia fue que la inserción, en el artículo 1, de una referencia a "la carta de garantía internacional definida en el artículo 2" dejaría lo bastante claro que el objeto de la Convención quedaría circunscrito a las garantías independientes y la carta de crédito contingente.

95. Otro parecer fue que el término "carta de garantía" resultaba inapropiado por no reflejar la terminología utilizada en la práctica, y especialmente en la práctica de las cartas de crédito contingente. Además, se dijo que la referencia a "garantía" podría suscitar problemas de índole reglamentaria en ciertos países, en los que el proyecto de Convención pudiera ser erróneamente interpretado como facultando a los bancos para emitir garantías accesorias, práctica que estaba expresamente prohibida en las reglamentaciones bancarias actuales. Se sugirió por ello sustituir el término "carta de garantía" por términos como los de "garantía independiente y carta de crédito contingente". De ser, no obstante, necesario emplear un nombre común abreviado, debería emplearse un término auténticamente neutro como el de "promesa", "título financiero independiente", "seguro financiero internacional" o "título pagadero a su reclamación", que no suscitarían la inquietud de que se estaba expresando alguna preferencia por alguno de los dos tipos de obligación. Ahora bien, se advirtió contra el empleo de un término tan neutral que podría ocasionar confusión sobre cuál era el título regulado, especialmente en operaciones en las que se habrían de emitir garantías y contragarantías en cadena. Con respecto al empleo de la expresión "garantías independientes y cartas de crédito contingente", se expresó la inquietud de que esos términos

no abarcaran como es debido la denominada en el artículo 2 "obligación equivalente".

96. Otra inquietud expresada fue la de que el término "carta de garantía" utilizado en el título y en el artículo 1 de la Convención no fuera lo bastante neutro, ya que podría sugerir cierta preferencia por la garantía independiente sobre la garantía accesorias. Se sugirió, por ello, que se añadiera la calificación "independiente" en el título y en el artículo 1 a fin de no sugerir que las garantías bancarias y demás títulos independientes definidos en el artículo 2 eran la única "carta de garantía" concebible. Se dijo como respuesta que el artículo 2 dejaba lo bastante claro que la Convención regulaba únicamente las garantías independientes.

97. Prevalció el parecer de que, en vista de las dificultades prácticas suscitadas en determinados países por el empleo de un término artificialmente creado como el de "carta de garantía", no debería hacerse ninguna nueva tentativa de adoptar terminología que fuera descriptiva de la práctica. El proyecto de Convención debería emplear, en su lugar, un término neutro como el de "promesa" para referirse a los dos tipos de título regulados por la Convención. Con respecto al artículo 1, se decidió que hiciera referencia a las obligaciones definidas en el artículo 2, dejándose los términos "garantía independiente y carta de crédito contingente" para el título del proyecto de Convención.

*"[emitida en un Estado contratante]"*

98. El Grupo de Trabajo examinó el texto entre corchetes como posible criterio para la determinación del ámbito de aplicación territorial de la Convención. Se observó que, de suprimirse ese texto, la determinación del ámbito de aplicación territorial de la Convención dependería únicamente de las reglas de conflictos de leyes de la ley declarada. De retenerse ese texto el ámbito de aplicación territorial del proyecto de Convención sería determinado por algún factor que conectara autónomamente la operación a un Estado contratante, es decir, sin referencia a regla alguna sobre conflictos de leyes. Se sugirió que cabría adoptar otro enfoque, por el que se ampliara el ámbito de aplicación del proyecto de Convención, al igual que se hacía en el artículo 1 1) de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (denominada en adelante "Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa"), que consistía en señalar un factor de conexión como el enunciado en el texto entre corchetes y decretar, además, la aplicabilidad del proyecto de la Convención en casos en los que las reglas de conflictos de leyes designaran como ley aplicable a la de un Estado contratante.

99. En favor de que se añadiera una referencia a aquellos casos en los que las reglas de conflictos de leyes designaran como ley aplicable la de un Estado contratante, se dijo que esa referencia pudiera ser necesaria para que la Convención resolviera satisfactoriamente la situación en la que únicamente el contragarante, pero no el segundo banco emisor de una garantía indirecta, se encontrara en un Estado contratante. Se observó, no obstante, que el efecto de la adición sugerida sería, en la práctica, bastante limitado, puesto que la mayoría de las reglas de conflictos de leyes

dejarían aplicable la ley del país en donde la carta de garantía hubiera sido emitida. Se expresó el parecer contrario de que la inserción de una referencia de las reglas de derecho internacional privado pudiera ocasionar incertidumbre cuando un tribunal de un Estado contratante hubiera de aplicar el régimen de la Convención a título de parte integrante del derecho interno de otro Estado contratante y la interpretación del proyecto de Convención en esos dos Estados contratantes diera lugar a una solución diferente. Se observó que, por esa misma razón, cierto número de países habían formulado una reserva al artículo 1 1) b) de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa.

100. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que se retuviera el texto entre corchetes y que el proyecto de Convención decretara, además, la aplicabilidad de la Convención en aquellos casos en los que las reglas de conflictos de leyes remitieran a la ley de un Estado contratante.

*“[de no haberse estipulado en ella otra cosa]”*

101. Hubo acuerdo general en que debería facultarse a las partes para convenir entre ellas en que el proyecto de Convención no sería aplicable a determinada operación de carta de garantía (“cláusula de exclusión expresa”). El parecer general fue el de que esa decisión de sustraerse al régimen del proyecto de Convención debería ser consignada expresamente en el título de garantía. Se observó, no obstante, que no existía actualmente, en la mayoría de los países, un régimen peculiar de la carta de garantía. Si las partes decidieran sustraerse al propio régimen del proyecto de Convención, la operación de la carta de garantía podría ser sometida por los tribunales ya sea al derecho general de los contratos o al propio régimen del proyecto de Convención, que sería tal vez considerado como única norma de derecho interno sobre este tema. Con ello se limitaría la utilidad práctica de la estipulación de las partes para sustraerse al régimen del proyecto de Convención. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo aprobó el texto entre corchetes.

102. Se suscitó la cuestión de si, además de facultarse a las partes para sustraerse al régimen de la Convención en su conjunto, cabría facultarlas también para sustraerse a determinadas disposiciones de la misma únicamente. Se sugirió que cabría adoptar una disposición como la del artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa. Se observó, no obstante, que una disposición por la que se facultara a las partes para sustraerse a alguna disposición de la Convención, o modificarla, sólo sería apropiada si el texto definitivo fuera a ser de índole básicamente facultativa. Prevaleció el parecer de que la posibilidad de la autonomía de las partes respecto de alguna regla concreta del proyecto de Convención habría de ser deliberada tras haber examinado cada uno de los artículos del proyecto de Convención, de los que únicamente algunos habían sido declarados, por el momento, de derecho facultativo.

*“, y a toda otra carta de garantía en la que se disponga que queda sometida a la presente Convención.”*

103. Se plantearon diversas cuestiones en el contexto del debate sobre la eventual inclusión en el proyecto de

Convención de una disposición que permitiera a las partes en una carta de garantía someter su carta de garantía al proyecto de Convención (“cláusula de remisión expresa...”).

104. Se cuestionó primero la conveniencia de que una cláusula de remisión expresa permitiera que las partes en una operación interna con carta de garantía se acogieran al régimen internacional previsto en el proyecto de Convención. Como argumento a favor de la adopción de tal disposición, se afirmó que podría ser particularmente conveniente autorizar a las partes, en el contexto de operaciones de ámbito nacional, a remitirse a un régimen internacional del que pudieran esperarse soluciones equitativas para los problemas insuficientemente resueltos por la legislación interna. Se sostuvo asimismo que con la posibilidad de que las partes optaran por la aplicación del proyecto de Convención podría resultar más aceptable la adopción de una definición restrictiva de “internacionalidad” en el artículo 4. En contra de estos razonamientos se argumentó que no debía permitirse que las partes eludieran la aplicación de reglas imperativas de derecho interno acogiéndose al régimen del proyecto de Convención. Se señaló que, cuando no existieran reglas imperativas, las partes podrían optar en su contrato por el régimen del proyecto de Convención, aun cuando el proyecto de Convención no dispusiera nada al respecto. Tras los debates, el Grupo de Trabajo convino en que el texto del proyecto de Convención no debía redactarse en términos que confirieran a las partes algún derecho expreso a optar por el proyecto de Convención para operaciones internas.

105. Se cuestionó en segundo lugar la conveniencia de que la cláusula de remisión expresa permitiera que las partes optaran por el régimen del proyecto de Convención para una carta de garantía internacional que, de no ser así, no entraría en el ámbito de aplicación territorial del proyecto de Convención (por ejemplo, si la carta de garantía estaba expedida en un Estado que no fuera parte contratante). El Grupo de Trabajo convino en general en que, si bien las partes deberían tener libertad para acogerse indirectamente al régimen jurídico plasmado en el proyecto de Convención remitiéndose a la legislación de un Estado contratante, en ninguna disposición debería permitirse que las partes optaran directamente por la aplicación del proyecto de Convención sin hacer remisión expresa a la legislación de un Estado contratante que aplicara la Convención en esos casos.

106. Se cuestionó en tercer lugar la conveniencia de que una cláusula de remisión expresa permitiera a las partes acogerse al proyecto de Convención respecto de un título que, de otro modo, no se consideraría como carta de garantía en el sentido del artículo 2. Se expresó la opinión de que la posibilidad de optar por la aplicación del proyecto de Convención debía limitarse a las cartas de crédito comerciales, que tenían el mismo carácter jurídico que las cartas de crédito contingente y que, en algunos casos, era prácticamente imposible distinguirlas de éstas. Se afirmó que la aplicación del proyecto de Convención a las cartas de crédito comerciales resultaría apropiada, porque esas cartas se regían por los mismos principios que las cartas de crédito contingente. Se afirmó también que en el proyecto de Convención debería mencionarse expresamente la posi-

bilidad de optar por su régimen, dada la posible exclusión de las cartas de crédito comerciales de la definición de carta de garantía en la variante C del proyecto de artículo 2 1). Se formuló una objeción en contra de que en el proyecto de Convención se mencionara expresamente que la posible estipulación por las partes de una cláusula de remisión expresa estaría limitada a las cartas de crédito comerciales. Se afirmó que tal disposición podía tener el efecto no buscado de excluir toda posibilidad de que otros títulos pudieran regirse por el proyecto de Convención, como tal vez sería posible a tenor de la ley aplicable. Tras los debates, el Grupo de Trabajo decidió que la cláusula general de remisión expresa que figura en el proyecto actual se sustituyera por una disposición que permitiera a las partes en cartas de crédito comerciales optar por hacer aplicable el proyecto de Convención a dichas cartas de crédito. Se observó que, al examinar los restantes artículos del proyecto de Convención, el Grupo de Trabajo tendría oportunidad de evaluar el acierto de esa decisión, reconsiderándola en caso necesario.

## Artículo 2. Carta de garantía

### Párrafo 1

#### Encabezamiento

107. Se hicieron diversas sugerencias para aclarar que la emisión ("issuance": "dada") de que se hablaba en las palabras iniciales del texto inglés de la definición se refería esencialmente a la emisión por una entidad comercial de una promesa. Por ello, se sugirió que se añadiera la palabra "financiera" después de la palabra "institución". El Grupo de Trabajo consideró que esta modificación no aportaba claridad. Se formularon sugerencias, generalmente en el mismo sentido, con miras a excluir los casos en que la promesa fuera dada por un consumidor. Entre esas sugerencias se hicieron las siguientes: permitir la formulación de reservas para excluir las promesas dadas por consumidores; incluir una declaración encaminada a que el proyecto de Convención no afectara a la aplicación de legislación de protección del consumidor; agregar a la palabra "persona" palabras como "que no sea un consumidor"; suprimir la palabra "persona" o, al menos, aludir a una persona "comercial"; hacer referencia al mundo "de los negocios o comercial". Con respecto a la última sugerencia, se observó que había casos en que era imposible deducir a la vista del título el objeto de la promesa. El Grupo de Trabajo estimó que esas propuestas no cumplían con la finalidad de aclarar cuáles eran los tipos de supuestos recogidos en la definición. Se señaló asimismo que esos supuestos de promesas dadas por particulares eran relativamente poco frecuentes en el ámbito internacional. Además, el Grupo de Trabajo compartió en general el criterio de que la promesa dada por una persona para fines de consumo u otros fines privados planteaba una cuestión que correspondía propiamente al derecho interno, por lo que no se vería afectada por el proyecto de Convención.

#### Variantes A, B y C

108. Se presentaron al Grupo de Trabajo tres variantes con respecto al modo de descripción de las formas o tipos de promesa que abarca el proyecto de Convención. La

variante A, que se refería simplemente a las garantías pagaderas a su reclamación o en forma de carta de crédito contingente, recibió escaso apoyo. Se expresó la opinión de que el enfoque más detallado de la variante B, que incluía una descripción del objetivo que suele tener la obligación, era innecesario. Se expresó la preocupación de que la definición de la variante B no se centraba suficientemente en las verdaderas características de los instrumentos que debía comprender la Convención e incluiría algunos instrumentos que no se pretendía abarcar, por ejemplo, los pagarés. Sin embargo, prevaleció con mucho la opinión de que el enfoque de la variante B era preferible. Como se verá más adelante, tras el examen de la variante B, el Grupo de Trabajo decidió también incorporar elementos de la variante C, que excluía expresamente ciertas categorías de título.

109. Dentro de la variante B se presentaban entre corchetes dos opciones sobre los términos precisos que habían de utilizarse para describir el objetivo de la obligación. El Grupo de Trabajo prefirió la segunda opción, que aludía al pago a su simple reclamación o contra presentación de documentos en los que se afirmara que el pago se debía, y hacía referencia a otros tipos de contingencias o propósitos, en particular las funciones de pago directo que a menudo desempeñan las cartas de crédito contingente financieras.

110. Se expresó la preocupación de que la expresión "a su simple reclamación o contra presentación de documentos" pudiera dar a entender, sin pretenderlo, que una promesa pagadera a su mera reclamación no sería de carácter documentario, cuestión que había suscitado controversias entre algunos observadores de la práctica comercial. Se sugirió que una formulación más apropiada sería la de "a su mera reclamación o contra presentación de otros documentos". El Grupo de Trabajo acordó adoptar la modificación propuesta.

111. Se sugirió que se sustituyeran las palabras "documentos en los que se *afirme* que el pago se debe" por "documentos en los que se *afirme* o se *dé a entender* que el pago es debido". Preocupaba la limitación innecesaria que entrañaba el verbo empleado, ya que habría casos en que la garantía requiriera la presentación de ciertos documentos con la reclamación de pago de invocarse el incumplimiento de alguna obligación, pero esos documentos no serían necesariamente aquellos en que se "afirma" que el pago es debido. Se expresó la preocupación de que las palabras "se *dé a entender*" pudieran dar lugar a la interpretación no buscada ni deseada de que la regla jurídica según la cual los documentos debían cumplir estrictamente con la obligación se desvirtuaba o se hacía depender de la modificación del párrafo 2). Para atender a ambas preocupaciones, el Grupo de Trabajo decidió redactar el texto en términos como los siguientes: "documentos, de conformidad con las cláusulas y condiciones de la obligación, en los que se indique que el pago es debido . . .".

112. Con respecto a la variante C, que excluía expresamente las cartas de crédito comerciales, los contratos de seguro y los títulos negociables, el Grupo de Trabajo consideró en general que debía mantenerse, a reserva de la decisión expresa, por la que las partes acordaran la aplicación del proyecto de Convención a las cartas de crédito comerciales. Se había sugerido que se suprimiera la

variante C, especialmente porque la enumeración de instrumentos que hacía podía ser mal interpretada como exhaustiva. Se observó que tendría que quedar entendido que la supresión de la variante C no expresaba el deseo de incluir esos títulos en el ámbito de la Convención. No obstante, este enfoque no recibió apoyo, en particular porque se consideró que la variante C sería útil para disipar las dudas que pudieran surgir de la formulación genérica que se había decidido dar al párrafo 1).

### III. TRABAJOS FUTUROS

113. El Grupo de Trabajo tomó nota de que su 21.º período de sesiones se celebraría en Nueva York, del 14 al 25 de febrero de 1994, ocasión en que examinaría el resto de los artículos revisados del documento A/CN.9/WG.II/WP.80. Tomó nota también de que, con sujeción al acuerdo de la Comisión, su 22.º período de sesiones se celebraría en Viena, del 19 al 30 de septiembre de 1994.

## B. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales en su 20.º período de sesiones: ulterior revisión del proyecto de Convención: artículos 1 a 17: nota de la Secretaría

(A/CN.9/WG.II/WP.80) [Original: inglés]

### ÍNDICE

	<i>Página</i>
INTRODUCCIÓN .....	138
PROYECTO DE CONVENCIÓN SOBRE GARANTÍAS INDEPENDIENTES Y CARTAS DE CRÉDITO CONTINGENTE .....	139
CAPÍTULO I. ESFERA DE APLICACIÓN .....	139
Artículo 1. Campo sustantivo de aplicación .....	139
Artículo 2. Carta de garantía .....	139
Artículo 3. Independencia de la obligación .....	139
Artículo 4. Internacionalidad de la carta de garantía .....	139
CAPÍTULO II. INTERPRETACIÓN .....	139
Artículo 5. Principios de interpretación .....	139
Artículo 6. Reglas de interpretación y definiciones .....	140
CAPÍTULO III. VALIDEZ DE LA CARTA DE GARANTÍA .....	140
Artículo 7. Constitución de la carta de garantía .....	140
Artículo 8. Enmiendas .....	140
Artículo 9. Transferencia del derecho del beneficiario a reclamar el pago ...	140
Artículo 9 bis. Cesión de la suma pagadera .....	140
Artículo 10. Fin de la validez de una carta de garantía .....	141
Artículo 11. Expiración .....	141
CAPÍTULO IV. DERECHOS, OBLIGACIONES Y EXCEPCIONES .....	141
Artículo 12. La determinación de los derechos y obligaciones .....	141
Artículo 13. Responsabilidad del garante o emisor .....	142
Artículo 14. Reclamación .....	142
Artículo 15. Notificación de la reclamación .....	142
Artículo 16. Examen de la reclamación y de sus documentos adjuntos .....	142
Artículo 17. Pago o denegación del pago .....	142

### INTRODUCCIÓN

1. El Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales examinó en su 16.º período de sesiones los proyectos de los artículos 1 a 13 y, en su 17.º período de

sesiones, los proyectos de los artículos 14 a 27 de una ley uniforme sobre cartas internacionales de garantía preparados por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.73 y Add.1). Las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo en esos períodos de sesiones figuran en los informes del

Grupo de Trabajo acerca de uno y otro períodos (A/CN.9/358 y 361). Sobre la base de esas conclusiones se presentaron al Grupo de Trabajo, en su 18.º período de sesiones, los proyectos revisados de los artículos 1 a 27 (A/CN.9/WG.II/WP.76 y Add.1). En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó los artículos 1 a 8 (A/CN.9/372) y en el 19.º los artículos 9 a 17 (A/CN.9/374) y pidió a la Secretaría que preparara una nueva versión revisada de los artículos 1 a 17 teniendo en cuenta las deliberaciones y decisiones de sus períodos de sesiones 18.º y 19.º.

2. La presente nota contiene la ulterior revisión de los artículos 1 a 17. Las adiciones al texto y sus modificaciones aparecen en bastardilla. Cabe observar que, de conformidad con las instrucciones recientes relativas al más estricto control y a la limitación de la documentación de las Naciones Unidas, no se han añadido observaciones explicativas a los proyectos de disposiciones. Por consiguiente, se remite en general a las partes pertinentes de los informes del Grupo de Trabajo (A/CN.9/372 y 374); durante el período de sesiones del Grupo de Trabajo se darán verbalmente más explicaciones.

## PROYECTO DE CONVENCIÓN SOBRE GARANTÍAS INDEPENDIENTES Y CARTAS DE CRÉDITO CONTINGENTE

### Capítulo I. Esfera de aplicación

#### Artículo 1. Campo sustantivo de aplicación

La presente Convención será aplicable a toda carta de garantía internacional [emitida en un Estado contratante], [de no haberse estipulado en ella otra cosa], y a toda otra carta de garantía en la que se disponga que queda sometida a la presente Convención.

#### Artículo 2. Carta de garantía

1. Una carta de garantía es una promesa independiente dada por un banco o alguna otra institución o persona ("garante" o "emisor")

*Variante A:* , en forma de garantía pagadera a su reclamación o en forma de carta de crédito contingente,

*Variante B:* , ya se denomine garantía pagadera a su reclamación o carta de crédito contingente u obligación equivalente [que se suele dar para garantizar al beneficiario contra el incumplimiento de ciertas obligaciones por parte del solicitante o contra otra contingencia] [que prevea el pago a su simple reclamación o contra presentación de documentos en los que se afirme que el pago se debe en razón de la omisión en el cumplimiento de una obligación, o por otra contingencia, o por dinero prestado o adelantado, o debido a una deuda vencida contratada por el solicitante o por otra personal,

*Variante C:* , excluidas las cartas de crédito comerciales, los contratos de seguro y los títulos negociables,

de pagar al beneficiario una suma determinada o determinable con arreglo a las cláusulas y cualesquiera condiciones

documentarias de la obligación [al ser reclamado el pago en la manera prescrita en la promesa].

2. La promesa podrá otorgarse

a) a instancias o con arreglo a una orden del cliente ("solicitante") del garante o emisor ("carta de garantía directa");

b) con arreglo a la orden recibida de otro banco, institución o persona ("parte ordenante") que haya actuado a instancias del cliente ("solicitante") de esa parte ordenante ("carta de garantía indirecta"); o

c) en nombre del propio garante o emisor ("carta de garantía en nombre del propio garante o emisor").

3. En la carta de garantía podrá estipularse que el pago podrá efectuarse de cualquier forma, por ejemplo:

a) una moneda o unidad de cuenta especificada;

b) la aceptación de una letra de cambio por un determinado importe;

c) un pago diferido;

d) el suministro de determinado artículo de valor.

4. En la carta de garantía se puede estipular que el mismo garante o emisor es el beneficiario cuando actúa en favor de otra persona.

#### Artículo 3. Independencia de la obligación

Para los fines de la presente Convención, una promesa de pago es independiente cuando [el cumplimiento] [la obligación] del garante o emisor ante el beneficiario no está sometido(a) a la existencia o la validez de una operación subyacente ni a ninguna cláusula o condición que no aparezca en la promesa o [, incluso si se estipula como condición del pago en la carta de garantía,] a ningún acto o acontecimiento futuro e incierto que no sea la presentación de los documentos estipulados.

#### Artículo 4. Internacionalidad de la carta de garantía

Una carta de garantía será internacional cuando estén situados en distintos Estados los establecimientos consignados en la carta de garantía de cualesquiera dos de las siguientes [personas]: garante o emisor, beneficiario, solicitante, parte ordenante, notificador o confirmante. Cuando la carta de garantía indique más de un establecimiento de determinada persona, el establecimiento pertinente será el que guarde una relación más estrecha con la carta de garantía.

### Capítulo II. Interpretación

#### Artículo 5. Principios de interpretación

En la interpretación de la presente Convención, se habrá de tener en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y la observancia de la buena fe en las prácticas internacionales en materia de garantías y cartas de crédito contingente.

### Artículo 6. Reglas de interpretación y definiciones

Para los fines de la presente Convención y salvo que el contexto o alguna disposición de la presente Convención requiera otra cosa:

a) por “carta de garantía” se entenderá también “carta de contragarantía” y “confirmación de la carta de garantía” y por “garante o emisor” se entenderá también “contragarante” y “confirmante”;

b) cualquier remisión a la carta de garantía o a la promesa del garante o emisor, o a sus cláusulas y condiciones, se entenderá referida al texto originalmente establecido de conformidad con el artículo 7 o, de haber sido ulteriormente enmendado su texto de conformidad con el artículo 8, a la versión enmendada más reciente de ese texto];

c) [suprimido]

d) por “carta de contragarantía” se entenderá la carta de garantía dada al garante o emisor de otra carta de garantía o al emisor de otra carta de crédito por su parte ordenante en la que se prometa el pago al ser presentada la reclamación junto con algún documento especificado por el que se precise que se ha reclamado al beneficiario de la “carta de contragarantía” el pago de otra carta o promesa de garantía, o que el beneficiario de esa carta o promesa ha efectuado ya ese pago;

e) por “contragarante” se entenderá el emisor de la carta de contragarantía;

f) por “confirmación” de una carta de garantía se entenderá una promesa independiente que se adjunta a la del garante o emisor y autorizada por él, en virtud de la cual el beneficiario podrá optar por reclamar el pago al confirmante en vez de al garante o emisor, presentándole, de no haberse estipulado expresamente otra cosa, los documentos requeridos;

g) por “confirmante” se entenderá la persona que confirme una carta de garantía;

h) por “documento” se entenderá la comunicación hecha en una forma que deje constancia completa de su contenido y cuyo origen haya sido autenticado en la forma exigida por la ley aplicable o por las cláusulas y condiciones de la carta de garantía [; cuando un requisito de autenticación no precise en qué forma se ha de efectuar, podrá utilizarse cualquier método de autenticación comercialmente razonable en las circunstancias del caso];

i) por “emisión” de una carta de garantía se entenderá el que la carta de garantía abandone la esfera de control del garante o emisor;

j) por [“eficacia”] [“validez”] de una carta de garantía se entenderá el que [faculte al] [esté abierta a que el] beneficiario haga una reclamación de pago de conformidad.

## Capítulo III. Validez de la carta de garantía

### Artículo 7. Constitución de la carta de garantía

1. Se podrá constituir una carta de garantía en cualquier forma por la que se deje constancia completa del texto de

la carta de garantía y que permita autenticar su origen por algún procedimiento que esté generalmente aceptado o que haya sido convenido por el garante o emisor y el beneficiario.

2. La carta de garantía será válida y, de no haberse indicado en ella expresamente lo contrario, irrevocable desde el momento de su emisión, a no ser que en ella se señale algún otro momento de validez.

### Artículo 8. Enmiendas

1. Se podrá enmendar una carta de garantía por el procedimiento convenido por el garante o emisor y el beneficiario o, en su defecto, en cualquier forma mencionada en el párrafo 1 del artículo 7.

2. A menos que el garante o emisor y el beneficiario hayan acordado otra cosa, una enmienda

*Variante A:* consentida por el beneficiario [o que consista únicamente en una prórroga del período de validez de la carta de garantía] será válida cuando sea emitida por el garante, o emisor.

*Variante B:* será válida al ser emitida por el garante o emisor si ha sido previamente autorizada por el beneficiario [o que consista únicamente en una prórroga del período de validez de la carta de garantía]; toda otra enmienda será válida al recibir el garante o emisor el aviso de su aceptación por el beneficiario.

3. La enmienda de una carta de garantía no afectará los derechos y las obligaciones del solicitante (o de una parte ordenante) o de un confirmante de la carta de garantía a menos que esa persona consienta en la enmienda.

### Artículo 9. Transferencia del derecho del beneficiario a reclamar el pago

1. El derecho del beneficiario a presentar una reclamación de pago fundada en la carta de garantía sólo podrá transferirse de autorizarlo la carta, y en la medida y en la forma que la carta lo haya autorizado.

2. Cuando una carta de garantía haya sido definida como “transferible” [o contenga palabras de alcance similar.] sin que se especifique si se requiere o no el consentimiento del garante o emisor [o de otra persona autorizada] para su transferencia efectiva, ni el garante o emisor ni ninguna otra persona autorizada estará obligado a efectuar la transferencia excepto en la medida y en la forma en que lo haya expresamente consentido.

### Artículo 9 bis. Cesión de la suma pagadera

1. A menos que el garante o emisor y el beneficiario hayan acordado otra cosa, el beneficiario podrá ceder a otra persona cualquier suma que le sea, o pueda llegar a serle, debida con arreglo a la carta de garantía.

2. Si el garante o emisor, u otra persona obligada a efectuar el pago, ha recibido, en alguna de las formas previstas

en el párrafo 1 del artículo 7, un aviso de la cesión irrevocable efectuada por el beneficiario, el pago al cesionario liberará al deudor, en la cuantía de su pago, de su obligación fundada en la carta de garantía.

3. El emisor u otra persona que efectúe el pago podrá

*Variante X:* ejercitar cualquier derecho de compensación que pueda tener con algún crédito exigible al beneficiario dentro de los límites del artículo 20.

*Variante Y:* invocar frente al cesionario cualquier derecho de compensación previsto en el artículo 20.

**Artículo 10.** *Fin de la validez de una carta de garantía*

1. La carta de garantía dejará de ser válida cuando:

a) el *garante* o emisor reciba del beneficiario una declaración por la que lo libere de su responsabilidad en alguna de las formas mencionadas en el párrafo 1 del artículo 7;

b) el beneficiario y el *garante* o emisor convengan en la expiración de la carta de crédito [en alguna de las formas mencionadas en el párrafo 1 del artículo 7];

c) se pague el importe máximo consignado en la carta de garantía, a menos de haberse previsto en la carta de garantía su renovación automática o un aumento automático de la suma reclamable o algún otro modo de prolongar su validez;

d) el período de validez de la carta de garantía haya expirado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11.

[1 bis. *El fin de la validez de la carta de garantía pone fin al derecho del beneficiario a reclamar el pago conforme a la carta, pero no afecta a otros derechos u obligaciones del beneficiario o de otras partes nacidos antes del fin de la validez de la carta de crédito.*]

*Variante A:* Las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo se aplicarán con independencia de que cualquier documento en que haya sido incorporada la carta de crédito sea o no devuelto al *garante* o emisor, [o con independencia de si se ha seguido o no un procedimiento funcionalmente equivalente a la devolución del documento en el caso de emisión de la carta de garantía en forma que no sea sobre papel,] y la retención por el beneficiario de cualquiera de esos documentos no le conferirá derecho alguno fundado en la carta de garantía, a menos que ésta estipule, o el *garante* o emisor y el beneficiario convengan en otra parte, que no perderá su validez en tanto que no se devuelva el documento en que haya sido incorporada.

*Variante B:* Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1, la carta de garantía podrá estipular, o el *garante* o emisor y el beneficiario pueden convenir en otra parte, que se requiera la devolución al *garante* o emisor del documento en que haya sido incorporada la carta de crédito, [o un procedimiento funcionalmente equivalente a la devolución del documento en el caso de emisión de la carta en forma que no sea sobre papel,] por sí misma o conjuntamente con uno de los acontecimientos a que se hace referencia en [los incisos a) y b) del] el párrafo 1, para el fin

de la validez de la carta de garantía; toda estipulación o acuerdo en ese sentido será ineficaz más allá del plazo de validez de la carta de garantía de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11.

### Artículo 11. Expiración

El período de validez de la carta de garantía expirará:

a) en la fecha de la expiración, que podrá ser una fecha señalada del calendario o el término de un plazo estipulado en la carta de garantía, a condición de que, si la fecha de expiración no es un día laborable en el lugar del establecimiento del *garante* o emisor, o de otra persona o en otro lugar estipulados en la carta de garantía para la presentación de la reclamación del pago, la expiración ocurrirá en el primer día laborable siguiente;

b) si a tenor de la carta de garantía la expiración depende de que se produzca un acontecimiento, cuando el *garante* o emisor reciba la confirmación de que ese acontecimiento se ha producido al serle presentado el documento señalado al efecto en la carta de garantía o, de no haberse señalado un documento al efecto, cuando reciba la certificación del beneficiario de que el acontecimiento se ha producido;

c) *Variante A:* si la carta de garantía no contiene una cláusula sobre el momento de expiración, o si está aún por probarse mediante la presentación del documento requerido un acontecimiento determinante de la expiración, al transcurrir cinco años de la fecha de validez inicial de la carta de garantía.

*Variante B:* si en la carta de garantía no se ha señalado ni una fecha de expiración ni un acontecimiento determinante de la misma, o si está aún por probarse mediante la presentación del documento requerido que ese acontecimiento se ha producido, a los cinco años de la constitución de la carta de garantía, a no ser que la carta se haya emitido en forma de una garantía o fianza pagadera a su reclamación y contenga una estipulación expresa de validez indefinida.

## Capítulo IV. Derechos, obligaciones y excepciones

### Artículo 12. La determinación de los derechos y obligaciones

1. A reserva de lo dispuesto en la presente Convención, los derechos y las obligaciones del *garante* o emisor y del beneficiario se regirán por las cláusulas y condiciones enunciadas en la carta de garantía, así como por cualesquiera reglas, condiciones generales o usos a los que se haga remisión [explícita] en la carta.

2. Para interpretar las cláusulas y condiciones de la carta de garantía y para resolver aquellas cuestiones que no estén estipuladas en las cláusulas y condiciones de la carta de garantía ni reguladas por las disposiciones de la presente Convención, se deberá acudir a las reglas y usos internacionales de aceptación general en la práctica de las garantías o de las cartas de crédito contingente.

*Artículo 13. Responsabilidad del garante o emisor*

1. En el cumplimiento de sus obligaciones [fundadas en la carta de garantía y en la presente Convención], el *garante* o emisor actuará de buena fe y ejercerá la debida diligencia, *determinada teniendo debidamente en cuenta la buena práctica en materia de garantías o cartas de crédito contingente.*

2. Los *garantes* o emisores no estarán exentos de responsabilidad en caso de falta de buena fe o negligencia grave.

*Artículo 14. Reclamación*

Toda reclamación de pago fundada en la carta de garantía deberá hacerse en alguna forma prevista en el párrafo 1 del artículo 7 y de conformidad con las cláusulas y condiciones de la carta de garantía. En particular, cualquier documento acreditativo o de otra índole que haya sido requerido por la carta de garantía deberá ser presentado al emisor, dentro del período de validez de la carta de garantía en el lugar en que se haya emitido la carta de garantía, de no haberse estipulado en la carta de garantía su presentación a otra persona o en otro lugar. De no requerirse ninguna declaración o documento, se considerará que el beneficiario, al reclamar el pago, está acreditando implícitamente que la reclamación no es de mala fe ni incorrecta.

*[Artículo 15. Notificación de la reclamación*

Sin demorar el cumplimiento de sus deberes con arreglo a los artículos 16 y 17, el *garante* o emisor deberá dar aviso de la reclamación al *principal* o solicitante tan pronto como lo reciba o, si procede, a su parte ordenante, de no haberse convenido otra cosa entre el *garante* o emisor y el solicitante. El incumplimiento del deber de notificación no privará al *garante* o emisor de su derecho a ser reembolsado, pero dará derecho al solicitante a reclamar indemnización por cualquier pérdida en que haya incurrido como consecuencia de ese incumplimiento.]

*Artículo 16. Examen de la reclamación y de sus documentos adjuntos*

1. El *garante* o emisor deberá examinar [la *reclamación* y sus] documentos [adjuntos] conforme a la norma de conducta enunciada en el párrafo 1 del artículo 13. Al irse a cerciorar de la conformidad visible de los documentos con las cláusulas y condiciones de la carta de garantía, y *de que son coherentes entre sí*, el *garante* o emisor deberá *tener debidamente en cuenta* la norma de conducta requerida por la práctica internacional en materia de garantías o de cartas de crédito contingente.

2. De no haberse estipulado otra cosa en la carta de garantía, el *garante* o emisor dispondrá de un plazo razonable, pero que no exceda de siete días, para examinar la reclamación y sus documentos adjuntos y para decidir si efectúa o no el pago.

*Artículo 17. Pago o denegación del pago*

1. *Salvo lo dispuesto en el párrafo 2 del presente artículo*, el *garante* o emisor deberá efectuar el pago al serle presentada una reclamación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14. *Todo pago contra una reclamación que no sea conforme con lo dispuesto en el artículo 14 no afectará a los derechos y obligaciones del principal o solicitante.*

[1 bis. *El pago deberá ser efectuado sin demora, a menos que la carta de garantía estipule el pago diferido, en cuyo caso el beneficiario deberá reconocer sin demora la conformidad de la demanda y efectuar luego el pago en el momento estipulado.*]

[1 ter. *El garante o emisor no podrá invocar la insolvencia del solicitante, ni ninguna otra circunstancia que pueda afectar a la capacidad u obligación del solicitante de reembolsar o indemnizar de otro modo al garante o emisor, como motivo para no cumplir con lo dispuesto en el párrafo 1.*]

2. El *garante* o emisor deberá denegar el pago cuando *se le presentan hechos que hagan la reclamación manifiesta y claramente impropia de conformidad con el artículo 19.*

3. Si el *garante* o emisor *rechaza* la reclamación [por cualquiera de los motivos mencionados en los párrafos 1 y 2 del presente artículo], deberá dar pronto aviso de ello al beneficiario por teletransmisión o, de no ser ello posible, por otro medio expeditivo. De no haberse estipulado otra cosa en la carta de garantía, en ese aviso se deberá indicar la razón del rechazo.

[4. *Variante A:* Si el *garante* o emisor no cumple con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 16 o en el párrafo 3 del presente artículo, se verá impedido, por razón de su conducta de invocar cualquier discrepancia en los documentos que no fue descubierta o de la que no se dio aviso al beneficiario conforme a lo exigido por esas disposiciones.

*Variante B:* El *garante* o emisor no podrá invocar ninguna discrepancia en los documentos que no fue descubierta en el plazo a que se hace referencia en el párrafo 2 del artículo 16 o de la que no se dio aviso al beneficiario conforme a lo exigido en el párrafo 3 del presente artículo; si el *garante* o emisor deja de cumplir, en algún otro aspecto, con esas disposiciones, el beneficiario podrá reclamar del *garante* o emisor daños y perjuicios por la pérdida experimentada como consecuencia de ese incumplimiento.

*Variante C:* Cuando el *garante* o emisor no ha descubierto o notificado determinada discrepancia en los documentos como se exige en el párrafo 2 del artículo 16 y en el párrafo 3 del presente artículo y si el cumplimiento de estas disposiciones hubiera permitido al beneficiario formular una reclamación conforme antes de la expiración de la carta de garantía, el *garante* o emisor deberá pagar la suma de la carta de garantía, más los intereses por el retraso, ante una reclamación conforme formulada por lo menos [cinco días] [sin demora] después de que se le haya notificado esa discrepancia.

*Variante D: Si el garante o emisor no cumple con lo dispuesto en los párrafos 1 y 1 bis del presente artículo o no descubre o notifica ninguna discrepancia en los documentos como se exige en el párrafo 2 del artículo 16 y en*

*el párrafo 3 del presente artículo, responderá ante el beneficiario de las pérdidas que experimente como resultado directo de ese incumplimiento.]*

### C. Informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales sobre la labor realizada en su 21.º período de sesiones

(Nueva York, 14 a 25 de febrero de 1994) (A/CN.9/391) [Original: inglés]

#### ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN .....	1-11
I. DELIBERACIONES Y DECISIONES .....	12-13
II. EXAMEN DE LOS ARTÍCULOS DE UN PROYECTO DE CONVENCIÓN SOBRE GARANTÍAS INDEPENDIENTES Y CARTAS DE CRÉDITO CONTINGENTE .....	14-129
<i>Capítulo I. CAMPO SUSTANTIVO DE APLICACIÓN</i> .....	14-38
Artículo 2. Carta de garantía ( <i>continuación</i> ) .....	14-21
Artículo 3. Independencia de la obligación .....	22-33
Artículo 4. Internacionalidad de la carta de garantía .....	34-38
<i>Capítulo II. INTERPRETACIÓN</i> .....	39-58
Artículo 5. Principios de interpretación .....	39
Artículo 6. Reglas de interpretación y definiciones .....	40-58
<i>Capítulo III. VALIDEZ DE LA CARTA DE GARANTÍA</i> .....	59-100
Artículo 7. Constitución de la carta de garantía .....	60-63
Artículo 8. Enmiendas .....	64-71
Artículo 9. Transferencia del derecho del beneficiario a reclamar el pago .....	72-74
Artículo 9 bis. Cesión de la suma pagadera .....	75
Artículo 10. Fin de la validez de una carta de garantía .....	76-89
Artículo 11. Expiración .....	90-100
<i>Capítulo IV. DERECHOS, OBLIGACIONES Y EXCEPCIONES</i> .....	101-129
Artículo 12. La determinación de los derechos y obligaciones .....	101-104
Artículo 13. Responsabilidad del garante o emisor .....	105-111
Artículo 14. Reclamación .....	112-117
Artículo 15. Notificación de la reclamación .....	118-119
Artículo 16. Examen de la reclamación y de sus documentos adjuntos ...	120-122
Artículo 17. Pago o denegación del pago .....	123-129
III. LABOR FUTURA .....	130-131

#### INTRODUCCIÓN

1. De conformidad con una decisión adoptada por la Comisión en su 21.º período de sesiones<sup>1</sup>, el Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales ini-

ció su labor relativa a las garantías autónomas y las cartas de crédito contingente dedicando su 12.º período de sesiones a un examen del proyecto de Reglas Uniformes relativas a las garantías de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y a un examen de la conveniencia y viabilidad de realizar alguna labor futura con miras a lograr una mayor uniformidad legislativa respecto de las garantías y las cartas de crédito contingente (A/CN.9/316). El Grupo

<sup>1</sup>Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/43/17), párr. 22.

de Trabajo recomendó que se iniciara la labor de preparación de una ley uniforme, ya fuera en forma de ley modelo o de convención. La Comisión, en su 22.º período de sesiones, aceptó la recomendación del Grupo de Trabajo de que se iniciara la labor de preparación de una ley uniforme y se encomendara esa tarea Grupo de Trabajo<sup>2</sup>.

2. En su 13.º período de sesiones (A/CN.9/330), el Grupo de Trabajo comenzó su trabajo con el examen de las cuestiones que podía plantear una ley uniforme, analizadas en una nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.65). Dichas cuestiones guardaban relación con el alcance sustantivo de la ley uniforme, la autonomía de la voluntad de las partes y sus límites y las posibles normas de interpretación. El Grupo de Trabajo inició también un intercambio preliminar de pareceres sobre cuestiones relacionadas con la forma y el momento de constitución de la garantía o la carta de crédito contingente.

3. En su 14.º período de sesiones (A/CN.9/342), el Grupo de Trabajo examinó los proyectos de artículo 1 a 7 de la ley uniforme preparada por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.67). El Grupo de Trabajo examinó también las cuestiones analizadas en una nota de la Secretaría que se referían a la modificación, la transferencia, la extinción y las obligaciones del garante (A/CN.9/WG.II/WP.68).

4. En su 15.º período de sesiones (A/CN.9/345), el Grupo de Trabajo examinó determinadas cuestiones relacionadas con las obligaciones del garante que figuraban en la nota de la Secretaría relativa a la modificación, la transferencia, la extinción y las obligaciones del garante (A/CN.9/WG.II/WP.68). El Grupo de Trabajo examinó luego las cuestiones analizadas en una nota de la Secretaría que se referían al fraude y otros motivos para denegar el pago, las medidas cautelares y otras medidas judiciales (A/CN.9/WG.II/WP.70) y las cuestiones analizadas en una nota de la Secretaría que se referían a los conflictos de leyes y la competencia (A/CN.9/WG.II/WP.71).

5. En su 16.º período de sesiones (A/CN.9/358), el Grupo de Trabajo examinó los proyectos de artículo 1 a 13 y, en su 17.º período de sesiones (A/CN.9/361), los proyectos de artículo 14 a 27 de la ley uniforme preparada por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.73 y Add.1). En los períodos de sesiones 18.º, 19.º, y 20.º (A/CN.9/372, 374 y 388), el Grupo de Trabajo examinó nuevas revisiones del proyecto

lámica del), Italia, Japón, Marruecos, Nigeria, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Unida de Tanzania y Tailandia.

7. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Argelia, Australia, Bahrein, Chipre, Finlandia, Hungría, Jordania, Mongolia, República Checa, República Popular Democrática de Corea, Suecia y Suiza.

8. Asistieron al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales: Federación Bancaria de la Comunidad Europea; Cámara de Comercio Internacional (CCI).

9. El Grupo de Trabajo eligió las siguientes autoridades:

*Presidente:* Sr. J. Gauthier (Canadá)

*Relator:* Sr. V. Tuvayanond (Tailandia)

10. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí los siguientes documentos: programa provisional (A/CN.9/WG.II/WP.81); una nota de la Secretaría en la que figuraba una nueva revisión de los proyectos de artículo 1 a 17 (A/CN.9/WG.II/WP.80) preparada por la Secretaría después del 19.º período de sesiones.

11. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Elección de la Mesa.
2. Aprobación del programa.
3. Preparación de un proyecto de convención sobre garantías autónomas y cartas de crédito contingente.
4. Otros asuntos.
5. Aprobación del informe.

## I. DELIBERACIONES Y DECISIONES

12. El Grupo de Trabajo examinó los proyectos de artículo 2 2) según figuraban en el documento A/CN.9/WG.II/WP.80.

13. Las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo acerca de los proyectos de artículo 2 2) figuran en el capítulo II. Se pidió a la Secretaría que, sobre la base de esas conclusiones, preparase una versión revisada de los

rior de sesiones en el sentido de que, en lugar de fomentar una expresión nueva como "carta de garantía" en un intento por describir tanto la garantía bancaria como la práctica de la carta de crédito contingente, el proyecto de Convención debía basarse en un término neutro, como "promesa", para referirse a ambos tipos de instrumentos abarcados en el proyecto de Convención (A/CN.9/388, párr. 97). Se pidió a la Secretaría que reflejara esa decisión en el nuevo proyecto.

#### *Párrafo 2)*

15. El Grupo de Trabajo, recordando su examen de la materia en su 18.º período de sesiones (A/CN.9/372, párrs. 54 y 55), aprobó el párrafo 2) en cuanto al fondo.

#### *Párrafo 3)*

16. Se opinó que algunas de las formas de pago enumeradas en los incisos *a)* a *d)* no se usaban comúnmente, al menos en la práctica de la garantía bancaria. Se sugirió que el párrafo 3) se limitara a la observación general de principio contenida en las palabras iniciales, determinando que el pago podría hacerse en cualquiera de las formas previstas en la promesa de pago. Otras sugerencias consistían en suprimir los incisos *a)*, *b)* y *c)*.

17. La opinión predominante era que, aunque una enumeración de posibles formas de pago podría resultar superflua respecto de las garantías bancarias, podría ser útil delimitar apropiadamente el alcance del proyecto de Convención respecto de las cartas de crédito contingente. Tras el debate el Grupo de Trabajo decidió que en general el fondo del párrafo 3) era aceptable. Se sugirió que se agregara la expresión "pagaré" entre corchetes a la expresión "letra de cambio" a fin de ajustarse a la terminología utilizada en las Reglas y Usos Uniformes relativas a los créditos documentarios aprobados por la Cámara de Comercio Internacional ("RUU 500").

#### *Párrafo 4)*

18. El Grupo de Trabajo reafirmó la decisión adoptada en su 18.º período de sesiones (A/CN.9/372, párrs. 42 y 43) de dar en el proyecto de Convención cabida a la práctica de estipular válidamente en una promesa de pago que el garante o emisor mismo fueran el beneficiario cuando fueran el fideicomisario o fiduciario en favor de otra persona.

19. Se planteó la duda de si el proyecto de Convención se ocupaba en forma satisfactoria de los casos en que en la promesa de pago se estipulara que el beneficiario era una "sucursal" del emisor. Hubo acuerdo en general en que el proyecto de Convención sería aplicable a una promesa de pago de ese tipo en las situaciones en que la "sucursal" fuera una entidad jurídica distinta del emisor.

20. Se expresaron diversas opiniones con respecto a las situaciones en que una "sucursal" emitiera una garantía en que prometiera pagar a otra sucursal de la misma entidad jurídica, una práctica que, según se informó, existía respecto tanto de las garantías bancarias como de las cartas de crédito contingente. Se opinó que era necesario redactar nuevamente el texto del párrafo 4 a fin de dejar en claro

que el proyecto de Convención era aplicable a esas promesas de pago. En tal sentido, se sugirió que se incluyera en el proyecto de Convención una disposición basada en el párrafo 3 del artículo 1 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre transferencias internacionales de crédito y en el artículo 2 de las RUU 500, en que se indicara que, para los fines del proyecto de Convención, las sucursales y las oficinas distintas de un banco en diferentes Estados eran bancos distintos. Se opinó en contrario que esas promesas de pago no debían caer en el ámbito del proyecto de Convención por cuanto era difícil concebir la forma en que el proyecto de Convención sería aplicable en caso de una controversia entre sucursales de la misma entidad jurídica. Se sugirió que, en caso de surgir una controversia de ese tipo, probablemente se arreglaría mediante procedimientos internos ajenos al ámbito del proyecto de Convención. La opinión predominante fue que no debía intentarse regular en el proyecto de Convención esas situaciones que implicaban asuntos propios del derecho de las empresas. Sin embargo, hubo acuerdo también en que debía dejarse en claro en el proyecto de Convención que no se tenía por objeto desconocer esa práctica o anular una promesa de pago cuyo emisor y beneficiario fueran sucursales de la misma entidad jurídica. Hubo acuerdo también en que las partes debían tener libertad para hacer que el proyecto de Convención fuera aplicable a esas situaciones estipulándolo expresamente en la promesa de pago.

21. Tras un debate, el Grupo de Trabajo pidió que la Secretaría preparara un nuevo proyecto de artículo 2 en que se reflejaran las decisiones indicadas.

#### *Artículo 3. Independencia de la obligación*

22. Antes de entrar a debatir el fondo del artículo 3 el Grupo de Trabajo expresó una preferencia por la expresión "la obligación del garante o emisor" respecto de la expresión "cumplimiento del garante o emisor". Una sugerencia de que, además de hacer referencia a la existencia o validez de la transacción subyacente, se hiciera referencia a los "efectos jurídicos" o "tipos" de la transacción no contó con apoyo. El Grupo de Trabajo tomó nota con preocupación además de que la actual versión del artículo 3 no contenía ya una declaración en el sentido de que las contragarantías contraídas con arreglo al proyecto de Convención eran independientes de la garantía subyacente con la que se relacionaban, lo que podía útilmente señalarse en forma expresa, como se había hecho en el párrafo 3) de la versión anterior del artículo 3 (A/CN.9/WG.II/WP.76).

23. Respecto del fondo del artículo 3, en general se estimó que la disposición no era suficiente clara en cuanto a la norma que pretendía establecer sobre los efectos y el destino de las condiciones no documentarias que se hallaban en la obligación. Hubo incertidumbre en particular con respecto a la oración que figuraba entre corchetes, "incluso si se estipula como condición del pago en la carta de garantía". Se observó que el artículo tenía por objeto reflejar la decisión adoptada en el 18.º período de sesiones de excluir las obligaciones que contenían condiciones no documentarias del ámbito de aplicación del proyecto de Convención al vincular la definición de independencia al carácter documentario de la promesa de pago. Otro criterio

habría consistido en incluir esas promesas de pago en el ámbito de la Convención al establecer una norma de excepción en cuya virtud las promesas de pago denominadas de una forma prescrita podrían considerarse independientes sin consideración de la presencia de condiciones no documentarias. Una norma de “conversión” en que se dispusiera la transformación de las condiciones no documentarias en documentarias está vinculada con ese criterio (inciso *b*) del párrafo 1) y párrafo 2) del artículo 3, en A/CN.9/WG.II/WP.76).

24. El Grupo de Trabajo expresó gran interés en la posibilidad de modificar la decisión anterior tal como se reflejaba en la formulación actual del artículo 3. Los fundamentos invocados para reconsiderar la decisión anterior respecto del artículo 3 incluían la certeza de que la norma estricta del artículo 3 excluiría del ámbito del proyecto de Convención gran número de promesas de pago, tanto del tipo de garantía bancaria como del tipo de carta de crédito contingente, promesas de pago que las partes se proponían que fueran independientes pese a la presencia de condiciones no documentarias. Se expresó la preocupación de que la exclusión del ámbito de la Convención de un número importante de promesas de pago contribuiría a una diversificación de los regímenes jurídicos y a mayor incertidumbre en lugar de contribuir al objetivo de la unificación. Con tal fin el Grupo de Trabajo examinó diversos criterios que diferían en el grado en que permitirían que el proyecto de Convención tuviera en cuenta las condiciones no documentarias.

25. Hubo amplio acuerdo en el Grupo de Trabajo en el sentido de que uno de los criterios posibles, relativamente mínimo, consistiría en modificar el artículo 3 de manera de reconocer las condiciones que, aunque no fueran documentarias, podrían verificarse en el ámbito operacional del garante o emisor (variante A, párrafo 28 *infra*). Un ejemplo citado en tal sentido era la garantía de pago anticipado, en que la recepción del pago anticipado por el garante, como requisito de la eficacia de la garantía, podía verificarse con la comprobación por el garante en sus propios libros bancarios. Se sugirió que esas “condiciones de eficacia” eran pertinentes al debate y podían distinguirse de las “condiciones de emisión”, por ejemplo, la solicitud de un vendedor de que se emita una carta de crédito como condición para emitir una garantía de cumplimiento.

26. Se debatieron varios criterios respecto de la otra categoría de condiciones no documentarias, las que caían fuera del ámbito operacional del garante o emisor. Varias intervenciones se refirieron al restablecimiento de las normas de excepción y conversión que figuraban en el proyecto anterior (descritas *supra*, párrafo 23). Aunque se apoyó un criterio de ese tipo, se plantearon objeciones basadas en la preocupación de que se menoscabara la autonomía de las partes al someter al ámbito del proyecto de Convención promesas de pago que no se hubiera pretendido que fueran independientes. Se plantearon preocupaciones semejantes respecto del uso de un criterio análogo al que figuraba en el apartado *c*) del artículo 13 de las RUU 500, que se refería al desconocimiento de las condiciones no documentarias. Se hicieron algunas sugerencias encaminadas a dar más flexibilidad para determinar qué tipo de condiciones no documentarias no menoscababan la independencia.

Entre ellas figuraban: la evaluación de toda la faz de la promesa de pago a fin de determinar la independencia; si las condiciones se podían verificar “fácilmente” o “sin duda”; si la condición no estaba relacionada con la transacción subyacente.

27. Se propusieron otros dos criterios, inspirados en parte por la sugerencia de que podía hacerse referencia a las reglas uniformes de la práctica al definir la independencia a los efectos del ámbito de aplicación del proyecto de Convención. Según el primer criterio (variante B, párrafo 28 *infra*), una promesa de pago no se privaría de independencia por la presencia de una condición no documentaria ya fuera que la condición se hallara dentro del ámbito del garante o emisor o si la promesa de pago estaba sujeta a las reglas uniformes de la práctica que dispusieran que se desconociera la condición o que se convirtiera en una condición documentaria. Se observó que, según este criterio, las garantías bancarias que contuvieran condiciones no documentarias quedarían excluidas del ámbito del proyecto de Convención, ya que las reglas uniformes en cuestión (RUG) no contenían una norma relativa a las condiciones no documentarias. Según el segundo criterio, más amplio (variante C, párrafo 28 *infra*), que incluiría las garantías bancarias que contuvieran condiciones no documentarias, se incluiría una norma operacional para el caso de una promesa de pago que no estuviera sujeta a las reglas uniformes de la práctica que contuvieran una solución de la cuestión de las condiciones no documentarias. En esos casos el garante o emisor no estaría obligado a pagar a menos que se le dieran pruebas que constituyeran presunción de que se hubiera cumplido la condición no documentaria. Se sugirió que un criterio de ese tipo reflejaría una práctica seguida por la mayoría de los garantes en esos casos. Se expresó en general la preocupación de que no correspondía depender de las reglas de la práctica para determinar el ámbito de aplicación de una convención.

28. Tras el examen indicado de posibles criterios, el Grupo de Trabajo consideró a continuación cuál de los principales criterios que se habían identificado y cuyo texto se presenta a continuación sería preferible:

*Variante A:* Para los fines de la presente Convención, una promesa de pago es independiente cuando la obligación del garante o emisor ante el beneficiario no está sometida a la existencia o a la validez de una operación subyacente, [ni a ninguna otra promesa de pago,] ni a ninguna cláusula o condición que no aparezca en la promesa, ni a ningún hecho o evento futuro e incierto que no sea la presentación de los documentos estipulados u otro hecho o evento [cuya realización o llegada corresponda al] [que dependa del] ámbito operacional del garante o emisor. [Una contragarantía es distinta además de la garantía con la que está relacionada]. [La presente norma se aplicará a las contragarantías también respecto de las garantías con las que estén relacionadas].

*Variante B:* 1) Para los fines de la presente Convención, una promesa de pago es independiente cuando la obligación del garante o emisor ante el beneficiario no está sometida a la existencia o la validez de una operación subyacente ni a ninguna cláusula o condición que no aparezca en la promesa.

2) Una promesa de pago en que se estipule que la obligación del garante o emisor ante el beneficiario está sometida a la realización de un hecho o la llegada de un evento futuro e incierto que no sea la presentación de los documentos estipulados será independiente sólo si:

a) La realización del hecho o la llegada del evento [corresponde al] [puede verificarse en el] ámbito operacional del garante o emisor, o

b) Esa condición, en virtud de [las normas uniformes] [las normas de la práctica] aplicables o por otro motivo, no ha de tomarse en cuenta o ha de convertirse en una condición documentaria.

*Variante C:* 1) Para los fines de la presente Convención, una promesa de pago es independiente cuando la obligación del garante o emisor ante el beneficiario no está sometida a la existencia o la validez de una operación subyacente ni a ninguna cláusula o condición que no aparezca en la promesa.

2) Cuando una promesa de pago [independiente] someta la obligación del garante o emisor a un hecho o evento futuro e incierto y esa condición ni se ha de dejar de tomar en cuenta ni ha de convertirse en condición documentaria [en virtud de las normas uniformes aplicables o por otro motivo], el garante o emisor no está obligado a pagar a menos que [se demuestre en forma satisfactoria] [se presuma] que se ha realizado el hecho o ha llegado el evento.

29. Como primer paso en su examen de las variantes anteriores, el Grupo de Trabajo examinó la cuestión de cuál de los tres enfoques debía seguirse. Hubo amplio apoyo a la variante A atendiendo a su sencillez, que aclaraba el modo en que el artículo había de aplicarse. Parte del apoyo a la variante A se debía a la incertidumbre con respecto a la formulación y el efecto de la variante C, la otra de las variantes que suscitaba considerable interés. Se sugirió también, y hubo amplio apoyo a la idea, que la variante A podía interpretarse en el sentido de que permitía la aplicación de la Convención cuando la norma sobre desconocimiento del artículo 13 c) de la RUU 500 suprimiese el juego de las condiciones no documentales, resultado explícitamente previsto en la variante B. Se expresó la opinión de que la variante B sería preferible por esa razón, aunque, como se ha señalado anteriormente, la variante B suscitaba la objeción de que sería inapropiado que el proyecto de Convención dependiese para su aplicación de las normas referentes a la práctica.

30. El interés por la variante C se debió al beneficio que originaría de ampliar el ámbito de la Convención para abarcar una parte adicional considerable del mercado, en particular las garantías bancarias que estuviesen destinadas a ser independientes pero que contuviesen condiciones no documentales que excediesen del ámbito operacional de competencia del garante. Se observó que las palabras utilizadas estaban destinadas a ser suficientemente amplias para abarcar el concepto del ámbito de competencia. Sin embargo, se expresaron dudas con respecto a la variante C, debido particularmente a la opinión de que el párrafo 1) de la variante C vincularía al ámbito de aplicación del proyecto de Convención toda una serie de obligaciones independientes a las que en principio no se hacía referencia, por

ejemplo, obligaciones en materia de seguro y letras de cambio. En respuesta a ello, se observó que la finalidad del párrafo 1) era solamente definir la independencia de la obligación, y que la gama de las obligaciones a que hacía referencia el proyecto de Convención estaba limitada por los artículos 1 y 2. Se recordó también al Grupo de Trabajo que el texto utilizado en el párrafo 1) para excluir las garantías accesorias, particularmente las palabras "no está sometida a la existencia o la validez de una operación subyacente", era idéntico al utilizado en la variante A con el mismo fin, y que los compromisos accesorios quedarían por tanto excluidos.

31. El Grupo de Trabajo observó que el párrafo 2) de la variante C no tenía por fin establecer una norma sobre ámbito de aplicación, pero estaba siendo considerado actualmente debido a su importancia, como norma operacional aplicable a las condiciones no documentales, en relación con la decisión que debía adoptar el Grupo de Trabajo sobre el ámbito de aplicación. Se expresaron dudas con respecto a la norma operacional del párrafo 2) debido a la incertidumbre con respecto a sus efectos y al deseo de proteger la autonomía de las partes. La propuesta de sustituir el procedimiento de prueba *prima facie* mediante una declaración del beneficiario con respecto a la realización de la condición, procedimiento que reflejaba el derecho casuístico en algunas jurisdicciones, no pudo superar esas preocupaciones.

32. Entre las sugerencias de redacción encaminadas a aclarar la variante C se contaron las siguientes: tener en cuenta la posibilidad de que una condición se podía hacer depender de que no ocurriese un evento futuro e incierto; hacer referencia a "prueba fácilmente disponible" en vez de a "prueba *prima facie*"; y hacer referencia a hechos o eventos futuros e inciertos "fundamentales".

33. Después de deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que, de conformidad con la opinión prevalecte, se debía conservar la variante A. Sin embargo, se expresó la opinión de que la cuestión sería probablemente objeto de examen adicional. En cuanto al texto preciso de la variante A, el Grupo de Trabajo decidió conservar las palabras "ni a ninguna otra promesa de pago" como referencia a la independencia de una contragarantía respecto de la otra garantía con la que estaba relacionada. Se estimó que dicha fórmula era preferible a las dos que figuraban entre corchetes al final de la variante A, que, en consecuencia, fueron suprimidas. Se decidió también suprimir las palabras "cuya realización o llegada corresponda al". Entre las sugerencias de redacción figuraron las siguientes: eliminar la referencia al ámbito operacional del garante o emisor; hacer referencia a un término "fundamental" y tratar de evitar el uso de la expresión "hecho o evento incierto" en un contexto relativo al ámbito de aplicación; y seguir el estilo de redacción de la variante B, utilizando los párrafos 1) y 2) a), cuyo contenido era paralelo al de la variante A. El Grupo de Trabajo sólo aceptó la última de esas sugerencias.

#### *Artículo 4. Internacionalidad de la carta de garantía*

34. Recordando la decisión adoptada en su 18.º período de sesiones (A/CN.9/372, párr. 70), el Grupo de Trabajo

estimó que los criterios objetivos establecidos en el artículo 4 para determinar la internacionalidad de una obligación eran generalmente aceptables. Se hizo la pregunta de si, con arreglo al proyecto actual, las partes conservaban la libertad de satisfacer el requisito de la internacionalidad sin más que calificar la obligación de internacional, mediante lo que se denominó una "disposición optativa". En respuesta, se recordó que, en su 18.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo había decidido que el proyecto de Convención contuviese una disposición optativa clara en el artículo 1 en vez de ampliar algo artificialmente el criterio de la internacionalidad (A/CN.9/372, párrs. 71 y 72).

35. Se expresó el deseo de que una parte de un Estado contratante no pudiese imponer la aplicación del proyecto de Convención a una parte de un Estado no contratante. Se sugirió que el proyecto de Convención debía aclarar que los "distintos Estados" mencionados en el artículo 4 debían ser todos Estados contratantes. En respuesta, se recordó que el Grupo de Trabajo había examinado la cuestión en su período de sesiones anterior en el contexto del examen del proyecto de artículo 1. Se decidió entonces que el proyecto de Convención se aplicase a las obligaciones que tuviesen su origen en un Estado contratante y cuando las normas de derecho internacional privado condujesen a la aplicación de la ley de un Estado contratante (A/CN.9/388, párrs. 98 a 100).

36. Por lo que se refiere al texto del artículo 4, se observó que la palabra "establecimiento" había sido sustituida por la palabra "lugar" como resultado de una decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su 18.º período de sesiones (A/CN.9/372, párr. 76). Sin embargo hubo acuerdo general en que la mera referencia al "lugar" de una parte determinada era insuficientemente clara y en que el texto debía utilizar en vez de ello el concepto de "establecimiento". En consecuencia, el Grupo de Trabajo decidió que el texto del artículo 4 contuviese disposiciones paralelas a los párrafos 2) a) y b) del proyecto de artículo 4 examinado por el Grupo de Trabajo en su 18.º período de sesiones (A/CN.9/372, párr. 67). El efecto de esas disposiciones sería determinar que, cuando la obligación indicase más de un establecimiento, el establecimiento pertinente sería el que tuviese una relación más estrecha con la obligación, y que, cuando la obligación no señalase el establecimiento de una parte determinada indicando sin embargo su residencia habitual, esa residencia debería tenerse en cuenta para determinar el carácter internacional de la obligación. Por lo que se refiere al uso de la palabra "persona" entre corchetes, se convino en general en que debía conservarse el término.

37. Por lo que se refiere a la referencia al establecimiento del notificador como posible criterio para la determinación del carácter internacional de la obligación, se estimó en general que, aunque podía desempeñar funciones importantes, un notificador actuaría típicamente como un agente sin que el desempeño de sus funciones pudiera considerarse como característico de la relación de garantía o de la carta de crédito contingente. En consecuencia, se decidió que la referencia al establecimiento del notificador debía suprimirse.

38. Después de deliberar, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparase un nuevo texto del artículo 4 que reflejase las decisiones anteriores.

## Capítulo II. Interpretación

### Artículo 5. Principios de interpretación

39. El Grupo de Trabajo estimó que el contenido del artículo 5 era aceptable en términos generales.

### Artículo 6. Reglas de interpretación y definiciones

40. Se expresó la opinión de que debía suprimirse en el título la mención de las reglas de interpretación. El Grupo de Trabajo tomó nota de esa observación y decidió que la formulación precisa del título se podría determinar mejor luego de elaborar una nueva versión del artículo 6.

#### Inciso a) ("carta de garantía")

41. Se recordó que, en el 20.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo había decidido sustituir la expresión "carta de garantía" en todo el texto de la Convención con la expresión "promesa de pago" (A/CN.9/388, párr. 97). Se señaló, además, que la aplicación de esa decisión podría incidir no sólo en el inciso a), sino también en otras disposiciones del artículo 6, así como también en otras disposiciones del proyecto de Convención. A ese respecto se mencionó el ejemplo del párrafo 1) del artículo 2, en el cual la redacción debería evitar sugerir que todas las promesas de pago eran independientes.

42. El Grupo de Trabajo volvió brevemente sobre su decisión de utilizar el término "promesa de pago" con motivo de un interrogante relativo a saber si el término era demasiado amplio. Se manifestó alguna preferencia residual por el uso del término "carta de garantía", en la tesis de que, aunque actualmente era desconocido, era más preciso y eventualmente sería aceptado en la práctica. Sin embargo, el Grupo de Trabajo decidió nuevamente optar por el término "promesa de pago", recordando las inquietudes formuladas anteriormente en cuanto a la expresión "carta de garantía", en particular que el término era desconocido en la práctica y podría dar lugar a confusión con el uso en la práctica de términos similares que describían las garantías accesorias.

43. Se expresó algún interés en la posibilidad de definir el término "promesa de pago", si bien el Grupo de Trabajo, en general, estimó que en los artículos 1 y 2 figuraba una descripción adecuada y debidamente ubicada. Una sugerencia de redacción de índole similar fue la de añadir la definición de "carta de crédito contingente", en particular para ayudar al legislador en las jurisdicciones en las cuales esos instrumentos no eran ampliamente conocidos u utilizados. Se señaló, con todo, que la definición de la carta de crédito contingente obligaría a definir o distinguir las garantías bancarias y posiblemente otras formas de promesas de pago y que anteriormente se había comprobado que no era viable llevar a feliz término ese proyecto en una forma que fuera generalmente aceptable.

#### Inciso b)

44. El Grupo de Trabajo decidió suprimir el inciso b), pues en general se estimó que era de por sí evidente que la referencia a la promesa de pago debía interpretar como referencia a la versión más reciente de la promesa de pago.

*Inciso d) ("carta de contragarantía")*

45. Se opinó que la definición que figuraba en el inciso *d)* no era clara y que bien podría no haber necesidad de conservarla. Se sugirió que podría dar a entender sin quererlo que las contragarantías eran siempre otorgadas por la parte ordenante de la garantía indirecta o de que siempre habría una contragarantía. Se observó que ése no era el resultado que se deseaba. Se hizo ver que la necesidad de utilizar esas "contrapromesas de pago" en el contexto de las cartas de crédito contingente era mínima debido al procedimiento de reembolso que figuraba en las RUU 500 y la existencia del procedimiento de confirmación.

46. También se formularon interrogantes en cuanto al significado de la referencia a "otra garantía o carta de crédito", que tenía por objeto indicar que la carta de contragarantía podría otorgarse en sustento de una carta de crédito comercial o de una promesa de pago de un tipo no comprendido en el proyecto de Convención, a saber, una garantía accesoria. Se expresó la opinión de que si se incluía esa redacción se restaría precisión al ámbito de aplicación del proyecto de Convención. En otra formulación podría sencillamente hablarse de "otra promesa de pago" que, sin embargo, tendría un alcance más restringido.

47. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara el inciso *d)* con la mira, dentro de lo posible, de atender las inquietudes que se habían manifestado.

*Inciso e) ("contragarante")*

48. Se sugirió la posibilidad de que el inciso *e)* pudiera ser uno de los casos en los cuales no resultara práctico dar efecto a la decisión general de emplear el término "garante o emisor". Se señaló que la idea de un "garante" de una carta de contragarantía llevaría a confusión y debía evitarse. Se sugirió, en cambio, que podría hacerse referencia a la parte o persona que había otorgado la carta de contragarantía. Se recordó que la decisión del Grupo de Trabajo respecto del empleo del término "garante o emisor" o "garante/emisor" se debía a la ausencia de un término familiar tanto en materia de garantías como de cartas de crédito contingente.

*Inciso f) ("confirmación")*

49. Se formuló el interrogante relativo a saber si el ámbito y efecto del inciso *f)* era claro en cuanto a las diversas cuestiones que podían plantearse en el contexto de la confirmación. Entre esas cuestiones se contaban la de saber cuándo, si procedía, la presentación de una reclamación de pago al confirmante liberaba al emisor de su promesa de pago; si había un orden en el cual el beneficiario debía ejercer su derecho de reclamar el pago al confirmante o al emisor; si podían aplicarse consideraciones distintas a la confirmación de la carta de crédito contingente por oposición a la carta de crédito comercial. En el examen de esos aspectos, el Grupo de Trabajo tomó nota de que la confirmación en la práctica había sido utilizada en la práctica de la carta de crédito contingente, pero con relativamente poca frecuencia en el contexto de las garantías.

50. Luego de examinar las observaciones señaladas *supra*, el Grupo de Trabajo afirmó que debía conservarse una

definición similar a la que figuraba en el inciso *f)*. Así se hizo en el entendimiento de que la disposición tenía por objeto reconocer que la confirmación establecía un derecho adicional en favor del beneficiario, esto es, el derecho a reclamar el pago al confirmante. Se estimó que la disposición debía aclarar que, en virtud del proyecto de Convención, la presentación al confirmante no extinguía el derecho a interponer una reclamación contra el emisor si el confirmante no cumplía su obligación. Quedó entendido que la disposición no se aplicaba a cuestiones que cabría dirimir en los términos de la promesa de pago, como las indicadas *supra*, en particular las relativas a saber si en la Convención debería establecerse una norma sobre el orden exigible de presentación de la reclamación al confirmante o al emisor.

51. El Grupo de Trabajo tomó nota de que posteriormente podría ocuparse de la cuestión relativa a saber si convenía incluir en el proyecto de Convención una disposición sobre la "confirmación tácita".

*Inciso g) ("confirmante")*

52. El Grupo de Trabajo estimó que en lo esencial el inciso *g)* era generalmente aceptable.

*Inciso h) ("documento")*

53. Aunque se cuestionó la necesidad de definir el "documento", el Grupo de Trabajo se pronunció en favor de conservar esa definición. Entre otras razones aducidas en sustento de esa decisión, se dijo que la disposición era útil para facilitar el empleo del intercambio electrónico de datos y de otras nuevas tecnologías de comunicaciones.

54. El Grupo de Trabajo examinó ampliamente la cuestión relativa a saber si debía mantenerse la referencia a la autenticación. A ese respecto, se manifestó la inquietud de que la mención de la autenticación podría dar lugar a una serie de problemas que, en realidad, no habían de dirimirse por imperio de las disposiciones de la Convención y que, en cambio, debían quedar librados a los términos de las promesas de pago y al derecho aplicable. Por ejemplo podría plantearse la cuestión de saber si el proyecto de Convención tenía por objeto legislar sobre las discrepancias o incongruencias entre los requisitos de autenticación conforme a los términos de la promesa de pago y conforme al derecho aplicable. Además, se sugirió que la mención de la autenticación bien podría perpetuar ideas que no estaban en consonancia con la evolución de la tecnología de la documentación. Se hizo ver también que toda definición que mencionara la autenticación de conformidad con el derecho aplicable impondría a quien verificara el documento una carga que rebasaría el ámbito de la verificación del documento, esto es, el tener que verificar la conformidad con el derecho aplicable. Se dijo que sería preferible evitar el problema a fin de no correr el riesgo de crear incertidumbre mediante la inclusión de un régimen limitado en la materia.

55. Si bien se reconoció que el inciso *h)* no tenía por objeto imponer un requisito de autenticación, sino sólo formular una "advertencia" acerca de la autenticación, el Grupo de Trabajo decidió, habida cuenta de las inquietudes que se habían manifestado, suprimir el texto que se refería a la autenticación.

56. En cuanto a la formulación precisa del inciso *h*), se sugirió que en lugar de la palabra "comunicación" se empleara la palabra "declaración", sugerencia que no fue aceptada.

*Inciso i) ("emisión")*

57. El Grupo de Trabajo decidió que en lo esencial el inciso *i*) era en general aceptable.

*Inciso j) ("eficacia")*

58. Se formularon interrogantes en cuanto a la necesidad de conservar la definición de "eficacia" de la promesa de pago, que se había añadido en virtud de una decisión anterior del Grupo de Trabajo. La reevaluación obedecía en parte a la percepción de que el proyecto de Convención ya no usaba la expresión "vinculante y eficaz" y también al hecho de que la cuestión había sido legislada adecuadamente en el artículo 10 *1 bis*). Aunque se expresó apoyo en favor de conservar el inciso *j*), que constituía un instrumento útil para distinguir las ideas de "eficacia" e "irrevocabilidad", el Grupo de Trabajo decidió suprimir el inciso en cuestión.

### Capítulo III. Validez de la carta de garantía

59. El Grupo de Trabajo convino en que el examen de las disposiciones sustantivas del proyecto de Convención consideraría qué disposiciones debían ser obligatorias y cuáles debían ser facultativas.

#### Artículo 7. Constitución de la carta de garantía

*Párrafo 1)*

60. Se opinó que debía considerarse el párrafo 1) como un elemento del ámbito de aplicación del proyecto de Convención que podría combinarse con el artículo 2 o ubicarse en algún otro lugar del capítulo I. Se declaró que ese tipo de cambio de redacción era necesario para dejar en claro que ciertas promesas (por ejemplo, una promesa oral) que no reunían los requisitos formales especificados en el párrafo 1) del artículo 7 no debían ser consideradas ilícitas o nulas en el marco del proyecto de Convención, sino simplemente quedar situadas fuera de su ámbito de aplicación. Se expresó apoyo en favor de la opinión de que el propósito del proyecto de Convención no consistía en invalidar ese tipo de promesas, que en ciertos sistemas jurídicos podían reconocerse con arreglo a otras normas jurídicas aplicables. Se dieron ejemplos de promesas orales independientes constituidas en el contexto de relaciones individuales de carácter mercantil o no mercantil, que podrían ser válidas con arreglo a las normas aplicables del derecho interno. Se respondió que en el proyecto de Convención se debía tratar de unificar los regímenes jurídicos aplicables a las promesas independientes. Al dejar fuera de su ámbito de aplicación las promesas simplemente orales, el proyecto de Convención perpetuaría o incluso crearía incertidumbre y podría dar lugar a difíciles conflictos de leyes. Se declaró que el efecto unificador del proyecto de Convención no debía ponerse en peligro sólo con el fin de reconocer el posible uso de las promesas simplemente orales entre

particulares en un contexto internacional, situación que se describió como marginal en la práctica. Además, se recordó que en el 14.º período de sesiones del Grupo de Trabajo se había planteado la misma cuestión en una propuesta en el sentido de que no se estableciera en el proyecto de Convención ningún requisito de forma o que excluyera a las promesas simplemente orales de su ámbito de aplicación. En ese período de sesiones el Grupo de Trabajo no había aceptado esa propuesta por cuanto las promesas simplemente orales creaban incertidumbre y no se ajustaban a la buena práctica bancaria (A/CN.9/342, párr. 58).

61. Tras el debate el Grupo de Trabajo confirmó su posición de que el párrafo 1) era en general aceptable en cuanto al fondo.

*Párrafo 2)*

62. Se expresó la preocupación de que la referencia que se hacía en el mismo párrafo a los dos conceptos de validez e irrevocabilidad podrían dar lugar a dificultades en la interpretación del proyecto de Convención. Por ejemplo, se sugirió que, en el caso de que en una promesa se estipulara que entrara en vigor en un momento diferente del momento de su emisión, podría malinterpretarse el texto del párrafo 2) en el sentido de implicar que una promesa de ese tipo no era irrevocable hasta el momento de ser válida. Se respondió que los conceptos de irrevocabilidad y validez no estaban vinculados. Si bien el concepto de validez operaba como una condición para exigir el pago, el carácter irrevocable o revocable de la promesa debía determinarse en el momento de su emisión. Hubo acuerdo en general que una promesa debía ser revocable o irrevocable en el momento de su emisión. Se hicieron sugerencias de redacción para aclarar el asunto en forma indudable indicando que una promesa era irrevocable a menos que al emitirse se estipulara que sería revocable, y que esa promesa sería válida en ese momento, a condición de que no se estipulara un momento diferente para su validez. Se pidió a la Secretaría que tomara en cuenta esas sugerencias al preparar el siguiente proyecto de artículo 7.

63. Se planteó la cuestión de si una promesa podía ser válida con arreglo al proyecto de Convención independientemente del hecho de que el beneficiario pudiera rechazar el beneficio de la promesa. Se respondió haciendo referencia al inciso *a*) del párrafo 1) del artículo 10 y a la cuestión conexa y más general de si había de hecho un acuerdo bilateral entre el garante o emisor y el beneficiario o si la promesa constituía esencialmente una obligación constituida unilateralmente. Se recordó que ese asunto se había debatido anteriormente (A/CN.9/316, párr. 120; A/CN.9/330, párrs. 16 y 107; y A/CN.372, párr. 115) y que el Grupo de Trabajo había decidido no referirse a él en el proyecto de Convención en vista de su carácter controvertido y dados los diferentes tipos de instrumentos en cuestión.

#### Artículo 8. Enmiendas

*Párrafo 1)*

64. Se expresaron opiniones divergentes respecto del requisito formal establecido en el párrafo 1). Una opinión,

que contó con cierto grado de apoyo, fue que, cualquiera que fuera el requisito de forma que se estableciera, debía ser el mismo respecto de la enmienda de una promesa y de la constitución de la promesa misma. De esta manera, el párrafo 1) del artículo 8 debía ser paralelo al párrafo 1) del artículo 7. En apoyo de esa opinión se recordó que, entre las posibles razones para requerir que la enmienda se constituyera en la forma en que se había constituido la promesa correspondiente, podía hallarse la consideración de que la enmienda modificaba en parte esa promesa. Según una opinión contraria debía mantenerse el párrafo 1). Se recordó que en el Grupo de Trabajo se había examinado ese mismo asunto en su 16.º período de sesiones y que se había llegado al acuerdo de que imponer el mismo requisito formal respecto de una enmienda que de la constitución de la promesa sería demasiado restrictivo en la práctica (A/CN.9/358, párr. 89). El Grupo de Trabajo había confirmado su acuerdo en su 18.º período de sesiones (A/CN.9/372, párr. 119) y se sugirió que no se reabriera el debate en la etapa actual.

65. Respecto de la diferencia en cuanto al fondo de los requisitos formales que figuraban en los párrafos 1) de los artículos 7 y 8, se preguntó si correspondería que en el proyecto de Convención se autorizara que se hiciera una enmienda en una forma que no dejara constancia del texto de la enmienda (es decir, en forma simplemente oral). Se observó que el texto actual permitiría una enmienda simplemente oral en los casos en que esa forma hubiera sido objeto de acuerdo entre el garante o emisor y el beneficiario. La opinión predominante fue que, si bien un acuerdo de ese tipo podría existir rara vez en la práctica, el proyecto de Convención no debía limitar la autonomía de las partes a ese respecto. Sin embargo, se convino en que la forma concreta de las enmiendas previstas por las partes debía estipularse en la promesa misma.

66. Como cuestión de redacción se opinó, que en el contexto del párrafo 1), debía dejarse en claro que el proyecto de Convención preveía las posibles enmiendas sólo como excepciones. Se sugirió así que tal vez sería conveniente utilizar términos más restrictivos, mediante el uso de una formulación negativa, en el sentido de que una promesa no podía ser enmendada sino en la forma específicamente estipulada en la promesa o, a falta de esa estipulación, en una de las formas indicadas en el párrafo 1) del artículo 7.

67. Tras el debate el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada del párrafo 1) en que se reflejaran las decisiones anteriormente señaladas.

#### *Párrafo 2)*

68. Se observó al comienzo que las dos variantes, A y B, disponían que, salvo respecto de las enmiendas que consistían únicamente en la prórroga del período de validez, se necesitaba el consentimiento del beneficiario para que una enmienda fuera válida, pero que las dos variantes diferían en cuanto al momento en que una enmienda era válida. Se expresó preferencia en general por la variante B.

69. En lo que respecta a las palabras entre corchetes "o que consista únicamente en una prórroga del período de validez de la carta de garantía", hubo acuerdo en general en

mantener la redacción en esos términos ya que una enmienda de ese tipo con frecuencia era resultado de una solicitud del beneficiario y, en todo caso, favorecía al beneficiario, de manera que no era necesario exigir el consentimiento.

70. Como cuestión de redacción, se estimó en general que las palabras iniciales ("a menos que el garante o emisor y el beneficiario hayan acordado otra cosa") debían reconsiderarse con miras a dejar claro que el acuerdo podía incorporarse en el texto de la promesa o de otra manera. El Grupo de Trabajo decidió además que, respecto de la situación en que el acuerdo de las partes se incorporara en el texto de la promesa, el concepto de "acuerdo" debía reemplazarse por una redacción más neutral, como "estipulación", a fin de que el proyecto de Convención se mantuviera neutral en cuanto a si la promesa debía considerarse un acuerdo bilateral o una obligación constituida unilateralmente (véase el párrafo 63 *supra*).

#### *Párrafo 3)*

71. El Grupo de Trabajo consideró que el fondo del párrafo 3) era en general aceptable. Se decidió conservar la referencia a los derechos y obligaciones de una parte ordenante.

#### *Artículo 9. Transferencia del derecho del beneficiario a reclamar el pago*

#### *Párrafo 1)*

72. Se expresó la opinión de que el ámbito del proyecto de Convención haría que resultara aplicable a instrumentos que en algunos sistemas jurídicos se consideraban transferibles sin una autorización específica en la promesa, y que la aplicación de la norma del párrafo 1) a esos instrumentos sería, por lo tanto, problemática. Se respondió que el proyecto de Convención tenía por objeto sólo aplicarse a la limitada variedad de promesas señaladas en los artículos 1 y 2. Se observó además que el proyecto de Convención no se ocupaba de la transferencia con arreglo al derecho de sucesión (por ejemplo, como consecuencia de la muerte del beneficiario), un tipo de cuestión del que no se ocupaban tampoco otros textos jurídicos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Se entendió además que la disposición del párrafo 1) no sería obstáculo para un acuerdo posterior en cuya virtud una promesa no transferible pasara a ser transferible, lo que se haría con arreglo al procedimiento de enmienda previsto en el párrafo 2) del artículo 8.

#### *Párrafo 2)*

73. Se observó que la formulación actual del párrafo 2) reflejaba la decisión del Grupo de Trabajo de optar por una norma que requiriera que, para que una promesa transferible fuera efectivamente transferida a una persona determinada, debía obtenerse el consentimiento específico respecto de la transferencia del garante o emisor. Se dudó de la utilidad y la imparcialidad de una norma de ese tipo desde el punto de vista de que una promesa designada como transferible debía ser simplemente transferible, sin necesidad del consentimiento del garante o emisor a la solicitud específica de transferencia. Se dudó además de que

la solución del párrafo 2), basada en una norma semejante de las RUU, fuera aplicable a los instrumentos que no correspondieran a las RUU.

74. Sin embargo, predominó la opinión de que el criterio del párrafo 2) debía conservarse. Se destacó en particular lo complejo de la situación de transferencia, en que la norma haría más probable que se prestara atención a cuestiones como velar por que los requisitos de documentación fueran consecuentes en toda la cadena; velar por que se tomaran debidamente en cuenta las enmiendas; y tener en cuenta los plazos. Se estimó que el procedimiento del consentimiento específico protegería no sólo al emisor que hubiera adoptado la medida probablemente inconveniente de emitir una promesa transferible sin estipular el procedimiento de transferencia, sino también a las demás partes en la transacción y al principal o solicitante. El Grupo de Trabajo decidió eliminar además las comillas antes y después de la palabra "transferible" y suprimir las palabras "o contenga palabras de alcance similar", pero decidió conservar las palabras "o de otra persona autorizada".

#### *Artículo 9 bis. Cesión de la suma pagadera*

75. Se planteó la cuestión de si no sería más conveniente dejar que el procedimiento descrito en el párrafo 2) se rigiera por el derecho general de la asignación de reclamaciones. Otra sugerencia consistió en mantener la disposición, pero alterar el título de manera que dijera "cesión del derecho a reclamar el pago". La opinión del Grupo de Trabajo, sin embargo, fue que el artículo 9 bis era aceptable en su forma actual. La disposición sólo tenía por objeto ocuparse del derecho del beneficiario a dar instrucciones específicas de pago al garante o emisor respecto del producto de la reclamación de pago del beneficiario y con el efecto liberador de todo pago con arreglo a esas instrucciones; no se ocupaba por otra parte del derecho de la cesión de reclamaciones, o de ninguna reclamación en cuanto tal, o de cuestiones como la validez de la promesa o los derechos de los acreedores del beneficiario. El Grupo de Trabajo observó que la referencia a la autonomía de las partes debía seguir el modelo del texto en que se había convenido a ese respecto para el párrafo 2) del artículo 8.

#### *Artículo 10. Fin de la validez de una carta de garantía*

##### *Párrafo 1)*

##### *Incisos a) y b)*

76. Se expresó la opinión de que el inciso b) era redundante cuando se leía en conjunción con el inciso a), dado que el acuerdo entre el garante y el beneficiario en cuanto a la extinción de la promesa de pago con arreglo al inciso b) equivaldría a una renuncia de sus derechos por parte del beneficiario, situación ya prevista en el inciso a). Se expresó también la opinión de que el inciso b) era redundante en vista del artículo 8, en virtud del cual se permitirían los acuerdos de esa índole. Aunque la idea de eliminar el inciso b) recibió algún apoyo, la opinión predominante fue que los incisos a) y b) podrían cubrir situaciones algo diferentes, dado que la liberación de responsabilidad con arreglo a la promesa de pago y el acuerdo

relativo al fin de la validez de la promesa de pago eran conceptualmente distintos.

77. Tras algunas deliberaciones, el Grupo de Trabajo convino en que el fondo de los incisos a) y b) era en general aceptable. En lo que respecta a las palabras entre corchetes en el inciso b), se consideró en general que debía conservarse una referencia a los requisitos de forma del párrafo 1) del artículo 7 a fin de evitar un acuerdo puramente oral con respecto al fin de la validez de la promesa de pago.

##### *Incisos c) y d)*

78. Se expresaron opiniones divergentes con respecto a las palabras "a menos de haberse previsto en la carta de garantía su renovación automática o un aumento automático de la suma reclamable o algún otro modo de prolongar su validez" al final del inciso c). Según una opinión, que no recibió apoyo, debía incluirse una frase similar al final del inciso d). La opinión contraria era que debían eliminarse esas palabras del inciso c). En apoyo de esto se dijo que cuando se hubiera pagado en su totalidad la suma prometida, la promesa de pago dejaba de ser efectiva. Sería innecesario hacer referencia a la renovación automática porque en ese caso se debía considerar que todavía no se había pagado la suma total. Sin embargo, la opinión mayoritaria fue que debía conservarse la frase para tener en cuenta las necesidades de algunos instrumentos de carácter rotatorio, en que podría preverse la renovación automática inmediatamente después del pago o después de transcurrido un plazo estipulado. Se recordó que en el 16.º período de sesiones (A/CN.9/358, párr. 129) se habían hecho varias sugerencias tendientes a la inclusión de una referencia al hecho de que la promesa de pago no se había renovado o no era renovable, o de alguna otra expresión concreta para cubrir los casos de terminación de la promesa en circunstancias especiales, como los créditos rotatorios.

79. Después de algunas deliberaciones, el Grupo de Trabajo decidió conservar el fondo de los incisos c) y d).

##### *Párrafo 1 bis)*

80. Se expresó el parecer de que en el texto del párrafo debía indicarse más claramente que la referencia a "otros derechos u obligaciones del beneficiario" era una referencia a los derechos y obligaciones del beneficiario en virtud de la promesa de pago, por oposición a los derechos y obligaciones que podría tener el beneficiario con arreglo a la transacción comercial subyacente. A este respecto, se planteó la cuestión de cuáles serían los derechos y obligaciones que podría tener el beneficiario después de que la promesa hubiera cesado de ser válida. Algunos ejemplos de esos derechos y obligaciones que se mencionaron a este respecto eran: el derecho a entablar juicio o a iniciar procedimientos arbitrales; el derecho a reclamar el pago del emisor de la promesa después de la expiración del período de validez en los casos en que se hubiera rechazado una demanda de pago debidamente planteada al confirmante de la obligación; la posible obligación de pagar las tarifas bancarias cuando el beneficiario hubiera convenido en ello en la promesa de pago; y, en general, cualesquiera derechos u obligaciones del beneficiario que pudieran surgir después de la expiración de la obligación.

81. Tras algunas deliberaciones, el Grupo de Trabajo encontró en general aceptable el fondo del párrafo. En lo que respecta a la redacción, se convino en que debería hacerse referencia al momento en que "surgen" los derechos y obligaciones del beneficiario.

#### *Párrafo 2)*

82. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí dos variantes del párrafo 2), relativo a las posibles consecuencias legales de la conservación o la devolución por el beneficiario del instrumento en que hubiera sido incorporada la promesa de pago. Con arreglo a la variante A, el párrafo 1) se aplicaría con independencia de que cualquier instrumento en que hubiera sido incorporada la promesa se devolviera al garante o al emisor. La retención de ese documento por el beneficiario no preservaría los derechos del beneficiario con arreglo a la promesa, a menos que las partes convinieran en que la obligación no perdería su validez en tanto que no se devolviera el documento en que hubiera sido incorporada. En la variante B se establecía que, como norma general, la falta de devolución de la promesa de pago no tendría ningún efecto. Se reconocía, al mismo tiempo, que las partes podrían convenir en que se requeriría la devolución del documento, por sí misma o conjuntamente con uno de los hechos a que se hace referencia en los incisos a) y b) del párrafo 1), para poner fin a la obligación. Sin embargo, ninguno de esos acuerdos tendría validez después de la expiración del plazo de validez o, si no se hubiera estipulado un plazo, después del plazo previsto en el inciso c) del artículo 11.

83. Recibió considerable apoyo la propuesta de retener la variante A, con la supresión de la disposición relativa a la autonomía de las partes ("a menos que ésta (la carta de garantía) estipule, o el garante o emisor y el beneficiario convengan en otra parte, que no perderá su validez en tanto que no se devuelva el documento en que haya sido incorporada"). Se dijo que una cláusula de esa índole no reflejaría una práctica recomendable y que en ese caso no había función alguna para la autonomía de las partes. Sin embargo, se expresó la opinión contraria de que se necesitaba una disposición sobre la autonomía de las partes para hacer la norma no obligatoria y tener así debidamente en cuenta el hecho de que, en la práctica, seguirían emitiéndose cartas de garantías con cláusulas en que se vinculara el fin de la validez a la devolución del documento en los países que imponían una obligación de devolución.

84. Se convino en general en que la retención del documento que contenía la obligación no debería preservar ningún derecho del beneficiario con arreglo a la promesa de pago en el caso de que se hubiera pagado la suma debida en su totalidad o, en todo caso, después de la expiración del plazo de validez de la promesa de pago definido en el artículo 11. Se decidió que debería incluirse en el proyecto de Convención una disposición obligatoria para reflejar el entendimiento del Grupo de Trabajo. Se sugirió que el párrafo 2) se limitara a establecer esa norma obligatoria.

85. Sin embargo, el Grupo de Trabajo pasó a considerar entonces la medida en que la devolución del documento antes del fin de la validez de la promesa de pago podría

tener importancia jurídica. Se expresó la opinión de que en ningún caso la devolución del documento debería tener un efecto de ese tipo. Se sugirió una vez más que se conservara el texto de la variante A, sin la disposición relativa a la autonomía de las partes, y que en el proyecto de Convención no se previera ninguna excepción a esa norma. Con respecto a una sugerencia en el sentido de que la liberación de responsabilidad con arreglo al inciso a) del párrafo 1) pudiera efectuarse mediante la devolución del documento al garante o al emisor, se dijo que no debía hacerse ninguna excepción a la norma de que la liberación de la responsabilidad debía hacerse en la forma indicada en el párrafo 1) del artículo 7. En apoyo de este parecer, se dijo que podría ser difícil determinar qué constituya un procedimiento funcionalmente equivalente a la devolución del documento en el caso de la emisión de la promesa de pago en forma documental. Se dijo también que la devolución del documento por sí misma no debía equipararse a la liberación de responsabilidad, dado que el documento en que estaba incorporada la promesa de pago era simplemente una forma de demostrar la obligación, que era por su naturaleza intangible.

86. Sin embargo, la opinión prevaleciente fue que debía permitirse a las partes que estipularan en la promesa de pago o convinieran de otra manera en que una promesa de pago en que se estipulaba una fecha de vencimiento podría dejar de ser válida antes de esa fecha si el beneficiario liberaba de su responsabilidad al garante o al emisor mediante la devolución del documento, por sí misma o en conjunción con uno de los hechos mencionados en los incisos a) o b) del párrafo 1). Se dijo que si se conservaba la variante A sin ninguna excepción, la devolución del documento que contenía la promesa no podría constituir nunca uno de los hechos mencionados en el inciso a) o el inciso b) del párrafo 1). Se convino en general en que esa consecuencia sería excesiva, dado que no parecía haber ninguna razón por la cual no debería permitirse que la devolución del documento fuera uno de los casos posibles de finalización de la validez con arreglo al artículo 11.

87. Al terminar el debate, el Grupo de Trabajo convino en que el párrafo 2) debía dejar a las partes en libertad de convenir de que sería necesaria la devolución del documento en que estaba incorporada la promesa de pago al garante o al emisor, por sí sola o en conjunción con uno de los hechos mencionados en los incisos a) y b) del párrafo 1) para poner fin a la validez de la promesa de pago. Se convino también en que ese acuerdo no tendría efecto después del pago o después del fin del plazo de validez de la promesa de pago. El Grupo de Trabajo determinó que el fondo de la variante B era en general coherente con esa decisión, aunque por razones de claridad bien podría ser necesario mejorar la redacción.

88. Como cuestión de redacción, se consideró en general que las últimas palabras de la variante B ("toda estipulación o acuerdo en ese sentido será ineficaz más allá del plazo de validez de la carta de garantía de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11") debía reemplazarse por una versión inspirada en la variante A, aproximadamente como sigue: "la retención por el beneficiario de cualquiera de esos documentos después del fin de la validez de la promesa de pago no preservará ningún derecho del beneficiario

con arreglo a la promesa de pago". Se consideró también que el texto debía contener una referencia al hecho de que la retención de los documentos después de que se hubiera pagado en su totalidad la suma debida no debería tener ningún efecto jurídico.

89. Después de algunas deliberaciones, se pidió a la Secretaría que preparara un proyecto revisado del párrafo 2) en que se reflejaran las decisiones mencionadas.

### Artículo 11. Expiración

#### Inciso a)

90. El Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que el inciso a) era en general aceptable en cuanto al fondo.

#### Inciso b)

91. Se expresó la opinión de que, por cuanto el Grupo de Trabajo había decidido no disponer la conversión de las condiciones no documentarias en condiciones documentarias con arreglo al artículo 3, en el artículo 11 no debía incluirse un mecanismo de conversión de ese tipo. Se sugirió así que debían suprimirse las palabras con que concluía el inciso b) ("o, de no haberse señalado un documento al efecto, cuando reciba la certificación del beneficiario de que el acontecimiento se ha producido"). No obstante, predominó la opinión de que debía conservarse el mecanismo de conversión. Se estimó en general que una disposición de ese tipo no discordaba con el artículo 3, que se refería a las condiciones en que podía hacerse el pago, en tanto que la disposición del inciso b) se ocupaba sólo del plazo de expiración de la promesa de pago.

92. Se expresó la preocupación de que, al disponer que la confirmación no documentaria de un evento se convirtiera en "certificación del beneficiario de que el acontecimiento se ha producido", el inciso b) podría generar una situación en que la expiración dependería exclusivamente de una acción del beneficiario, con lo que se reconocerían las promesas perpetuas en los casos en que el beneficiario optara por no emitir la certificación requerida. Se señaló que, si el inciso b) daba como resultado el reconocimiento de promesas perpetuas, debería excluirse del alcance de ese inciso las cartas de crédito contingente. Como respuesta se observó que no se creaba ningún riesgo de promesas posiblemente perpetuas por cuanto ambas variantes del inciso c) establecían un período máximo de validez que sería aplicable en los casos en que no se hubiera demostrado la llegada de un evento determinante de la expiración con arreglo a lo estipulado mediante la presentación de la certificación requerida. Con respecto a las cartas de crédito contingente, se observó que se tenía el propósito de excluir tales instrumentos del ámbito de la variante B del inciso c), que se ocupaba de los casos en que la promesa contuviera una estipulación expresa de validez indefinida. Se observó además que esos instrumentos, en la mayoría de los casos, estarían sujetos al artículo 42 de las RUU 500, en el que se había estipulado una fecha de expiración.

93. Tras el debate el Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que el inciso b) era en general aceptable en

cuanto al fondo, a reserva de la decisión que se debía adoptar respecto del inciso c).

#### Inciso c)

94. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí dos variantes del inciso c), que diferían en cuanto a la forma en que trataban la cuestión de las promesas de duración indefinida. Ambas variantes disponían un período máximo de validez de cinco años y se referían a la posibilidad de cesación de la validez mediante la presentación de un documento relativo a la llegada del evento determinante de la expiración. Sin embargo, la variante B contenía una excepción del límite de cinco años respecto de las garantías pagaderas a su reclamación que contuvieran una estipulación expresa de validez indefinida. Según la variante A, las partes podrían fijar un plazo mayor o menor que el de cinco años, pero no se preveía una promesa indefinida de ese tipo.

95. Se expresó nuevamente la opinión de que la referencia a un evento determinante de la expiración, que figuraba en ambas variantes, sería desconocido en la práctica de la carta de crédito contingente y, por lo tanto, provocaría incertidumbre. No obstante, el Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que ese aspecto del inciso c) era aceptable, observando que la disposición se refería a la presentación de un documento relativo a la llegada del evento determinante de la expiración y a un plazo relativo a la revelación del emisor. Hubo además acuerdo en general en que el proyecto de Convención no debía tratar las relaciones entre el límite de cinco años y las normas internas relativas a los plazos de prescripción de la presentación de reclamaciones. Como en el pasado, el Grupo de Trabajo fue de opinión que el asunto escapaba del ámbito del proyecto de Convención, en particular dadas las diferencias existentes en el plano interno en cuanto al efecto y las normas operacionales de los plazos de prescripción.

96. Se plantearon consideraciones conflictivas respecto de las dos variantes del inciso c). Se apoyó la variante B por cuanto, al prever las promesas de duración indefinida, se reflejaban las necesidades del mercado. Se aludió al hecho de que en algunos países el derecho o la práctica exigían ese tipo de promesas, aunque se dudó de la medida en que esas exigencias estuvieran todavía consagradas en el derecho o fueran sólo una cuestión de práctica. Se expresó la preocupación de que, sin el reconocimiento de la autonomía de las partes que figuraba en la variante B, se menoscabaría el carácter aceptable de la Convención, en particular en la medida en que los garantes de Estados signatarios de la Convención podrían tener pérdidas como resultado de la incapacidad para emitir garantías indefinidas.

97. No obstante, prevaleció la opinión de que era preferible el criterio de la variante A. En apoyo de esa preferencia se señaló que el concepto de indefinición plantearía dificultades en sistemas jurídicos que consideraban que las promesas indefinidas o perpetuas estaban sujetas a la disolución unilateral. Otra ventaja de la variante A era que no planteaba la necesidad de diferenciar entre garantías independientes y cartas de crédito contingente. Se estimó además que en la variante A se permitía en medida suficiente

la autonomía de las partes y se consideraban las necesidades del mercado, ya que las partes podrían usar técnicas como la fijación de plazos de expiración distantes o disposiciones de renovación automática para lograr los objetivos de indefinición sin la incertidumbre propia de la mera indefinición.

98. En cuanto al texto de la variante A, se observó que la parte introductoria no tenía por objeto sugerir que podía estipularse el carácter indefinido de la promesa. Se sugirió que la oración inicial de la variante B era más clara y que podría usarse en lugar de aquella. Se sugirió también que tal vez sería preferible usar la expresión "terminación" para referirse a la cesación de la validez de la promesa antes de la fecha de expiración. Se respondió a esta última sugerencia diciendo que la expresión "cesación de la validez" tenía por objeto abarcar "la terminación".

99. A continuación el Grupo de Trabajo se ocupó de la cuestión del momento en que debería empezar a contarse el plazo de cinco años previsto en la variante A. La preferencia general, desde el punto de vista de la claridad y la previsibilidad, fue que debía iniciarse con la emisión de la promesa. Sin embargo, se expresó la opinión de que el momento correspondiente debía ser el inicio de la validez de la promesa, ya que, de otra manera, el beneficiario no contaría con el plazo completo de cinco años cuando se estipulara en la promesa una fecha de validez posterior. Se sugirió incluso que debía prorrogarse el plazo a 10 años, ya que podría considerarse derogatorio de las normas relativas a los plazos de prescripción del derecho interno. En respuesta a esas preocupaciones, el Grupo de Trabajo decidió agregar un año más a los cinco años ya previstos. Se observó que con ello se tomaría en cuenta el hecho de que, como se demostraba en la práctica, la gran mayoría de las promesas, si no eran válidas en el momento de su emisión, lo serían dentro de un año de la fecha de haberse emitido.

100. Durante el debate del inciso c) se expresó la opinión de que debía considerarse la posibilidad de tratar en el proyecto de Convención el efecto de los embargos sobre la expiración de la promesa, un problema que, según se dijo, surgía y planteaba dificultades en la práctica. Se sugirió que se considerara el asunto sobre la base de un estudio preparado por la Secretaría o de proyectos de disposición en el período de sesiones siguiente. En esos proyectos de disposición se podría disponer la suspensión del plazo de prescripción en circunstancias que escaparan al control del beneficiario que impidieran la presentación de una reclamación de pago, sólo durante el período que durara la incapacidad. Ese tipo de orientación no contó con apoyo suficiente. Además, predominó la opinión de que tanto la cuestión de los embargos como las diversas cuestiones conexas, incluidas las cuestiones de restricción del comercio en general, escapaban del ámbito del proyecto de Convención o, por lo menos, no se debían tratar en él y, por lo tanto, no merecían que se usaran los exiguos recursos de la Secretaría en el presente foro. Se observó además que otros textos jurídicos de la CNUDMI no se referían a ese tipo de materias y se estimó que sería mejor adoptar cualquier tipo de decisión en tal sentido tras el examen del asunto por la Comisión.

## Capítulo IV. Derechos, obligaciones y excepciones

### Artículo 12. *La determinación de los derechos y obligaciones*

#### *Párrafo 1)*

101. El Grupo de Trabajo consideró que en lo esencial el párrafo 1) era en general aceptable. Se convino en conservar la palabra "explícita" para que quedara entendido que el párrafo preveía que las partes hicieran una remisión a usos explícitos y no sencillamente una remisión general a los usos.

#### *Párrafo 2)*

102. Se opinó que el proyecto de Convención debía reconocer sólo los usos expresamente estipulados por las partes, en lugar de prever también la posibilidad de aplicar usos a los que las partes no hubieran hecho remisión. A ese respecto, se preguntó si el párrafo 2) era concordante con el párrafo 1), en particular en vista de que en el párrafo 1) se había aceptado que las partes hicieran remisión "explícita" a los usos (párrafo 1) *supra*). En respuesta se dijo que no había incongruencia entre ambos párrafos, que atendían a propósitos distintos: el párrafo 1) preveía que las partes hicieran remisión a los usos en la promesa de pago; por su parte, el párrafo 2) estatuye una norma tácita para interpretar los términos y condiciones de una promesa de pago en los casos en los cuales se plantearan cuestiones que no estuvieran previstas en la promesa de pago misma o en las disposiciones del proyecto de Convención.

103. Se señaló, también, que el texto del párrafo 2) debía combinarse con lo dispuesto en el artículo 5, ya que ambas normas se referían a la interpretación del proyecto de Convención. En general, con todo, se estimó que el párrafo 2) no tenía por objeto solamente estatuir una norma de interpretación del proyecto de Convención, sino que establecía una norma para interpretar derechos y obligaciones específicos en una promesa de pago determinada.

104. Tras una deliberación, el Grupo de Trabajo consideró que en lo esencial el párrafo 2) era aceptable en general, a reserva de posibles mejoras de redacción para indicar con más claridad el propósito al que atendía la disposición.

### Artículo 13. *Responsabilidad del garante o emisor*

#### *Párrafo 1)*

105. Respecto de las palabras entre corchetes ("fundadas en la carta de garantía y en la presente Convención"), se dijo en general que esa redacción era indispensable para dejar aclarado que, conforme al proyecto de Convención, el ámbito de la referencia a la buena fe y a la debida diligencia se restringía a las obligaciones del emisor en virtud de la promesa de pago. Esas obligaciones no comprendían las obligaciones que el emisor podría tener en relación con sus clientes fuera del ámbito de la promesa de pago.

106. Se expresaron diversas opiniones e inquietudes respecto del empleo de las palabras "determinada teniendo debidamente en cuenta la buena práctica en materia de

garantías o cartas de crédito contingente". Una de las preocupaciones que se señalaron era que la referencia a la "buena" práctica parecía establecer un criterio subjetivo, que podría producir incertidumbre en cuanto a qué se entendía por "buena" práctica. Además, se hizo ver que, al menos en ciertas jurisdicciones, la remisión a la "buena" práctica podía tener el resultado no querido de que la determinación de las normas aplicables se considerara una cuestión de hecho librada al arbitrio de un jurado. Por ende, se sugirió que se reemplazaran esas palabras por la mención de "las normas aplicables de la práctica" o por las palabras "las normas y usos internacionales de aceptación general en la práctica de las garantías o de las cartas de crédito contingente", en la inteligencia de que esa redacción, además de constituir un criterio que era más fácil determinar, estaría en concordancia con el párrafo 2) del artículo 12. En apoyo de la redacción sugerida se señaló que, con respecto a las garantías independientes y a las cartas de crédito contingente, esa práctica ordinaria, en gran medida, estaba contenida en las RUU 500 y en las RUG, que se podían considerar como "buena" práctica.

107. En respuesta se dijo que con la remisión a la "buena" práctica se había querido que el párrafo 1) mentara no solamente las normas vigentes o a la práctica de aceptación general, sino también una norma más elevada, estableciendo un criterio normativo que permitiera distinguir entre normas, esto es, entre las que constituían la "buena" práctica y las que no constituían esa práctica. En consecuencia, se opinó en favor de que se conservara la remisión a la "buena" práctica. La opinión que prevaleció, sin embargo, fue que las palabras "buena práctica" se podían sustituir por una remisión a la práctica "de aceptación general". Se recordó que el elemento principal del párrafo 1) eran la "buena fe" y la "debida diligencia", que no habían de determinarse sólo por remisión a la "buena" práctica o a la práctica "de aceptación general", sino también por remisión a las circunstancias generales del caso. En consecuencia, se acordó que, incluso después de suprimir la remisión a la "buena" práctica, la norma de la buena fe y de la debida diligencia debía constituir una norma más elevada que la mera remisión a la práctica de aceptación general.

108. Otra preocupación que se manifestó fue que las remisiones a la práctica que figuraban en el párrafo 1) del artículo 13 y en el artículo 16 se expresaran con una redacción distinta. Aunque se opinó que se debía utilizar igual redacción en ambos artículos, se recordó que el Grupo de Trabajo, en su 19.º período de sesiones, había resuelto que era útil distinguir entre las normas aplicables a dos fases discretas del examen del documento: por un lado, la norma de la buena fe y la debida diligencia con que debía obrar el emisor al examinar la reclamación, esto es, al verificar si había o no discrepancias, y, por el otro, el criterio que debía seguirse para determinar la ponderación o significación atribuible a ciertas discrepancias de menor importancia que pudieran observarse, esto es, la determinación de si las discrepancias debían dar lugar al rechazo de la reclamación (A/CN.9/374, párr. 95). Se hizo ver que ese proceder estaba en consonancia con la práctica y se había incorporado en el artículo 13 de las RUU 500.

109. Desde el punto de vista de la redacción, se sugirió que se agregara el calificativo "independientes" después de

las palabras "práctica en materia de garantías", para evitar que se interpretara erróneamente que el proyecto de Convención se refería también a promesas de garantía de naturaleza accesoria. Se convino también en que debía hacerse referencia al carácter "internacional" de las prácticas contempladas en el párrafo 1).

110. Tras una deliberación, el Grupo de Trabajo decidió sustituir las palabras "determinadas teniendo debidamente en cuenta la buena práctica en materia de garantías o cartas de crédito contingente" por las palabras "teniendo debidamente en cuenta las normas de aceptación general en la práctica internacional de las garantías independientes o de las cartas de crédito contingente".

#### *Párrafo 2)*

111. El Grupo de Trabajo consideró que en lo esencial el párrafo 2) era en general aceptable.

### *Artículo 14. Reclamación*

#### *Primera oración*

112. El Grupo de Trabajo consideró que en lo esencial la primera oración era en general aceptable.

#### *Segunda oración*

113. Se propuso que, si en la promesa no se estipulaba el lugar en que debía correr el plazo de validez de la promesa, el proyecto de Convención debía establecer que la reclamación de pago o cualquier otro documento requerido por la promesa habría sido válidamente presentado si era despachado por el beneficiario dentro del plazo de validez (calculado en el asiento de los negocios del beneficiario), con prescindencia de que hubiera o no llegado al garante o emisor antes o después del vencimiento (calculado en el lugar de otorgamiento de la promesa). No se expresó apoyo a esa propuesta. Se convino, en general, en que debía interpretarse que la disposición de que los documentos debían presentarse al garante o emisor en el lugar en el cual se había emitido la carta de garantía significaba que los documentos debían ser recibidos por el garante o emisor dentro del plazo de validez, plazo que debía calcularse en el lugar en el cual se hubiera otorgado la promesa.

114. En relación con los casos específicos en los cuales la promesa estipulara que el pago debía ser efectuado por un banco distinto del garante o del emisor, se convino en general en que debía interpretarse que esa estipulación significaba también que en la promesa se había estipulado otro lugar.

115. Tras una deliberación, el Grupo de Trabajo comprobó que en lo esencial la oración era en general aceptable.

#### *Tercera oración*

116. Se sugirió que, cuando se presentara una reclamación de pago y no se requiriera una declaración u otro documento en virtud de la carta de garantía, el proyecto de

Convención debía establecer que era obligación del beneficiario expedir una declaración en la que dijera que el pago era exigible. Aunque la propuesta encontró algún apoyo, primó la opinión de que la sugerencia bien podría producir el resultado indeseable de prohibir las garantías a la vista simples y las cartas de crédito contingente simples. Se recordó que el Grupo de Trabajo, en anteriores períodos de sesiones, había examinado a fondo la forma en que el proyecto de Convención debía legislar sobre las cartas de garantía pagaderas por simple reclamación y había decidido que no sería apropiado que en un texto legislativo como el proyecto de Convención se alentara o desalentara el uso de un tipo específico de carta de garantía. En cambio, se estimó que el proyecto de Convención debía tener en cuenta todos los tipos de garantías en uso y establecer un entorno de certidumbre al respecto (A/CN.9/361, párrs. 20 y 21; A/CN.9/374, párr. 82). El Grupo de Trabajo reafirmó su decisión anterior.

117. Tras una deliberación, el Grupo de Trabajo consideró que en lo esencial la oración era en general aceptable. Desde el punto de vista de la redacción, se acordó que las palabras "declaración o documento" debían sustituirse por las palabras "documento acreditativo u otro documento" para que hubiera congruencia con la segunda oración del mismo artículo.

#### *Artículo 15. Notificación de la reclamación*

118. De conformidad con lo que se había acordado anteriormente, el Grupo de Trabajo continuó examinando la cuestión de conservar o no el artículo 15 (véase el debate anterior sobre el artículo 15 en el 19.º período de sesiones, A/CN.9/374, párrs. 86 a 92). Aunque algunas delegaciones opinaron que debía conservarse el artículo 15, especialmente porque daba autonomía a las partes, se subrayó nuevamente que era necesario o bien suprimirlo o, por lo menos, no aplicar a las cartas de crédito contingente el procedimiento de notificación previsto en él. Se afirmó que la pertinencia de ese procedimiento respecto de las garantías bancarias quedaba de manifiesto por el hecho de que se había incluido un procedimiento análogo en las RUG, y que la falta de un requisito de notificación en las RUU 500 era prueba evidente de que el procedimiento era inaplicable en la práctica relativa a las cartas de crédito contingente. Se apoyó la idea de mantener el artículo 15, con su aplicación limitada a las garantías, especialmente porque existía la inquietud de que si se eliminaba esa disposición ello podía interpretarse en el sentido de que en el proyecto de Convención se prefería el criterio adoptado en las RUU, en las cuales no se establece el requisito de la notificación. Se sugirió asimismo que, en caso de conservarse el artículo 15, se eliminara o se aclarara la segunda cláusula, en especial las palabras "dará derecho al principal o solicitante".

119. Aunque se cuestionó la noción antes mencionada de la inaplicabilidad general del procedimiento de notificación a las cartas de crédito contingente, sobre la base de la práctica efectivamente seguida en algunos Estados por lo menos, el Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que era preferible suprimir el artículo 15. Se sostuvo que en el proyecto de Convención no debía establecerse el requisito

de la notificación, sino dejar el asunto librado a las disposiciones contractuales de las partes y a su desarrollo en la práctica, resultado que se obtendría si se suprimía el artículo 15. También se sostuvo en general que, a la luz de las opiniones expresadas, la cuestión no daba lugar a que se adoptaran normas expresamente divergentes respecto de las cartas de crédito contingente, ya que hasta el momento se había evitado esa divergencia. Se dijo asimismo que la cuestión se vinculaba fundamentalmente con la relación entre el principal o solicitante y el garante o emisor y que, por ello, escapaba al ámbito de aplicación previsto para el proyecto de Convención. El Grupo de Trabajo consideró asimismo importante señalar que la finalidad de la decisión adoptada consistía en hacer que la Convención fuese neutral en cuanto a un requisito de notificación de esa índole.

#### *Artículo 16. Examen de la reclamación y de sus documentos adjuntos*

##### *Párrafo 1)*

120. Se planteó la cuestión de si quedaba suficientemente claro que el principal o solicitante y el garante o emisor podían de común acuerdo atenuar la norma de examen de la reclamación y de sus documentos adjuntos. Se observó que sería útil expresarlo con mayor claridad, aunque una norma en ese sentido podía inferirse de la lectura combinada de los artículos 13 y 16. No obstante, el Grupo de Trabajo se resistía a modificar el criterio básico enunciado en el párrafo 1). Se recordó que el presente enfoque era el resultado de amplias deliberaciones llevadas a cabo en el 19.º período de sesiones, y que él se basaba en la opinión de que el proyecto de Convención debía concentrarse en la relación entre el garante o emisor y el beneficiario. Al igual que en el 19.º período de sesiones, se declaró que la redacción de la disposición no debía interpretarse en el sentido de que impedía que el principal o solicitante y el garante o emisor establecieran de común acuerdo otras normas relativas al examen.

121. Desde el punto de vista de la redacción, el Grupo de Trabajo señaló que en el nuevo proyecto que preparase la Secretaría quedaría reflejada la decisión anterior del Grupo de Trabajo en el sentido de que una reclamación de pago se consideraría un "documento" a los fines del proyecto de Convención (A/CN.9/388, párr. 110). Por consiguiente, se utilizaría una formulación tal como "la reclamación y cualquier otro documento que se adjunte a ella". Se observó además que se haría referencia a la "garantía independiente", en lugar de hacerlo simplemente a la "garantía", en consonancia con el término que se emplea en el título del proyecto de Convención.

##### *Párrafo 2)*

122. Se expresó la inquietud de que el plazo máximo de siete días establecido para examinar la reclamación de pago suscitaría dificultades en aquellos Estados en los cuales la acumulación de varios días feriados en determinados períodos del año restaría toda eficacia a la norma que figura en el párrafo 2). Aunque se reconoció que la actual referencia a siete días de calendario se había incluido para evitar que

los profesionales debieran dedicarse a desentrañar los distintos significados de la expresión días “laborables”, se sostuvo que en el párrafo 2) tampoco se tenían debidamente en cuenta las necesidades de aquellos Estados en los cuales los fines de semana no se observaban en los mismos días que en otras regiones. Las alternativas propuestas fueron cinco días laborables y siete días laborables en el lugar en el que debería hacerse la reclamación o en el cual se deberían examinar los documentos. Aunque se expresaron ciertas dudas por el hecho de que una norma de siete días laborables crearía incertidumbre para los beneficiarios, y de que el empleo de la palabra “laborables” no tendría en cuenta a los garantes o emisores privados, el Grupo de Trabajo decidió adoptar el criterio de siete días laborables. Al hacerlo, el Grupo admitió que podía establecerse una distinción entre los “días laborables” en general y aquellos días en los cuales los garantes o emisores mantenían abierto su negocio (“días laborables bancarios”). Se acordó que en el párrafo 2) se aclararía que se hacía referencia a esta última categoría (de conformidad con el artículo 13 b) de las RUU 500), de modo de reflejar el entendimiento del Grupo de Trabajo de que “días laborables” eran los días en que el garante o el emisor mantenían abierto su negocio.

#### Artículo 17. Pago o denegación del pago

##### Párrafo 1)

123. Se convino en que debía aclararse cuál era la finalidad que tenía la segunda cláusula, a saber, que el pago contra una reclamación que no fuese conforme al artículo 14 no privaría al principal o solicitante del derecho a negar el reembolso al garante o emisor en ese caso. Podría lograrse una mayor claridad si se suprimieran las palabras “y obligaciones” y se empleara la expresión “no perjudicará” en lugar de “no afectará a”. Se observó también que la disposición no tenía por objeto dejar sin efecto una norma menos exigente que hubiese sido acordada. El Grupo de Trabajo sugirió que volviera a redactarse la disposición para atender las inquietudes que se habían planteado.

##### Párrafo 1 bis)

124. El Grupo de Trabajo observó que la referencia al beneficiario que figuraba en el párrafo 1 bis) era errónea y debía sustituirse por una referencia al garante o emisor.

125. Se expresaron distintos puntos de vista en cuanto a la decisión que debía adoptar el Grupo de Trabajo acerca del mantenimiento o la supresión del párrafo. La alternativa de suprimirlo fue apoyada en razón de que la disposición reiteraba un principio (pago sin demora de una reclamación conforme al artículo 14) que resultaba evidente por sí mismo en el párrafo 1). Se expresaron también dudas acerca del párrafo 1 bis), en razón de que no quedaba claro qué significaba la expresión “sin demora”. Otras dudas giraban en torno al procedimiento previsto para reconocer la conformidad de la reclamación en el contexto de un pago diferido. Aunque se expresó cierto interés en ese procedimiento, se opinó en general que no era habitual en la práctica y que no era pertinente como norma de la Convención en los

casos en que se aceptara el pago de la reclamación en lugar de rechazarlo, en cuyo caso era necesario establecer la norma de la comunicación al beneficiario.

126. La opinión predominante, que fue adoptada por el Grupo de Trabajo, era que el párrafo 1 bis) tenía una finalidad útil, ya que enunciaba claramente el principio del pago sin demora, a menos que se hubiese acordado otra cosa, en cuyo caso el pago se efectuaría en el momento estipulado. Al mismo tiempo se convino en que no se haría referencia alguna en el párrafo 1 bis) al reconocimiento de la conformidad de una reclamación en el contexto del pago diferido. El Grupo de Trabajo observó asimismo que cuando se redactara nuevamente el proyecto se aclararía que la obligación de pagar sin demora iba precedida de la decisión de pagar, sin que ello afectara el plazo previsto en el párrafo 2) del artículo 16 para examinar la reclamación y decidir si se efectuaría el pago.

##### Párrafo 1 ter)

127. El Grupo de Trabajo decidió suprimir el párrafo 1 ter). Se opinó que la norma contenida en él, de que el garante o emisor no podría invocar la insolvencia del principal o solicitante como motivo para no cumplir la obligación de pagar, era obvia. También se afirmó que el párrafo podría interpretarse en el sentido de que sugería la aplicabilidad del proyecto de Convención a la relación entre el principal o solicitante y el garante o emisor.

##### Párrafo 2)

128. Como había sucedido anteriormente, se expresó inquietud en el sentido de que la norma incluida en el párrafo 2) era inapropiada, si bien no para todas las obligaciones incluidas en el ámbito de aplicación del proyecto de Convención, por lo menos respecto de las cartas de crédito contingente. Se hizo hincapié en que, al imponer el rechazo del pago cuando se ponen en conocimiento del garante o emisor hechos que sin lugar a dudas hacen improcedente la reclamación, el proyecto de Convención pondría a quien verificase el documento en la posición de tener que determinar los hechos, función que debería quedar en manos de un tribunal u otro órgano encargado de verificar hechos. Al respecto, se señaló a la atención del Grupo de Trabajo el principio generalmente aceptado en la práctica relativa a las cartas de crédito, que se refleja en el artículo 15 de las RUU 500, de que el emisor no es responsable por la autenticidad de los documentos. Se sugirió que una alternativa aceptable sería la de otorgar al garante o emisor la facultad discrecional de rechazar el pago en tales casos. En apoyo de ese criterio se sugirió que la obligación de actuar con prudencia y de buena fe sería suficiente para orientar al garante o emisor en caso de que se pusieran en su conocimiento pruebas de fraude.

129. Tras haber agotado el tiempo de que disponía para deliberar en el actual período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que para el período de sesiones siguiente preparase formulaciones alternativas en las cuales se recogieran las opiniones expresadas, a fin de facilitar el examen ulterior del párrafo 2) pero sin anticipar en forma alguna el debate que se celebre en el período de sesiones siguiente.

### III. LABOR FUTURA

130. El Grupo de Trabajo decidió, a reserva de la aprobación de la CNUDMI, que el período de sesiones siguiente se celebrara en Viena del 19 al 30 de septiembre de 1994.

131. El Grupo de Trabajo tomó nota de que la Secretaría tenía intenciones de preparar, para el período de sesiones siguiente, una versión revisada del proyecto de Convención, en la cual se incorporarían las decisiones y conclusiones del Grupo de Trabajo.

### III. INTERCAMBIO ELECTRÓNICO DE DATOS

#### A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Intercambio Electrónico de Datos (EDI) acerca de la labor realizada en su 26.º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 1993)

(A/CN.9/387) [Original: inglés]

#### ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN .....	1-130
I. DELIBERACIONES Y DECISIONES .....	14
II. EXAMEN DE LOS PROYECTOS DE DISPOSICIÓN PARA UNAS REGLAS UNIFORMES SOBRE LOS ASPECTOS JURÍDICOS DEL INTERCAMBIO ELECTRÓNICO DE DATOS (EDI) Y MEDIOS AFINES DE COMUNICACIÓN DE DATOS COMERCIALES .....	15-176
CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES .....	15-65
Artículo 1.  Ámbito de aplicación .....	15-28
Artículo 2.  Definiciones .....	29-52
Artículo 3.  Interpretación de las Reglas Uniformes .....	53-58
Artículo 4.  Reglas de interpretación .....	59-61
Artículo 5.  Modificación mediante acuerdo .....	62-65
CAPÍTULO II. REQUISITOS DE FORMA .....	66-109
Artículo 6.  Equivalente funcional de "escrito" .....	66-80
Artículo 7.  Equivalente funcional de "firma" .....	81-90
Artículo 8.  Equivalente funcional de un "original" .....	91-97
Artículo 9.  Valor probatorio de los mensajes de datos comerciales .....	98-109
CAPÍTULO III. COMUNICACIÓN DE MENSAJES DE DATOS COMERCIALES .....	110-176
Artículo 10. [Carácter vinculante] [Eficacia] de los mensajes de datos comerciales .....	110-132
Artículo 11. Obligaciones posteriores a la transmisión .....	133-144
Artículo 12. Perfeccionamiento de contratos .....	145-151
Artículo 13. Recepción de los mensajes de datos comerciales .....	152-163
Artículo 14. Inscripción y archivo de los mensajes de datos comerciales ..	164-168
[Artículo 15. Responsabilidad] .....	169-176
III. OTRAS CUESTIONES QUE DEBERÁN CONSIDERARSE .....	177

#### INTRODUCCIÓN

1. En su 24.º período de sesiones (1991), la Comisión convino en que los problemas jurídicos del intercambio electrónico de datos (EDI) adquirirían cada vez más importancia a medida que se difundiera su empleo, y en que la Comisión debía empezar a trabajar en esa esfera. La

Comisión acordó que el tema merecía un examen detallado en el seno de un grupo de trabajo<sup>1</sup>.

2. En cumplimiento de esa decisión, el Grupo de Trabajo sobre Pagos Internacionales dedicó su 24.º período de se-

<sup>1</sup>Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/46/17), párrs. 314 a 317.

siones a determinar y debatir las cuestiones jurídicas suscitadas por la creciente utilización del EDI. En el informe sobre ese período de sesiones del Grupo de Trabajo se indicó que el examen de las cuestiones jurídicas suscitadas por la creciente utilización del EDI había demostrado que la forma más apropiada de tratar algunas de esas cuestiones era mediante disposiciones legales (A/CN.9/360, párr. 129). En cuanto a la posible preparación de un acuerdo modelo de comunicaciones para su utilización en el comercio internacional en todo el mundo, el Grupo de Trabajo decidió que, al menos por ahora, no era necesario que la Comisión elaborara un acuerdo modelo de comunicaciones. No obstante, el Grupo de Trabajo observó que, en consonancia con el enfoque flexible recomendado a la Comisión en relación con la forma que habría de revestir el instrumento definitivo, podrían surgir situaciones en que la preparación de cláusulas contractuales modelo se consideraría una forma apropiada de abordar determinadas cuestiones (A/CN.9/360, párr. 132). El Grupo de Trabajo reafirmó la necesidad de una estrecha cooperación entre todas las organizaciones internacionales que se ocupaban de esta materia. Se acordó que la Comisión, habida cuenta del carácter universal de su composición y de su mandato general como órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en la esfera del derecho mercantil internacional, debía tener una participación particularmente relevante a ese respecto (A/CN.9/360, párr. 133).

3. En su 25.º período de sesiones (1992), la Comisión examinó el informe del Grupo de Trabajo sobre Pagos Internacionales sobre la labor realizada en su 24.º período de sesiones (A/CN.9/360). De conformidad con las sugerencias del Grupo de Trabajo, la Comisión acordó que era necesario continuar investigando los aspectos jurídicos del EDI y elaborar normas prácticas en esa esfera. Se convino, siguiendo los lineamientos sugeridos por el Grupo de Trabajo, en que, si bien la forma más apropiada de tratar algunas de esas cuestiones era mediante disposiciones legales, sería conveniente resolver otras mediante la preparación de cláusulas contractuales modelo. Tras el debate la Comisión apoyó la recomendación contenida en el informe del Grupo de Trabajo (A/CN.9/360, párrs. 129 a 133), reafirmó la necesidad de una activa cooperación entre todas las organizaciones internacionales que trabajaban en la esfera y encomendó la preparación de la reglamentación jurídica del EDI al Grupo de Trabajo sobre Pagos Internacionales, cuyo nombre pasó a ser Grupo de Trabajo sobre Intercambio Electrónico de Datos<sup>2</sup>.

4. En su 26.º período de sesiones (1993), la Comisión tuvo ante sí el informe del Grupo de Trabajo sobre Intercambio Electrónico de Datos acerca de la labor de su 25.º período de sesiones (A/CN.9/373). La Comisión expresó su agradecimiento por la labor realizada por el Grupo de Trabajo. La Comisión tomó nota de que el Grupo de Trabajo había empezado a examinar el contenido de una ley uni-forme sobre el EDI y expresó la esperanza de que el Grupo de Trabajo iniciara pronto la preparación de ese texto.

5. Se expresó la opinión de que, además de preparar disposiciones legales, el Grupo de Trabajo debía iniciar la preparación de un acuerdo modelo de comunicaciones para uso facultativo entre los usuarios del EDI. Se explicó que la mayor parte de los intentos de resolver los problemas jurídicos suscitados por el uso del EDI tenía en la actualidad carácter contractual. Esta situación creaba la necesidad de utilizar un modelo mundial en la redacción de esos acuerdos contractuales. En respuesta a ello se afirmó que la preparación de un acuerdo modelo de comunicaciones para uso universal se había sugerido en el 24.º período de sesiones de la Comisión. La Comisión había decidido en aquella ocasión que era demasiado pronto para iniciar inmediatamente la preparación de un acuerdo modelo de comunicaciones y que tal vez fuera preferible seguir los trabajos de otras organizaciones, especialmente las Comunidades Europeas y la Comisión Económica para Europa<sup>3</sup>.

6. Tras examinar la cuestión, la Comisión reafirmó su anterior decisión de aplazar el examen de la cuestión hasta que dispusiera para su examen de los textos de los acuerdos modelos sobre intercambio que se estaban preparando en esas organizaciones.

7. Se sugirió que, además de los trabajos que se estaban realizando en el Grupo de Trabajo, había necesidad de examinar las cuestiones concretas suscitadas por el uso del EDI en algunos contextos comerciales específicos. El uso del EDI en las compras y la sustitución de los conocimientos de embarque consignados en papel o de otros títulos valores por mensajes EDI se citaban como ejemplos de cuestiones que merecían un examen específico. Se sugirió asimismo que la Comisión fijara un plazo límite para que el Grupo de Trabajo terminara la labor que le ocupaba. La opinión en general prevaleciente, sin embargo, fue que el Grupo de Trabajo continuase su labor en el amplio marco establecido por la Comisión. Se acordó que sólo cuando hubiera terminado su preparación de las reglas generales sobre el EDI el Grupo de Trabajo estudiara otras esferas en que pudieran ser necesarias reglas más detalladas<sup>4</sup>.

8. El Grupo de Trabajo sobre Intercambio Electrónico de Datos, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 26.º período de sesiones en Viena, del 11 al 22 de octubre de 1993. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Arabia Saudita, Austria, Canadá, Chile, China, Costa Rica, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Hungría, India, Irán (República Islámica del), Japón, México, Nigeria, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Sudán, Tailandia y Uruguay.

9. Asistieron también al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Armenia, Australia, Bélgica, Brasil, Filipinas, Finlandia, Indonesia, Perú, Sudáfrica, Suiza, Turquía, Ucrania y Yemen.

<sup>2</sup>Ibid., cuadragésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/46/17), párr. 316.

<sup>3</sup>Ibid., cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/48/17), párrs. 265 a 268.

<sup>2</sup>Ibid., cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/47/17), párrs. 140 a 148.

10. Asistieron al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

- a) *Órganos de las Naciones Unidas:*  
 Centro de Comercio Internacional UNCTAD/  
 GATT (CCI)  
 Organización de las Naciones Unidas para el  
 Desarrollo Industrial (ONUDI)  
 Comisión Económica para Europa (CEPE)
- b) *Organizaciones intergubernamentales:*  
 Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano,  
 Comunidad Económica (CE)  
 Conferencia de la Haya de Derecho Internacional  
 Privado  
 Organización intergubernamental de transportes  
 ferroviarios internacionales;
- c) *Otras organizaciones internacionales:*  
 Banco de Pagos Internacionales (BPI)  
 Centro de Arbitraje Comercial Internacional de El  
 Cairo  
 European Banking Federation  
 Cámara de Comercio Internacional (CCI).

11. El Grupo de Trabajo eligió la siguiente Mesa:

*Presidente:* Sr. José María Abascal Zamora  
 México)

*Relator:* Sr. Abdolhamid Faridi Araghi  
 (República Islámica del Irán)

12. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí los siguientes documentos: el programa provisional (A/CN.9/WG.IV/WP.56), una nota de la Secretaría con el primer proyecto de reglas uniformes sobre los aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos (EDI) y medios afines de comunicación de datos comerciales (A/CN.9/WG.IV/WP.57) y una nota en la que se reproducen el texto de los proyectos de reglas y las notas explicativas presentadas por la delegación del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (A/CN.9/WG.IV/WP.58).

13. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Elección de la Mesa;
2. Aprobación del programa;
3. Esbozo de reglas uniformes sobre los aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos (EDI);
4. Otros asuntos;
5. Aprobación del informe.

## I. DELIBERACIONES Y DECISIONES

14. El Grupo de Trabajo examinó las cuestiones analizadas en la nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.57) y las propuestas hechas por la delegación del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (A/CN.9/WG.IV/WP.58). Las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo figuran en el capítulo II *infra*. Se pidió a la Secretaría que, sobre la base de esas deliberaciones y conclusiones, preparara un conjunto de artículos, con posibles variantes, sobre las cuestiones analizadas.

## II. EXAMEN DE LOS PROYECTOS DE DISPOSICIÓN PARA UNAS REGLAS UNIFORMES SOBRE LOS ASPECTOS JURÍDICOS DEL INTERCAMBIO ELECTRÓNICO DE DATOS (EDI) Y MEDIOS AFINES DE COMUNICACIÓN DE DATOS COMERCIALES

### Capítulo I. Disposiciones generales

#### Artículo 1. *Ámbito de aplicación*

15. El texto del proyecto de artículo 1 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

#### *"Ámbito de aplicación"*

1) Las presentes Reglas serán aplicables a los mensajes de datos comerciales cuando:

*Variante A:* el expedidor y el destinatario del mensaje se encuentren en Estados diferentes [en el momento de ser expedido el mensaje].

*Variante B:* a) el expedidor y el destinatario tengan, en el momento de ser [preparado o] expedido el mensaje, sus establecimientos en Estados diferentes; o

b) cualquier lugar donde una parte sustancial de las obligaciones derivadas de la relación comercial a la que se refiera el mensaje o el lugar con el que el objeto del mensaje esté más estrechamente vinculado estén situados fuera del territorio del Estado en el que alguna de las partes tenga su establecimiento.

*Variante C:* el mensaje afecte a intereses comerciales internacionales.

2) Las presentes Reglas regirán únicamente el intercambio y el archivo de mensajes de datos comerciales y los derechos y obligaciones derivados de ese intercambio o ese archivo. Salvo que se disponga otra cosa en las presentes Reglas, éstas no serán aplicables al contenido de la operación comercial a cuyo propósito se expidió o se recibió el mensaje de datos comerciales."

\*Las presentes Reglas [no se ocupan de las cuestiones] [no tienen por fin prevalecer sobre la legislación] [están sometidas a la legislación] relacionada(s) con la protección del consumidor.

#### *Párrafo 1)*

16. El Grupo de Trabajo se ocupó de la cuestión de si las reglas uniformes debían aplicarse únicamente a los mensajes internacionales o si tenían que ocuparse tanto de los mensajes internos como de los internacionales.

17. Conforme a una opinión, la aplicación de las reglas uniformes no debía limitarse a los mensajes internacionales. En apoyo de ese parecer, se señaló que la certidumbre legal que debían proporcionar las reglas uniformes era necesaria tanto para el comercio nacional como para el internacional. Además, una dualidad de regímenes para la utilización de medios electrónicos de inscripción y comunicación de datos podría crear un grave obstáculo al empleo de esos medios. Se observó también que sería difícil establecer un criterio

claro y generalmente aceptable para distinguir los mensajes nacionales de los internacionales.

18. Según otra opinión, las reglas uniformes debían aplicarse únicamente a los mensajes internacionales, ya que su finalidad era facilitar el comercio internacional. En este contexto el Grupo de Trabajo efectuó un análisis de las diversas variantes expresadas en relación con el párrafo 1).

19. En favor de las variantes A y B, se señaló que se centraban correctamente en el mensaje más que en la operación subyacente, puesto que la finalidad de las reglas uniformes no era unificar las legislaciones nacionales sobre las operaciones comerciales. No obstante, se criticaron las variantes A y B por hacer hincapié en la noción de comunicación, dejando de lado las inscripciones conservadas en forma electrónica pero no comunicadas. Además, se hizo notar que la variante A no era viable ya que podía resultar difícil a una parte saber dónde se hallaba la parte que recibía el mensaje en el momento de enviarlo. Se criticó la variante B por centrar la atención en el establecimiento comercial de las partes, que podía ser difícil de determinar.

20. Se expresó considerable apoyo a favor de la variante C, que se estimó lo bastante flexible para permitir subsumir en las reglas uniformes todos los mensajes relativos a la operación internacional, incluso si alguno de esos mensajes fuese tratado como nacional conforme a las variantes A y B. Sin embargo, se criticó la variante C porque se refería implícitamente a la operación subyacente, referencia contraria al principio expresado en el párrafo 2).

21. Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió hacer que las reglas uniformes fueran aplicables en principio tanto a los mensajes internacionales como a los nacionales, pero decidió además indicar en nota a pie de página un posible criterio de internacionalidad que sería aplicado por aquellos Estados que desearan limitar la aplicabilidad de las reglas uniformes a los mensajes internacionales. Se consideró que debía incorporarse en nota a pie de página una disposición basada en la variante C como criterio para distinguir entre los mensajes internacionales y los nacionales.

#### *Párrafo 2)*

22. La primera oración del párrafo fue criticada por restringir indebidamente el alcance de las reglas uniformes. Se sugirió que, además del intercambio y el almacenamiento de datos comerciales, era preciso tomar también en cuenta otras operaciones como la creación y el procesamiento de datos para que las reglas uniformes pudieran aplicarse a toda la gama de procedimientos comerciales electrónicos. También se afirmó que la indicación contenida en la primera oración de que las reglas uniformes regían los derechos y obligaciones derivados del intercambio y el almacenamiento de mensajes de datos comerciales podía entenderse que contradecía a la segunda oración del párrafo. Por lo que hace a esta segunda oración, se dijo que el proyecto de texto no era lo bastante claro en cuanto a la posible interacción entre las reglas uniformes y otras normas jurídicas aplicables a las operaciones comerciales.

23. El Grupo de Trabajo convino en general en que la disposición debía definir el ámbito de aplicación de las reglas uniformes, al tiempo que indicaba que con las reglas

uniformes no se pretendía desplazar ningún otro régimen jurídico aplicable a las operaciones comerciales, como sería el derecho general de los contratos. No obstante, había que indicar también que, en la medida necesaria para el reconocimiento jurídico de la tecnología de la información, las reglas uniformes prevalecerían sobre otras normas jurídicas. Por ejemplo, las disposiciones contenidas en las reglas uniformes respecto de un equivalente funcional de "escrito" predominarían normalmente sobre posibles definiciones de "escrito" en la legislación nacional.

#### *Nota a pie de página: cuestiones relacionadas con la legislación protectora del consumidor*

24. Se recordó que, en el marco del examen preliminar por el Grupo de Trabajo durante su 24.º período de sesiones de las cuestiones relacionadas con la legislación protectora del consumidor, se había convenido en que se excluyeran expresamente esas cuestiones del ámbito de aplicación de las reglas uniformes (A/CN.9/360, párr. 30). Se expresó el parecer de que las propias reglas uniformes dispusieran su no aplicabilidad a las operaciones con los consumidores. Se dijo que, de ser aplicables las reglas uniformes a las operaciones con los consumidores pero sometiéndolas únicamente a ciertas reglas especiales protectoras del consumidor, surgirían dificultades en aquellas situaciones a las que fueran aplicables tanto las reglas uniformes como la legislación protectora del consumidor. Esas dificultades se darían concretamente de haberse de determinar si una norma formaba o no parte de la legislación protectora del consumidor. Se dieron ejemplos de posibles conflictos entre las reglas uniformes y otras reglas de derecho por lo demás aplicables que, aun cuando no hubieran sido dictadas expresamente para la protección del consumidor, pudieran ser consideradas como protectoras del consumidor. Se señaló además que, al haber sido concebidas para las operaciones comerciales, pudieran darse situaciones en las que de aplicarse las reglas en el contexto de las operaciones con los consumidores afectarían adversamente al interés de los consumidores. Como ejemplo de esa situación, se dijo que el proyecto de artículo 10 creaba una presunción de que, en ciertas circunstancias, el supuesto expedidor de un mensaje quedaría vinculado por el contenido de un mensaje que él no hubiera realmente enviado. Esa regla tal vez fuera concebible en el contexto de transferencias internacionales de crédito o de otras operaciones comerciales, pero resultaría ciertamente inapropiada para las operaciones efectuadas con los consumidores.

25. Se recordó también, sin embargo, que el Grupo de Trabajo había llegado en su anterior período de sesiones a una doble decisión. Hubo ciertamente un acuerdo general de que las reglas uniformes no se ocuparan de cuestiones peculiares a la protección del consumidor, pero prevaleció el parecer en ese período de sesiones de que las reglas uniformes deberían ser aplicables a todos los mensajes, incluidos los mensajes iniciados por los consumidores o a ellos destinados, en el claro entendimiento de que las reglas uniformes no menoscabarían en modo alguno nada de lo dispuesto en la legislación protectora del consumidor. Se observó que era probable que las reglas uniformes hasta mejorarán la posición del consumidor al dar mayor certeza jurídica a sus operaciones y que, además de mejorar esa posición, las reglas uniformes darían pie al legislador para

prever medidas de protección especial para el consumidor (A/CN.9/373, párrs. 29 a 31).

26. Se sugirió incluir una disposición como la siguiente:

"Las presentes Reglas no van destinadas a las operaciones con los consumidores pero, de serles aplicadas, no deberán derogar ninguna norma dictada para la protección del consumidor."

Se expresó cierto apoyo en favor de la disposición sugerida. Se dijo, sin embargo, que esa disposición excluiría las operaciones con los consumidores del ámbito de aplicación de las reglas uniformes, de no disponer expresamente la ley nacional promulgadora de las reglas uniformes que éstas serían aplicables a esas operaciones. Se objetó que la disposición sugerida contradecía el deseo general de que las reglas uniformes fueran aplicables a las operaciones con los consumidores.

27. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo convino en que las reglas uniformes deberían indicar claramente que no tenían por finalidad considerar ninguna cuestión que fuera propia de la legislación protectora del consumidor. Se pidió a la Secretaría que preparara diversas variantes que reflejaran lo que se había dicho durante el debate para su ulterior examen por el Grupo de Trabajo.

28. Sobre si se deberían abordar las cuestiones propias de la legislación protectora del consumidor en el cuerpo de las reglas uniformes o en una nota a pie de página, se expresó apoyo por el parecer de que se incluyera una disposición al respecto en el propio texto de las reglas uniformes. Se observó, no obstante, que el empleo de esa técnica de redacción acentuaría la necesidad de definir la noción de "consumidor". Se opinó en general que sería desaconsejable intentar dar una definición uniforme de la noción de "consumidor". El Grupo de Trabajo reiteró su decisión de que se tratara esta cuestión en una nota a pie de página.

#### Artículo 2. Definiciones

29. El texto del proyecto de artículo 2 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

"Para los efectos de las presentes Reglas:

a) por 'mensaje de datos comerciales' se entenderá un conjunto de datos comerciales intercambiados [o archivados] mediante intercambio electrónico de datos (EDI), telegrama, télex, telecopia u otro medio [análogo] de transmisión [o archivo] de datos [digitalizados], [con exclusión de la comunicación puramente verbal] que constituya [por sí mismo] una inscripción completa de los datos;

b) por 'intercambio electrónico de datos (EDI)' se entenderá la transmisión de datos comerciales de una terminal informática a otra en un formato normalizado;

c) por 'expedidor' se entenderá toda persona que inicie [en su propio nombre] un mensaje de datos comerciales regido por las presentes Reglas [o cualquier persona en cuyo nombre se dé a entender que se ha enviado un mensaje de datos comerciales regido por las presentes Reglas];

d) por 'destinatario' se entenderá la persona que reciba, o se tenga la intención de que reciba, en última instancia un mensaje de datos comerciales regido por las presentes Reglas;

e) por 'intermediario' se entenderá una entidad que, en el curso normal de sus negocios, se dedique a recibir mensajes de datos comerciales regidos por las presentes Reglas y deba hacerlos llegar a sus destinatarios. [El intermediario podrá desempeñar funciones como las de formatear, traducir o archivar mensajes.]"

*Inciso a) (definición de "mensaje de datos comerciales")*

#### "Mensaje"

30. Se señaló, de entrada, que el proyecto de definición estaba calcado sobre el concepto de comunicación y que no tenía en cuenta el concepto de inscripción informática que hubiera sido meramente inscrita o archivada, pero no comunicada. A este respecto, se sugirió que se hablara de "documento de datos comerciales" o de "inscripción", pero no de "mensaje". Se sugirió una definición como la siguiente:

"Por '[inscripción] [documento] de datos comerciales' se entenderá la información comercial intercambiada o archivada por técnicas electrónicas, ópticas u otros medios tecnológicos similares, como sería la información inscrita o archivada por medios como el intercambio electrónico de datos (EDI), el telegrama, el télex o la telecopia."

31. Se expresó apoyo en favor de esta propuesta. Respecto al empleo sugerido de la palabra "documento", se observó, sin embargo, que las reglas uniformes deberían evitar referirse a un concepto que al parecer estaba estrechamente vinculado al empleo del papel. Además, se señaló que tal vez se mejorara la aceptabilidad de las reglas uniformes si éstas abandonaban claramente el empleo de términos con un significado jurídico conocido vinculado a un soporte de papel. Por ejemplo, dar una nueva definición de una palabra como "mensaje", que no parecía tener ningún significado jurídico establecido, tal vez resultara más aceptable que tratar de ampliar la definición de un término como "documento". Se convino en que cualquiera que fuera el término empleado, la definición debería ser claramente aplicable a los datos almacenados, pero no comunicados.

32. Se expresó el parecer de que era innecesario y extremadamente difícil dar una definición satisfactoria de conceptos como los de "mensaje de datos comerciales", "inscripción" y "documento". Se sugirió que en vez de hacer depender la aplicabilidad de las reglas uniformes de ese tipo de conceptos, esas reglas deberían referirse directamente a las propias técnicas a las que estaban tratando de dar un reconocimiento jurídico. Se sugirió el texto siguiente como sustitutivo de la definición de "mensaje de datos comerciales":

"Por 'tecnología de la información' se entenderá cualquier medio informático, o tecnológico en general, por el que se pueda inscribir o comunicar información de cualquier índole sin recogerla en forma de documento."

Se sugirió que se enmendara paralelamente el artículo 1, como sigue:

"Las presentes Reglas serán aplicables a la transmisión, anotación y archivo de cualquier mensaje u otra inscripción por medio de un sistema de telecomunicaciones o de cualquier otra tecnología de la información."

Se señaló, sin embargo, que esa definición tal vez resultara demasiado amplia, ya que haría aplicables las reglas uniformes incluso a las conversaciones telefónicas.

33. El Grupo de Trabajo convino en que sería preciso reconsiderar la necesidad de definir la noción de “mensaje de datos comerciales” o algún otro concepto que sirviera para delimitar el ámbito de aplicación de las reglas uniformes, una vez que se hubiera completado el examen de las disposiciones sustantivas de las reglas uniformes. A la luz de los pareceres expresados, el Grupo de Trabajo convino en que el concepto de “mensaje de datos comerciales” resultaba útil en cuanto que proporcionaba una hipótesis de trabajo aceptable. Se decidió, no obstante, que se colocara la expresión “mensaje de datos comerciales” entre corchetes, al igual que otros términos como “grabación” o “constancia”, “comunicación” y “documento”.

*“Conjunto de datos comerciales”*

34. Se expresó la inquietud de que la noción de “datos comerciales”, así como cualquier referencia a “comercio”, suscitara dificultades por razón de que algunos países del *common law* no disponían de un derecho mercantil concebido como régimen desgajado del derecho general, por lo que en esos países no era ni fácil ni usual distinguir entre el régimen general de las obligaciones y el régimen especial de los contratos “mercantiles”. Se mencionaron otros países en los que la noción de “comercio” no era de uso corriente por lo que pudiera suscitarse el problema de su definición. Desde otro ángulo, se dieron también ejemplos de países en los que la noción de “comercio” estuviera ya recogida en el derecho interno, pero fuera diversamente interpretada según el país en el que se utilizara. Se dijo que en anteriores textos de la CNUDMI se había evitado toda referencia innecesaria a la noción de “comercio”, a excepción de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, en la que se había definido el término “comercial”.

35. Se expresó también la inquietud de que calificar los datos con el atributo de “comerciales” pudiera excluir innecesariamente del ámbito de aplicación de las reglas uniformes todo otro tipo de inscripciones y mensajes, como los requeridos para fines administrativos. Se recordó que el Grupo de Trabajo, en su anterior período de sesiones, había convenido en que, si bien las reglas uniformes no deberían ocuparse expresamente de las situaciones en las que la administración pública prescribiera algún requisito de forma por razones de orden público, las relaciones entre los usuarios del EDI y las autoridades públicas no deberían ser excluidas del ámbito de aplicación de las reglas uniformes (A/CN.9/373, párr. 48).

*“Telegrama, télex, telecopia u otro medio análogo”*

36. El Grupo de Trabajo se mostró en general de acuerdo en que la finalidad de las reglas uniformes era la de abarcar la gama más amplia posible de técnicas, tanto de las ya disponibles como de las aún por desarrollar. Se expresó el parecer de que debería distinguirse el EDI de otros métodos de comunicación como los denominados “telegrama, télex o telecopia”, que tal vez debieran ser también definidos en las reglas uniformes. Como posible criterio para distinguir

a los telegramas, télex o telecopias del EDI se sugirió que un rasgo común de esos tres medios de comunicación era su dependencia al menos parcial de un soporte de papel. A este respecto, se dijo que si bien la noción de “medio análogo de teletransmisión” pudiera ser útil en el contexto del EDI, tal vez fuera difícil definir lo que constituiría una técnica “análoga” a la del telegrama, télex o telecopia.

*“Comunicación puramente verbal”*

37. Si bien se expresó acuerdo con la propuesta de que las reglas uniformes no fueran aplicables a las comunicaciones puramente verbales, se observó que existían técnicas mixtas de comunicación que por su propia índole suponían la conversión de una comunicación verbal en una grabación electrónica. Se opinó en general que esas técnicas de comunicación mixtas deberían estar sujetas a las reglas uniformes. Se observó además que se debería excluir del ámbito de aplicación de las reglas uniformes a toda comunicación cuyo único soporte fuera de papel.

*“Inscripción completa de los datos”*

38. Se expresó la inquietud de que exigir que un “mensaje de datos comerciales” contenga en cualquier momento una inscripción completa de los datos equivalga a imponer un requisito más estricto que los actualmente aplicables a la documentación sobre papel. Se expresó también la inquietud de que la palabra “completa” excluya del ámbito de aplicación de las reglas uniformes aquellos mensajes que sólo den parcialmente cuenta de los datos almacenados o intercambiados. Además, se señaló que la exigencia de que el mensaje dé cuenta de los datos era repetitiva por utilizarse esa noción anteriormente en la definición. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo en suprimir las palabras “inscripción completa de los datos” en la inteligencia de que se definiría más adelante en las reglas uniformes la noción de inscripción electrónica.

39. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un nuevo proyecto de esta definición en el que se tuvieran en cuenta las deliberaciones del Grupo de Trabajo. Se sugirió que se recogieran en la definición las nociones de inscripción, comunicación y algunos actos adicionales como la preparación de documentos para su emisión o archivo, así como cualquier otro acto conexo.

*Inciso b) (definición del “EDI”)*

*“De una terminal informática a otra”*

40. Se señaló que sería preferible utilizar términos como los de transmisión “informática” o “electrónica” ya que la expresión “de una terminal informática a otra” pudiera dar la impresión de que se estaba excluyendo a los intermediarios. Se sugirió que se indicara expresamente que la expresión “transmisión de datos de una terminal informática a otra” no debía entenderse como excluyendo las comunicaciones efectuadas a través de algún intermediario.

*“Datos comerciales . . . en un formato normalizado”*

41. Se opinó en general que debería suprimirse la palabra “comerciales” ya que de lo contrario quedaría excluido

cualquier dato no comercial, como por ejemplo los datos administrativos. Se objetó contra la expresión "formato normalizado" que esa expresión suscitaba la cuestión de si se estaba haciendo referencia a algún "formato reconocido" y la de si la disposición se refería únicamente a formatos libremente disponibles o a algún formato particular o "patentado".

42. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió sustituir el proyecto de definición de "EDI" por una definición inspirada en el texto aprobado en 1990 por la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa en su definición de "UN/EDIFACT", en la que se hace referencia al "intercambio electrónico de datos estructurados [...] entre sistemas de información independientes" (Trade/WP.4/171, párr. 15).

*Inciso c) (definición de "expedidor")*

43. Se expresó el parecer de que, dada la decisión del Grupo de Trabajo de que el ámbito de aplicación de las reglas uniformes debería abarcar no sólo la información transmitida sino también la información inscrita o archivada pero no transmitida, el designar al "iniciador" de esa información por el término de "expedidor" tal vez evocara demasiado la idea de una transmisión. Se sugirió que sería preferible el término de "iniciador" al de "expedidor". Se reconoció, no obstante, que la definición que se daba de "expedidor" abarcaba el supuesto de que la información no se transmitiera. Si bien se convino en que no era preciso definir en la presente etapa el término definitivo seleccionado, se opinó en general que de definirse el término de "expedidor" o de "iniciador" debería quedar claro en la definición que el término escogido no sería aplicable a los intermediarios.

44. Con respecto a la noción de "persona" utilizada en el proyecto de definición, se expresó la inquietud de que no resultara lo bastante claro que ese término abarcaba a cualquier persona o entidad jurídica en cuyo nombre se crea un mensaje. Se dijo concretamente que los mensajes formulados automáticamente por una terminal informática sin intervención humana directa deberían considerarse como "enviados" por la entidad jurídica en cuyo nombre se estuviera utilizando esa terminal. Respecto de aquellas situaciones en las que se formulaba automáticamente un mensaje se dijo también que esas situaciones deberían ser expresamente previstas no sólo en la definición del expedidor sino también en las reglas para la validez del mensaje enunciadas en el artículo 10 y que debería dictarse una disposición especial para esos casos que permitiera verificar la intención de enviar un mensaje. Se dijo además que la referencia a la persona que iniciaba un mensaje pudiera ser entendida como referida también al oficinista que tramitara los datos. Se sugirió sustituir la palabra "persona" por "entidad jurídicamente responsable". Se objetó, no obstante, a esta sugerencia el hecho de que no se supiera claramente cuál era la responsabilidad a que se hacía referencia. Se sugirió también que bastaría con el término "persona natural o jurídica" para referirse a ambas categorías de personas. Se observó también, sin embargo, que la noción de "persona" se había utilizado anteriormente en los textos de la CNUDMI sin que hubiera al parecer suscitado dificultades.

45. Se expresó el parecer de que no era preciso que la definición distinguiera entre la "persona que inicie un mensaje" y la "persona señalada en cuyo nombre se dé a entender que se ha enviado un mensaje". Se sugirió centrar la definición en "la persona en cuyo nombre se enviaba un mensaje" ya que esa fórmula tal vez abarcara tanto al expedidor como al supuesto expedidor. Se expresó, no obstante, el parecer de que la frase resultaba ambigua por no referirse claramente al caso en el que el expedidor efectivo estuviera actuando sin poder del supuesto expedidor. Se expresó por último el parecer de que la noción de "supuesto expedidor" pudiera ser útil en el contexto del artículo 10, por lo que debería ser ulteriormente examinada por el Grupo de Trabajo.

46. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que se reanudarían las deliberaciones sobre la posible definición de "expedidor" en alguna fase ulterior, cuando la Secretaría hubiera ya preparado un nuevo proyecto basado en las sugerencias anteriormente formuladas.

*Inciso d) (definición de "destinatario")*

47. Se criticó la definición propuesta por permitir que se considerara como destinatario de un mismo mensaje a dos personas diferentes. Se sugirió que la disposición debería expresar claramente que el destinatario era la persona que recibía cierto mensaje, ya que además iba destinado a ella. Se sugirió que este resultado se conseguiría sustituyendo en la actual redacción la conjunción "o" por "y". Se sugirió también que en la versión inglesa tal vez fuera preferible utilizar términos como "end user" (usuario final) o "addressee" (destinatario) en vez de la palabra "recipient" (receptor).

48. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo convino en que se dejara esta cuestión para cuando se hubiera completado el examen de las disposiciones sustantivas en las que se utilizaba la noción de "destinatario" (en inglés: "recipient"). Se convino en que de mantenerse eventualmente una definición de "destinatario", debería indicarse claramente en ella que no sería aplicable a ningún agente que actuara como intermediario entre el expedidor y el destinatario.

*Inciso e) (definición de "intermediario")*

49. Se expresó el parecer de que la definición de "intermediario" no debería depender de que el intermediario cumpliera sus funciones en el "curso normal de sus negocios". Se dijo que esa disposición pudiera ser interpretada como excluyendo a los bancos o a otras entidades cuya actividad principal no fuera la de servir de intermediario entre los usuarios de mensajes EDI. Se observó, sin embargo, que el texto actual no establecía ninguna distinción entre las entidades que prestaban servicios de intermediario por razón de si lo hacían como actividad principal o como actividad subsidiaria de sus negocios.

50. A ese respecto se observó, no obstante, que la definición propuesta de intermediario era demasiado restrictiva al referirse únicamente a una de las posibles funciones del intermediario, a saber la de ser portador de datos entre el expedidor y el destinatario. Se convino en que la definición debería tomar en consideración otras posibles funciones de

un intermediario como las de archivar, almacenar, conservar o traducir datos. Se sugirió que, en vez de referirse a la actividad comercial del intermediario, la definición refiriera al propio mensaje indicando claramente que el intermediario era una entidad que prestaba determinados servicios respecto del mensaje de datos comerciales considerado. Se sugirió también que se diera una lista ilustrativa de ese tipo de servicios.

51. Se expresó el parecer de que debería excluirse expresamente al expedidor y al destinatario de un mensaje de la definición de intermediario de ese mismo mensaje. Como respuesta, se dijo que definir en términos excluyentes las nociones de expedidor, destinatario e intermediario pudiera ser considerada como el abandono de la práctica seguida para la definición de esos mismos términos en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito. Sin embargo, se observó que mientras que la Ley Modelo se ocupaba de las órdenes de pago, es decir, de los segmentos de una operación de transferencia de crédito, el enfoque adoptado en las reglas uniformes no tenía por qué depender de ninguna segmentación. La atención de las reglas uniformes debería centrarse en cambio en la validación de la operación concertada entre los extremos de una cadena de transmisión. Ese enfoque permitiría minimizar, en términos relativos, la función de los intermediarios que no fueran partes en esa operación.

52. Se opinó también que tal vez no fuera necesario definir la noción de "intermediario", según se decidiera retener o no en el texto las disposiciones que hicieran referencia a algún intermediario. Tras deliberar al respecto el Grupo de Trabajo decidió tomar nota de las observaciones formuladas. Se convino en que se volviera a examinar esta cuestión una vez que se hubieran examinado las disposiciones en las que se hiciera referencia a algún "intermediario".

### Artículo 3. Interpretación de las Reglas Uniformes

53. El texto del proyecto de artículo 3 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

"1) En la interpretación de las presentes Reglas se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por las presentes Reglas que no estén expresamente resueltas en ellas se dirimirán de conformidad con los principios generales inspiradores de las Reglas o, en su defecto, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas del derecho internacional privado."

#### Párrafo 1)

54. El Grupo de Trabajo observó, desde un principio, que el artículo 3, inclusive su párrafo 1), estaba inspirado en el artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa. Se expresaron diferentes opiniones acerca de si debía conservarse el artículo. Una de ellas fue que, aunque una disposición de este tipo podía resultar útil cuando se trataba de una convención internacional, tal vez fuera menos pertinente en el contexto de una ley modelo

que sería finalmente promulgada en forma de una norma de derecho interno. Se dijo que el párrafo 1) trataba únicamente de la interpretación de las reglas uniformes, pero el tribunal nacional interpretaría la norma de derecho interno por la que se hubieran promulgado en el país las reglas uniformes, y no esas mismas reglas uniformes como tales, por lo que lo dispuesto en el párrafo 1) sería sencillamente ignorado. Se expresó preocupación por el peligro de que, en ciertos países, una disposición de ese tenor pudiese resultar incluso inconstitucional. Se recordó que el Grupo de Trabajo sobre Pagos Internacionales había examinado una disposición análoga en el contexto de la preparación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito y que no se había llegado a un consenso sobre su inclusión en ese instrumento. Se sugirió que el texto del artículo 3 debía ser puesto entre corchetes para su ulterior examen por el Grupo de Trabajo una vez adoptada una decisión sobre la forma definitiva que hubiesen de adoptar las reglas uniformes.

55. La opinión predominante fue que debía conservarse el párrafo 1). Se afirmó que el párrafo proporcionaba una orientación útil para la interpretación de las reglas uniformes por los tribunales y demás autoridades nacionales o locales. Se dijo que en ciertos países, más particularmente en los Estados federales, no era infrecuente que las reglas modelo brindaran esa orientación, dirigida a limitar la medida en que un texto uniforme, una vez incorporado a la legislación local, se interpretase únicamente con referencia a los conceptos del derecho local. Se mencionaron términos tales como los ingleses "*commerce*" y "*trade*" como ejemplos de nociones cuya interpretación se vería facilitada por el párrafo 1). Se afirmó también que se estudiaba la inclusión de una disposición análoga al artículo 3 en los "Principios para la celebración de contratos comerciales internacionales" que preparaba el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT).

#### Párrafo 2)

56. Hubo acuerdo general en que debía mantenerse la referencia a "la ley aplicable en virtud de las normas del derecho internacional privado" sólo si las reglas uniformes se aprobaban finalmente en forma de convención internacional. De optarse por la forma de una ley modelo, esa referencia sería ociosa dado que la única ley aplicable sería la del Estado que promulgase el régimen modelo.

57. Hubo amplia coincidencia en que la mera referencia a "los principios generales sobre los que aquéllas (las reglas) se basan" era oscura y que el texto tendría que aclarar más en qué consistían esos principios generales. Se hicieron varias sugerencias al respecto. Una de ellas fue que se enumeraran en el párrafo 2) los siguientes principios: 1) facilitar el comercio electrónico entre las naciones y dentro de ellas; 2) validar las operaciones efectuadas por medio de las nuevas tecnologías de la información; 3) fomentar y estimular la aplicación de nuevas tecnologías de la información; 4) promover la uniformidad del derecho entre las naciones y dentro de ellas; y 5) apoyar las prácticas comerciales. Se objetó a esa sugerencia que, aunque los principios sugeridos pudieran constituir expresiones de determinada política, aceptables en el contexto de un preámbulo o de un comentario a las reglas uniformes, no contenían

principios jurídicos de naturaleza tal como aquellos a los que cabía esperar que se refiriera el párrafo 2). Otra sugerencia fue que podría ser útil que el párrafo 2) se refiriera a los principios generales que pudiesen deducirse del texto de las reglas uniformes. Sobre en qué podrían consistir esos principios, se sugirió que, por ejemplo, se podría deducir un principio de interpretación por analogía de la enumeración de técnicas en la definición de "mensaje de datos comerciales". No obstante, prevaleció la opinión de que, en contraste con el derecho de la compraventa, cuyos principios generales eran comúnmente conocidos y a los que podía hacerse referencia en general en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, la práctica jurídica internacional con respecto al EDI era demasiado nueva para que sus principios generales fuesen comúnmente comprendidos.

58. Aunque se expresó apoyo a favor de la supresión del párrafo 2), el Grupo de Trabajo, tras un debate, convino en que podría ser conveniente que ese párrafo ofreciera una orientación a los tribunales y demás autoridades nacionales y locales acerca de los principios generales recogidos en las reglas uniformes. Se convino en que se necesitaba investigar más acerca de la mejor manera de expresar estos principios jurídicos.

#### *Artículo 4. Reglas de interpretación*

59. El texto del proyecto de artículo 4 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

"1) Para los efectos de las presentes Reglas, las declaraciones y demás actuaciones de alguna de las partes deberán ser interpretadas conforme a su intención cuando la otra parte conocía o no podía desconocer esa intención.

2) De no ser aplicable el párrafo anterior, las declaraciones y demás actuaciones de alguna de las partes deberán ser interpretadas conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte.

3) Para determinar la intención de una parte o el sentido que le habría dado una persona razonable, deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hayan establecido entre ellas, los usos del comercio y el comportamiento ulterior de las partes."

60. El Grupo de Trabajo observó, para empezar, que el artículo 4 se inspiraba en el artículo 8 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa. Se afirmó también que se estaba estudiando la inclusión de una disposición análoga al proyecto de artículo 4 en los "Principios para la celebración de contratos comerciales internacionales" en curso de preparación en UNIDROIT. Se expresó la opinión de que una disposición de ese tenor podía proporcionar orientación a los tribunales respecto de cuestiones como la interpretación de mensajes que contuviesen errores o la intención de las partes en situaciones en que los mensajes eran generados automáticamente por una computadora. No obstante, prevaleció ampliamente el parecer de que los usuarios de las tecnologías de la información

debían enfrentarse con las cuestiones de que se ocupaba el proyecto de artículo 4 en el contexto de las relaciones contractuales que los ligaban. También se señaló que, en algunos aspectos, el texto del proyecto de artículo 4 podía ser difícil de armonizar con el del proyecto de artículo 10.

61. Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió suprimir el proyecto de artículo 4.

#### *Artículo 5. Modificación mediante acuerdo*

62. El texto del proyecto de artículo 5 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

"Salvo que las presentes Reglas dispongan otra cosa, los derechos y obligaciones del expedidor y del destinatario de un mensaje de datos comerciales que se deriven de estas Reglas podrán ser modificados por acuerdo de las partes."

63. Recibió apoyo general el principio de la autonomía de las partes en que se basaba el artículo 5. Sin embargo, se expresaron opiniones divergentes sobre cómo debía aplicarse el principio en las reglas uniformes. Según una opinión, que respaldaba la redacción del proyecto de artículo, debía ponerse el acento en el principio general de la autonomía de las partes, el cual debía prevalecer a menos que las reglas uniformes establecieran expresamente otra cosa. Los proponentes de ese parecer señalaron que, además de los acuerdos directos entre expedidores y destinatarios de mensajes de datos comerciales, debían tenerse en cuenta los acuerdos celebrados con intermediarios y, en particular, las reglas contractuales del sistema establecidas por los explotantes de las redes.

64. Conforme a otra opinión, se podían plantear ciertas dificultades si se exponía en términos generales el principio de la autonomía de la voluntad de las partes como en el proyecto de artículo 5. Se afirmó que las reglas uniformes podían considerarse, en cierta medida, como una colección de excepciones a reglas bien establecidas relativas a la forma de las operaciones jurídicas. Se recordó que esas reglas bien establecidas eran normalmente de carácter imperativo dado que constituían generalmente el reflejo de decisiones de orden público. Se expresó, pues, preocupación ante la posibilidad de que una declaración irrestricta acerca de la libertad de las partes de apartarse de las reglas uniformes pudiera ser mal interpretada en el sentido de permitir a las partes, por la vía de una excepción a las reglas uniformes, apartarse de normas imperativas adoptadas por razones de orden público. Se sugirió, por consiguiente, que, por lo menos respecto de las disposiciones contenidas en el capítulo II, debía considerarse que las reglas uniformes expresaban el requisito formal mínimo aceptable y que, por esa razón, debían tenerse por imperativas, a menos que en ellas mismas se estableciera expresamente otra cosa.

65. Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió poner el texto actual del artículo 5 entre corchetes y que cada artículo de las reglas uniformes debía analizarse con la mira de determinar si se permitiría o no a las partes apartarse de lo en ellos dispuesto. Se acordó que, una vez que se hubiera terminado el examen del resto de los artículos de las reglas uniformes, el Grupo de Trabajo volvería sobre el artículo 5

y decidiría si era posible formular en un único artículo relativo a la autonomía contractual de las partes todas las excepciones al carácter imperativo de las reglas uniformes.

## Capítulo II. Requisitos de forma

### Artículo 6. *Equivalente funcional de "escrito"*

66. El texto del proyecto de artículo 6 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente<sup>5</sup>:

"1) *Variante A:* Por 'escrito' se entenderá principalmente el telegrama, el télex [, la telecopia, el mensaje por EDI, el correo electrónico] y cualquier otro mensaje de datos comerciales que deje constancia de la información que contenga y que pueda ser reproducido en forma [tangible] [legible para el hombre] [o de cualquier otro modo prescrito por la ley aplicable].

*Variante B:* En toda situación jurídica para la que se requiera [explícita o implícitamente] un 'escrito', se entenderá por escrito toda anotación sobre un soporte apto para transmitir en su integridad los datos en ella consignados que deben poder ser [inscritos o transmitidos y] reproducidos [intencionalmente] en forma legible para el hombre.

*Variante C:* Toda forma de inscripción electrónica [o análoga] de información será tenida por un equivalente funcional del 'escrito' con tal de que se pueda reproducir en alguna forma visible e inteligible, y de que se pueda conservar en forma de inscripción.

*Variante D:* a) Para los efectos de cualquier norma jurídica que, expresa o implícitamente, requiera que ciertas informaciones se hagan constar o sean presentadas por escrito, toda forma de inscripción electrónica [o análoga] será tenida por equivalente del escrito, con tal de que cumpla las mismas funciones que un documento sobre papel.

b) Al ir a determinar si una inscripción cumple las funciones de un escrito, se tendrá debidamente en cuenta cualquier acuerdo que hayan celebrado las partes acerca del valor de esa inscripción.

2) Para los efectos del presente artículo, se entenderá por 'inscripción' toda representación simbólica duradera de la información en alguna forma objetivamente perceptible o susceptible de ser reproducida en alguna forma objetivamente perceptible.

3) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a las siguientes situaciones: [...]"

### Párrafo 1)

#### *Variantes A y B*

67. Se expresó la opinión de que ambas variantes, y en especial la variante A, contenían elementos útiles que el

Grupo de Trabajo debería examinar. Por ejemplo, se declaró que se podría retener la lista de técnicas de comunicación que figuraba en la variante A. No obstante, hubo amplia coincidencia en que ambas variantes A y B trataban de proporcionar una definición ampliada de la noción de "escrito", enfoque éste que se estimó menos adecuado que el de "equivalente funcional" adoptado en las variantes C y D. Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió basar sus deliberaciones en las variantes C y D.

#### *Variantes C y D*

68. Se manifestó un apoyo considerable a favor de la variante C, de la que se afirmó que establecía claramente las características que era necesario cumplir para que un mensaje de datos comerciales fuera reconocido como el equivalente funcional de un "escrito". Se criticó la variante D por considerar que contenía un requisito general de que los mensajes de datos comerciales desempeñarían "las mismas funciones" que los documentos sobre papel, lo que era vago y podría dar pie a incertidumbre jurídica. Se recordó también que, en anteriores sesiones, se habían concretado numerosas funciones posibles de "escrito". Se declaró que podría interpretarse que una disposición acorde con los términos de la variante B establecía el requisito de que, en todos los casos, los mensajes de datos comerciales desempeñarían todas las funciones concebibles de un escrito. Se expresó la opinión general de que una interpretación de esa índole derivaría en la imposición respecto de los mensajes de datos comerciales de un requisito más estricto del que ya existía respecto de los documentos sobre papel. Se declaró que, al establecer el requisito de que cierta información se presentara por escrito, los legisladores se proponían por lo general concentrarse en funciones específicas de un "escrito", por ejemplo, su función como prueba en el contexto del derecho fiscal o su función de apercibimiento en el contexto del derecho civil, y que la necesidad de determinar la función misma que tenía asignado determinado requisito de forma podía llevar a incertidumbre.

69. Se expresó la opinión de que deberían incluirse criterios suplementarios en la variante C a efectos de establecer una prueba de equivalencia al "escrito" que tendrían que satisfacer los mensajes de datos comerciales. Por ejemplo, se sugirieron los siguientes criterios: la integridad de los datos; la seguridad del método de registro contra el fraude o la alteración de los datos; el carácter duradero o "inalterable" de la inscripción. Se dijo que en ausencia de salvaguardias que protegieran la integridad de los datos, una inscripción electrónica (a diferencia de un documento de papel) podría ser alterada por descuido y que, en ausencia de esas salvaguardias, cabría introducir en ella alteraciones deliberadas que fueran difíciles de detectar. No obstante, se expresó la opinión general de que un requisito de que la información se presentara en forma escrita podría describirse por sí mismo como un requisito de forma de nivel bastante bajo que no debería confundirse con requisitos más estrictos relativos, por ejemplo, a la presentación de escritos "firmados" o de documentos "originales". Teniendo en cuenta la manera en que cuestiones como la integridad de los datos y la protección contra el fraude se abordaban respecto de la documentación consignada sobre papel, hubo acuerdo general en que un documento fraudulento se consideraría no obstante como un "escrito".

<sup>5</sup>Si bien las deliberaciones sobre los artículos 6, 7 y 8 estuvieron basadas en el texto de una nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.57), el Grupo de Trabajo consideró asimismo el texto de una propuesta presentada por la delegación del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (reproducida en A/CN.9/WG.IV/WP.58).

70. El Grupo de Trabajo convino en que, al enunciar los criterios para un equivalente funcional del papel, las reglas uniformes deberían tener bien presente la noción básica citada en el proyecto actual de la variante C, es decir, la de una inscripción que pudiera reproducirse y leerse. Hubo acuerdo general en que la existencia de una inscripción con esas características constituía el fundamento básico en el que se apoyaban todas las demás características o funciones de un "escrito".

71. Hubo amplia coincidencia, no obstante, en que era preciso enmendar aún más el texto de las variantes C y D para dejar claro que la noción de un equivalente funcional de "escrito" se aplicaba no sólo cuando existía el requisito explícito de que un documento se presentara por escrito sino también en los casos en que de la presentación de un documento escrito se derivarían normalmente ciertas consecuencias jurídicas. Se expresaron varias opiniones sobre la forma en que podría alcanzarse un resultado de esa índole. Prevalció la opinión de que la primera frase de la variante D, que se combinaría con la variante C, rezara como sigue:

"Para los efectos de todo precepto jurídico que, expresa o implícitamente, requiera que ciertas informaciones se hagan constar o sean presentadas por escrito, o que presuponga la existencia de un escrito . . .".

72. Se sugirieron varias mejoras del texto de las variantes C y D. Una sugerencia fue que se añadiera una referencia a "las costumbres o las prácticas" a las palabras "A los efectos de las normas jurídicas" al principio de la variante D. Otra sugerencia fue que las palabras "se considerará funcionalmente equivalente a un escrito" en el texto de la variante C se sustituyeran por las palabras "cumplirá con ese requisito". Asimismo, se sugirió respecto de la variante C que, además de las palabras "visible e inteligible", se añadieran al proyecto de disposición las palabras "legible" e "interpretable" para su examen por el Grupo de Trabajo en un período de sesiones posterior. A ese respecto se sugirió que, si se retenía la palabra "legible", sería necesario encontrar una redacción apropiada para esclarecer que el texto se proponía abordar tanto la situación en que una inscripción era "legible para el hombre" como la situación en que una inscripción era "legible mecánicamente" únicamente. También se sugirió que los equivalentes funcionales de un escrito no precisaran "traducción o conversión a otro medio para expresar su significado" o que los equivalentes funcionales fueran "susceptibles de traducción o conversión de esa índole". Otra sugerencia fue que se añadieran las palabras "previa petición" al final de la variante C. Se señaló, no obstante, que, si se retuviera la enmienda propuesta, podría resultar necesario indicar en una disposición a qué peticionario se hacía referencia. Se sugirió además que las palabras "registro electrónico [o análogo] de información", que podrían causar incertidumbre ya que la noción de algo "análogo" a una inscripción electrónica no estaba clara, se sustituyeran por la expresión "datos informatizados".

73. Tras un debate, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que examinase la formulación del párrafo 1) para tomar en consideración las sugerencias y las preocupaciones que se habían puesto de manifiesto.

#### *Párrafo 2)*

74. Si bien se expresó la opinión de que no sería necesario definir el término "inscripción" ya que su significado estaba subsumido en la expresión "mensaje de datos comerciales" definida en el artículo 2, prevaleció el parecer de que era necesaria una definición de "inscripción". Predominó claramente el parecer en el Grupo de Trabajo de que la definición se incluyera en el artículo 2, para que fuera aplicable a la totalidad de las reglas uniformes.

75. Se sugirió suprimir la palabra "duradera", ya que el término "inscripción" llevaba implícita la noción de duración y que la referencia expresa al carácter duradero planteaba la cuestión del plazo de tiempo durante el cual debería conservarse una inscripción. Se formuló la sugerencia de que, si se suprimía la palabra "duradera", la noción de la duración de una inscripción podría expresarse añadiendo las palabras "en un momento posterior" a las palabras "susceptible de ser reducida a forma objetivamente perceptible". También se sugirió que se replantease el uso de la palabra "simbólica" ya que podía no abarcar adecuadamente toda la información que debería incluirse, a saber, información textual, numérica y gráfica. Además, se formuló la sugerencia de que la palabra "perceptible" podía resultar confusa ya que no indicaba si la información "percibida" debería ser, además, comprensible.

76. Se sugirió que, al definir la palabra "inscripción", el Grupo de Trabajo tuviera presentes las definiciones pertinentes propuestas por otras organizaciones internacionales, como la Organización Internacional de Normalización. Una posible redacción propuesta para su examen era: "Por 'inscripción' se entenderán los datos que sean susceptibles de ser reproducidos con exactitud ulteriormente".

77. Tras un debate, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que examinase la formulación del párrafo 2) para tomar en consideración las sugerencias y preocupaciones que se había puesto de manifiesto.

#### *Párrafo 3)*

78. Se sugirió que se pasara el contenido del párrafo 3) a una nota colocada al pie de la página o entre corchetes para no dar aliciente a los Estados para que limitaran la aplicabilidad del artículo 6. Desde una perspectiva más genérica, se sugirió además que se procurara redactar las reglas uniformes en términos que no constituyeran una invitación a que los Estados limitaran su aplicabilidad. Hubo amplia coincidencia en que, en cualquier caso, las reglas uniformes deberían contener una formulación uniforme sobre la manera en que los Estados podían limitar la aplicabilidad de las reglas uniformes. Se mencionaron los documentos de título, los cheques y los documentos exigidos por las leyes sobre sociedades como posibles casos a los que un Estado podría remitirse en una disposición análoga al párrafo 3).

79. Se sugirió la siguiente redacción como alternativa del proyecto de párrafo 3): "Nada de lo dispuesto en el presente artículo impedirá que un Estado imponga otros requisitos relativos al empleo de un escrito, comprendidos los requisitos que impongan el empleo de algún soporte particular". Se observó que esa redacción sería apropiada si las

reglas uniformes adoptaran la forma de una convención, mientras que el texto actual tal vez fuera más apropiado para una ley modelo.

80. Tras un debate, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que examinase la formulación del párrafo 3) para tomar en consideración las sugerencias y preocupaciones que se habían puesto de manifiesto.

#### *Artículo 7. Equivalente funcional de "firma"*

81. El texto del proyecto de artículo 7 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

"1) De ser requerida la firma de una persona por algún precepto jurídico, se dará por cumplido ese requisito respecto de un mensaje de datos comerciales cuando:

a) se haya utilizado algún método para identificar al expedidor del mensaje y el modo de identificación sea, atendidas las circunstancias, un método [comercialmente] razonable de protección contra los mensajes no autorizados; o

b) se haya convenido entre el expedidor y el destinatario del mensaje algún método para la identificación del primero y ese método haya sido utilizado.

2) Para determinar si un método de identificación del expedidor del mensaje es [comercialmente] razonable, se deberán tener en cuenta factores como los siguientes: la condición y la importancia económica relativa de las partes; la naturaleza de su actividad comercial; la frecuencia del trato comercial entre las partes; la naturaleza y la magnitud de la operación; la función de la firma; la capacidad de la red de comunicaciones; la observancia de los procedimientos de autenticación prescritos por los intermediarios; la gama de procedimientos de autenticación que ofrecen los intermediarios; la observancia de los usos y prácticas comerciales; la existencia de mecanismos de aseguramiento contra el riesgo de mensajes no autorizados; y cualquier otro factor pertinente.

3) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a las siguientes situaciones: [. . .]"

#### *Párrafo 1)*

82. El Grupo de Trabajo convino en que se invirtiera el orden de los incisos a) y b) para indicar más claramente que el método de identificación del expedidor dependía primordialmente del acuerdo entre las partes y que el criterio enunciado en el inciso a) sería aplicable únicamente en ausencia de dicho acuerdo.

83. Se observó que una función de la firma era identificar al expedidor y otra función era la de indicar la aprobación por el expedidor del contenido del mensaje. Hubo acuerdo en que esas dos funciones se enunciaran en el artículo 7 1). Se expuso el parecer de que debía incorporarse el concepto de "autenticación" a la definición de equivalente funcional de una "firma" a fin de que quedara claro que esa equivalencia se refería también a la firma como método por el que el autor de un mensaje o de una inscripción daba a conocer su aprobación de la información que así se hacía constar. Se dijo que el concepto de "autenticación", que se

utilizaba corrientemente en el contexto del EDI, cumplía las dos funciones de la firma. Se dijo, no obstante, que la palabra "autenticación" tal vez suscitara dificultades pues su interpretación podía no ser uniforme. Se opinó en general que, de utilizarse conceptos como el de "autenticación" en las reglas uniformes, sería preciso definirlos. Se opinó también que tal vez fuera preciso aclarar la posible vinculación de los conceptos de "identificación", "autenticación" y "autorización".

84. Se sugirió que al formular el artículo 7, el Grupo de Trabajo debería tener presente la definición de "firma" en el artículo 5 k) de la Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio y pagarés internacionales.

85. Se hicieron diversas sugerencias sobre posibles expresiones para describir el criterio por el que se evaluaría la razonabilidad del método empleado para identificar al expedidor y autenticar el contenido de determinado mensaje. Según uno de los pareceres, la expresión "comercialmente razonable" era adecuada por ser comprensible para el mundo de los negocios. Se observó que se utilizaba esa misma expresión en el artículo 5 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito en un contexto análogo, y se dijo que las reglas uniformes no deberían apartarse de ese precedente. Se expresaron, sin embargo, reservas sobre el recurso a la expresión "comercialmente razonable". Se dijo que el significado del término "razonable" no era claro y que en algunos países no se utilizaba habitualmente ese término para precisar el alcance de ninguna cláusula jurídica. Se dijo además que incluso en aquellos países en los que el término "razonable" sería aceptable, por estar habituados los tribunales a interpretarlo en diversos contextos, no estaba claro el alcance del término "comercial", especialmente si la razonabilidad de un método había de ser determinada por referencia a todas las circunstancias, que tal vez reflejen la actividad comercial de las partes.

86. Se hicieron otras sugerencias para expresar el criterio que habría de enunciarse en el inciso a). Se sugirió que el método utilizado para identificar al expedidor y para autenticar el contenido de determinado mensaje debería ser "apropiado" o "técnicamente apropiado". Se sugirió también que se empleara un texto como el siguiente: "el método de autenticación será suficiente si es tan fiable en todas las circunstancias como resulta apropiado para la finalidad por la que se efectúa la comunicación" y "el derecho interno podrá disponer cómo se ha de determinar qué tipo de autenticación resulta apropiado para diversas finalidades". Con respecto a la segunda parte de esa sugerencia se expresó la preocupación de que creara obstáculos para el logro de la uniformidad. Pero otra sugerencia, que obtuvo considerable apoyo, fue de que se exigiera que el método para identificar al expedidor sea conforme con los "usos comerciales", concepto que era bien conocido en los ordenamientos jurídicos nacionales. Se observó, no obstante, que si las partes decidían utilizar un nuevo método de autenticación electrónica, cabría tal vez considerar ese nuevo método como razonable pese a que no hubiera ningún uso comercial relativo a ese nuevo método.

87. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que el próximo proyecto de texto del párrafo 1) debería

reflejar las sugerencias anteriormente formuladas en forma de variantes.

*Párrafo 2)*

88. Se expresó cierto apoyo por el párrafo 2), que, según se dijo, impartía buena orientación para determinar si un método de autenticación era comercialmente razonable. Al comentar sobre el contenido de ese párrafo, se hicieron sugerencias de que se reconsideraran los factores que en él se mencionaban, especialmente para ver si se trataba de criterios idóneos para la determinación de ese método. Se dijo, por ejemplo, que no deberían figurar en esa lista ni la condición jurídica y la importancia económica de las partes ni la existencia de una cobertura de seguros.

89. Prevalció, no obstante, el parecer de que las reglas uniformes no eran el lugar indicado para enumerar esos factores, especialmente por haberse previsto en el párrafo 2) un margen de ponderación muy amplio para su aplicación. Se consideró más apropiado hablar de esos factores en la documentación preparatoria que se ofrecería al eventual examen de las autoridades que hubieran de aplicar las reglas uniformes.

*Párrafo 3)*

90. El Grupo de Trabajo convino en que se formulara el contenido del párrafo 3) del artículo 7 en idénticos términos que el párrafo 3) del artículo 6 (véanse los párrafos 78 a 80 *supra*).

*Artículo 8. Equivalente funcional de un "original"*

91. El texto del proyecto de artículo 8 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

"1) *Variante A:* Un mensaje de datos comerciales enviado por medios electrónicos sobre cualquier soporte, será considerado como un original, con el mismo valor probatorio que si hubiera sido consignado sobre papel siempre que se satisfagan las siguientes condiciones: que el mensaje sea calificado como original por el autor de la información que contiene; que el mensaje esté firmado y lleve consignada la hora y la fecha; que sea aceptado, implícita o explícitamente, como original por el acuse de recibo del destinatario.

*Variante B:* No se negará reconocimiento jurídico a ningún mensaje de datos comerciales por la sola razón de serle aplicable el requisito de que un documento se ha de presentar en su forma original.

*Variante C:* De ser requerido por algún precepto jurídico que un documento sea presentado en su forma original, ese requisito quedará cumplido por la presentación de un mensaje de datos comerciales o por su presentación en forma de una salida impresa cuando:

a) exista alguna identificación fidedigna del autor del mensaje; y

b) exista alguna garantía fehaciente de la integridad del contenido del mensaje tal como fue enviado y recibido; o

c) el expedidor y el destinatario del mensaje hayan acordado expresamente que el mensaje sea tenido por el equivalente de un documento original sobre papel.

2) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a las siguientes situaciones: [ . . . ]"

*Variante A*

92. Se criticó la variante A por razón de que no prestaba la suficiente atención a las funciones normalmente desempeñadas por los originales en la documentación consignada sobre papel. Se dijo también que el texto de la variante A pudiera resultar en que se aplicaran a los mensajes de datos comerciales requisitos más estrictos que los que actualmente se aplicaban a los originales consignados sobre papel. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió suprimir la variante A.

*Variante B*

93. Se opinó que la variante B tampoco prestaba la suficiente atención a las funciones de un original. Sin embargo, el enfoque adoptado en la variante B obtuvo considerable apoyo por estimarse que enunciaba un principio valioso para reforzar la validez de las operaciones electrónicas. Se dijo que en algunos países haría falta que se dictara una regla general por la que se dispusiera que no debería denegarse reconocimiento jurídico a los mensajes de datos comerciales por el solo hecho de su forma electrónica. A ese respecto, se expresó la opinión que tal vez fuera preciso aclarar la noción de "reconocimiento jurídico" especialmente en función de otras nociones como la de "validez", "exigibilidad", "efectividad" y "admisibilidad". Se expresó, no obstante, el parecer de que tal vez no fuera necesaria una disposición como la de la variante B de señalar las reglas uniformes ciertos equivalentes funcionales que sirvan para cumplir requisitos de forma, como los de "un escrito", "una firma" o "un original".

94. Tras deliberar al respecto, se convino en que una disposición como la de la variante B debería figurar en un artículo aparte y en que se considerara la posibilidad de ampliar el alcance de esta disposición disponiendo que no debería denegarse reconocimiento jurídico a los mensajes de datos comerciales por la sola razón de su forma electrónica.

*Variante C*

95. Las deliberaciones giraron en torno a las finalidades para las que se imponía el requisito de que la información se presentara en forma de un documento original. Se expresó el parecer de que se imponía el requisito de un original respecto de: 1) la admisibilidad de un documento como medio de prueba; 2) el valor probatorio de la información presentada como medio de prueba; 3) diversas finalidades, por ejemplo, en el contexto de determinadas reglamentaciones aplicables a los títulos valores y otros títulos negociables. Respecto de las funciones desempeñadas por los originales, se opinó que en todos los casos en que se exigía un original la integridad de la información recogida en el documento era un factor esencial del documento mientras que la singularidad del original era un factor también importante en algunos contextos, por ejemplo en el marco de los títulos negociables.

96. En base a este análisis, se expresaron dudas sobre si era realmente necesario incluir en las reglas uniformes una disposición que tratara de la noción de un "original", al menos en la fase actual. Se dijo que las cuestiones de índole probatoria, tanto si se referían a la admisibilidad de una prueba como a su valor probatorio, deberían ser resueltas en el artículo 9. Con respecto a las cuestiones específicas de los títulos valores y de los títulos negociables, se dijo que tal vez fuera preciso preparar disposiciones especiales en el futuro pero que esas disposiciones no formaban actualmente parte del objetivo primordial de las reglas uniformes.

97. El Grupo de Trabajo convino en reanudar en alguna fase ulterior su examen de la cuestión de un "original". Se dijo que una disposición como la de la variante C debería figurar en las reglas uniformes, pero que su texto debería reflejar mejor la gama de funciones que desempeñaba un original. El Grupo de Trabajo convino asimismo en que se modificara el orden de los incisos a), b) y c) para dejar más claro que había de prevalecer lo estipulado entre las partes sobre lo que constituía el equivalente funcional de un "original" y que el criterio señalado en los incisos a) y b) sería únicamente aplicable en ausencia de dicho acuerdo.

*Artículo 9. Valor probatorio de los mensajes de datos comerciales*

98. El texto del proyecto de artículo 9 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

"1) *Variante A:* Un mensaje de datos comerciales será admisible como medio de prueba, siempre que sea presentado en forma [tangible] [legible para el hombre] [y siempre que se demuestre que el mensaje ha sido consignado y archivado de manera fidedigna].

*Variante B:* En todo proceso judicial, no se dará aplicación alguna a las reglas de la prueba que sean óbice para la admisión como prueba de un mensaje de datos comerciales, en razón de que haya sido consignado [electrónicamente] o archivado en una terminal informática.

2) Los mensajes de datos comerciales tendrán [valor probatorio] [el mismo valor probatorio que un documento escrito que contenga los mismos datos] siempre que se demuestre que el mensaje ha sido consignado y archivado de manera fidedigna.

3) Para evaluar la fiabilidad de la manera en que se consignó y archivó el mensaje de datos comerciales, se tendrán presentes los siguientes factores: el método empleado para inscribir los datos; la suficiencia de las medidas de protección contra la alteración de los datos; la adecuación del mantenimiento de los soportes físicos de los datos; el método utilizado para la autenticación del mensaje."

*Epígrafe*

99. Se convino en que el epígrafe del artículo 9 dijera "admisibilidad y valor probatorio de los mensajes de datos comerciales", ya que el artículo 9 se ocupa tanto de la admisibilidad como medio de prueba de los mensajes de datos comerciales como de su valor probatorio.

*Párrafo 1)*

100. Hubo acuerdo general en el Grupo de Trabajo sobre el principio que se trataba de expresar de que no se debía denegar la admisibilidad como medio de prueba de los mensajes de datos comerciales por razón únicamente de su forma electrónica. Se dijo que ese principio tenía además un importante valor educativo, incluso para aquellos países que reconocen todos los medios de prueba. El Grupo de Trabajo pasó entonces a considerar la formulación precisa que habría de darse a este principio.

101. Se criticó la variante A por considerarla demasiado restrictiva ya que fijaba ciertos requisitos para la admisibilidad como medio de prueba de los mensajes de datos comerciales. Se sugirió que la variante A podía tener el efecto no buscado de facilitar la exclusión de una prueba por el solo hecho de ser presentada en forma electrónica. Además, se dijo que ese enfoque de la admisibilidad no sólo discriminaría innecesariamente contra los mensajes de datos comerciales sino que sería incompatible con aquellos ordenamientos jurídicos en los que se admitía plenamente la presentación de todo tipo de pruebas. Se añadió que las reglas uniformes no deberían introducir restricciones a la admisibilidad de los mensajes de datos comerciales no existentes para los documentos consignados sobre papel.

102. Prevaleció la opinión de que la variante B expresaba mejor el principio de que la forma en que se originaba, comunicaba o archivaba un mensaje de datos comerciales no debería ser en sí determinante de su admisibilidad como prueba. Se hicieron varias sugerencias de redacción con respecto a la variante B que se pidió que la Secretaría tuviera en cuenta al preparar el próximo proyecto de artículo 9. Se sugirió que se insertara la palabra "únicamente" a continuación de las palabras "en razón", para dejar bien claro que no cabría denegar valor probatorio a un mensaje de datos comerciales por la sola razón de su forma electrónica. Se expresó la inquietud de que esa adición suscitara dudas sobre si cabría caracterizar una objeción formulada contra un mensaje de datos comerciales como efectuada en razón de la forma electrónica del mensaje y no por otras razones. Se sugirió también que se insertara a continuación de las palabras "en razón de", el texto siguiente: "que sea la inscripción de un mensaje transmitido por medios electrónicos, o una inscripción de origen informático o presentada en forma informática". Se dijo que la finalidad de la primera parte del texto sugerido sería la de hacerlo aplicable al telefax y la de la segunda parte sería la de dejar bien claro que el mensaje tal vez procediera de un sistema informático y no de una única terminal informática.

*Párrafos 2) y 3)*

103. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el párrafo 2) tenía por objeto reconocer valor probatorio a los mensajes de datos comerciales y que el párrafo 3) tenía por objeto orientar sobre cómo debería evaluarse ese valor probatorio. Se expresaron opiniones divergentes sobre si era necesario o deseable mantener los párrafos 2) y 3). Se expresó el parecer de que deberían suprimirse estos dos párrafos, ya que el principio de la admisibilidad figuraba ya en el párrafo 1) y debía dejarse que fueran los tribunales nacionales los que determinaran el valor probatorio de los mensajes de

datos comerciales. Se dijo además que, pese a no ser exhaustiva la lista del párrafo 3), podía dar la impresión errónea de que los factores enunciados eran los únicos, o los más idóneos, para determinar el valor probatorio de los mensajes. Se expresó también el parecer de que se mantuviera el párrafo 2) como expresión del principio del valor probatorio de los mensajes de datos comerciales, pero suprimiéndose el párrafo 3) a fin de que fueran los tribunales nacionales los que determinarían cuál había de ser ese valor. Se expresó un tercer parecer de que se introdujera una salvedad que supeditara la regla del párrafo 2) a la del párrafo 3) a fin de aclarar que la orientación para la aplicación del principio sentado en el párrafo 2) se había de buscar en el párrafo 3).

104. Prevalció el parecer de que era preciso que las reglas uniformes contuvieran alguna disposición que enunciara las reglas de los párrafos 2) y 3) de que no debía denegarse valor probatorio a los mensajes de datos comerciales meramente por su forma electrónica y que orientaran a los tribunales sobre los factores que habrían de tomarse en consideración al evaluar ese valor probatorio. Se señaló que la orientación así impartida favorecería una aplicación uniforme de las reglas.

105. Hubo intercambio de pareceres sobre la conveniencia de que la regla del párrafo 2) estableciera la comparabilidad de un mensaje de datos comerciales con un documento escrito, como se hacía en el texto actual del párrafo 2), o si sería preferible que atribuyera un valor probatorio propio al mensaje de datos comerciales, que sería evaluado libremente por los tribunales. Se expresó el parecer de que una finalidad importante de las reglas uniformes era conseguir que el régimen aplicable de la prueba reconociera al mensaje de datos comerciales el mismo valor probatorio que el de un documento escrito. Se dijo que, por consiguiente, se debería sentar la presunción de que el mensaje de datos comerciales poseía el mismo valor probatorio que el de un documento escrito. Prevalció, no obstante, el parecer de que era difícil comparar en abstracto un mensaje de datos comerciales con un documento consignado sobre papel para otorgarle en todos los casos un valor probatorio automático equivalente. Se añadió que de nada serviría asignar al mensaje de datos comerciales el mismo valor probatorio que el de un documento escrito que, en algún caso, tal vez no existiera. Se observó además que, aun cuando existiera un documento escrito, ese documento tendría, según las circunstancias, más o menos valor probatorio que el de un mensaje de datos comerciales, pero su valor no tenía por qué ser el mismo. Se propuso una posible variante del texto que dijera: "El valor otorgado a un mensaje deberá ser el mismo cualquiera que sea la forma en que se haya consignado, almacenado o comunicado". Esta propuesta no obtuvo apoyo debido principalmente a que hablaba de un "mismo" valor probatorio sin dar ninguna referencia para la palabra "mismo".

106. Se sugirió suprimir el final del párrafo 2), a partir de las palabras "siempre que", por la misma razón que se había rechazado la variante A del párrafo 1), cuya redacción era similar (véase el párrafo 101 *supra*). No se apoyó esa sugerencia por estimarse que la parte del párrafo 2) que se sugería mantener no añadía nada al principio de la admisibilidad ya enunciado en el párrafo 1). Se observó además

que el texto del párrafo 2) resultaría más claro de formularse en términos que abarcaran el ciclo vital completo de un mensaje de datos comerciales. Se opinó que la elaboración de las reglas uniformes tal vez obligara a examinar más a fondo la noción del ciclo vital de un mensaje.

107. El Grupo de Trabajo pasó a examinar una propuesta de combinar los párrafos 2) y 3) que obtuvo apoyo general. En el nuevo proyecto, que habrá de preparar la Secretaría, se dispondrá que no debe rechazarse un mensaje electrónico por razón de su forma y se impartirá cierta orientación sobre cómo habrá de evaluarse el valor probatorio de un mensaje de datos comerciales. Se sugirió un texto como el siguiente:

"2) Deberá reconocérsele el valor probatorio que corresponda a todo mensaje de datos comerciales. Al evaluar el valor probatorio de un mensaje de datos comerciales de origen informático o archivado en forma informática, se deberá tener en cuenta la fiabilidad de la manera por la que se haya consignado o archivado el mensaje y, si así procede, la fiabilidad de la manera por la que se haya autenticado."

Se sugirió además que, a fin de dejar bien claro que no debía discriminarse contra el mensaje de datos comerciales por razón de su forma electrónica, deberían insertarse en la primera frase del nuevo texto sugerido para el párrafo 2), a continuación de "mensaje de datos comerciales", las palabras "no obstante su forma electrónica". Se cuestionó la idoneidad de las palabras adicionales sugeridas que darían lugar a que se mencionara dos veces la forma electrónica del mensaje.

108. El Grupo de Trabajo tomó nota de la sugerencia de que el artículo 9 mencionara también los requisitos que habría de satisfacer un mensaje electrónico para ser admitido como original, en términos como los siguientes: "De entablarse un proceso, nada de lo dispuesto en el régimen de la prueba será entendido como obstáculo a la admisión como medio de prueba de un mensaje de datos comerciales por razón de que no constituya un documento original, de ser ese mensaje la mejor prueba que cabe razonablemente esperar que esa persona obtenga".

109. Antes de dar por concluida la deliberación sobre el capítulo II, se expresó la opinión de que el epígrafe del capítulo, "Requisitos de forma", resultaba inadecuado por mencionarse en este capítulo los requisitos de forma establecidos para los documentos escritos, pero no los requisitos de forma de los mensajes de datos comerciales. Se sugirió que se reconsiderara el epígrafe del capítulo de no resultar posible definir y regular los requisitos de forma de los mensajes de datos comerciales.

### Capítulo III. Comunicación de mensajes de datos comerciales

#### Artículo 10. [Carácter vinculante] [Eficacia] de los mensajes de datos comerciales

110. El texto del proyecto de artículo 10 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

"1) [El expedidor quedará obligado por] [Se entenderá que el expedidor ha aprobado] el contenido de un mensaje de datos comerciales [, o la alteración o la revocación de un mensaje de datos comerciales.] cuando el mensaje haya sido emitido por él [en nombre propio] o por otra persona facultada para obligarlo.

2) Cuando un mensaje de datos comerciales [o la modificación o la revocación de un mensaje de datos comerciales] esté(n) sujeto(s) a autenticación, el supuesto expedidor que no haya quedado obligado a tenor del párrafo 1) [quedará no obstante obligado] [será no obstante tenido por haber aprobado el contenido del mensaje] cuando:

a) el supuesto expedidor y el destinatario hayan convenido en determinados procedimientos de autenticación;

b) la autenticación constituya, en las circunstancias del caso, un método comercialmente razonable de protección contra los mensajes de datos comerciales no autorizados; y

c) el destinatario haya cumplido con lo dispuesto en materia de autenticación.

3) El expedidor y el destinatario [podrán] [no podrán] convenir en que un supuesto expedidor quedará obligado con arreglo al párrafo 2) de no ser la autenticación comercialmente razonable en las circunstancias del caso.

4) Sin embargo, el supuesto expedidor, no quedará obligado en virtud del párrafo 2) si demuestra que el mensaje, tal como fue recibido por el destinatario, resultó de los actos de una persona:

a) que ni es ni ha sido empleado del supuesto expedidor, o

b) cuya relación con el supuesto expedidor no le daba acceso al procedimiento de autenticación.

La frase que antecede no será aplicable si el destinatario demuestra que el mensaje de datos comerciales resultó de actos de una persona que obtuvo acceso al procedimiento de autenticación por negligencia del supuesto expedidor.

5) El expedidor que esté obligado por el contenido de un mensaje de datos comerciales lo estará con arreglo a los términos del mensaje recibido por el destinatario. No obstante, el expedidor no estará obligado por un duplicado erróneo ni por los errores o discrepancias del mensaje de datos comerciales cuando:

a) el expedidor y el destinatario hubiesen acordado un procedimiento para descubrir duplicados erróneos, errores o discrepancias en un mensaje, y

b) la aplicación de ese procedimiento por el destinatario reveló o habría permitido revelar el duplicado erróneo, el error o la discrepancia.

[El párrafo 5) será aplicable a los errores o discrepancias de un mensaje de modificación o revocación al igual que a los errores o discrepancias de un mensaje de datos comerciales.]"

#### *Párrafo 1)*

111. El Grupo de Trabajo observó que el artículo 10, inclusive el párrafo 1), reproducía en general la pauta de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito. No obstante, se planteó la cuestión de si la regla contenida en el párrafo 1) era igualmente pertinente para los mensajes de datos comerciales que para las transferencias de crédito. Se expresaron al respecto opiniones divergentes. Una de ellas decía que se podía prescindir del párrafo 1) porque, cuando mucho, se limitaba a reafirmar los principios básicos aplicables del derecho de la representación. Se sugirió en este orden de cosas que la principal contribución sustantiva del artículo 10 se hallaría más bien en el párrafo 2), y que incluir el párrafo 2) podía sugerir distinciones respecto de los mensajes de datos comerciales cuando en realidad no había ninguna. Se preguntó además si no se podía considerar que el asunto de que se ocupaba el párrafo 1) ya había sido resuelto en el artículo 7.

112. La opinión predominante fue que la regla dispuesta en el párrafo 1) era de suficiente importancia para los mensajes de datos comerciales para justificar su conservación. El Grupo de Trabajo observó que la disposición tenía por fin proporcionar mayor certeza y claridad, o incluso servir de recordatorio, en una esfera en la que con mayor frecuencia se había visto que la práctica adolecía de falta de certeza, a saber, la cuestión de cuándo los destinatarios de mensajes de datos comerciales estaban facultados a actuar en consecuencia. Se sugirió que al ocuparse de este asunto las reglas uniformes facilitarían el uso del EDI. Otra razón para conservar el párrafo 1) que el Grupo de Trabajo estimó importante era la cuestión de la coherencia interna entre las reglas uniformes y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito. La preocupación a este respecto se relacionaba con la posibilidad de que si no se conservaba el párrafo 1) ello podría erróneamente sugerir que se quería establecer alguna otra regla distinta de la obvia, contenida en el párrafo 1), para el caso de los mensajes de datos comerciales.

113. Por lo que se refiere a la formulación precisa del párrafo 1), el Grupo de Trabajo acordó que sería preferible ceñirse, en la medida adecuada, a la redacción de disposiciones análogas de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito. Al mismo tiempo, se reconoció que las situaciones abarcadas por ambos instrumentos no eran complementarias, por lo que debía estudiarse algún ajuste en la terminología que se usara. En particular, se decidió que el título del artículo 10 debía hablar en términos de la "eficacia" de los mensajes de datos comerciales, y no en los de su "carácter vinculante", y que el párrafo 1) debía hablar en términos de que "se entenderá que el expedidor ha aprobado" el contenido de un mensaje de datos comerciales. Esta preferencia por la terminología más amplia reflejaba el hecho de que el contexto de los mensajes comprendería documentos de carácter no contractual. Dentro de estos parámetros generales, se pidió a la Secretaría que examinara varias sugerencias de redacción, inclusive: que en el párrafo 1) se hiciese referencia expresa a que quedaba subordinado al párrafo 5); sustituir al final del párrafo 1) las palabras "para obligarlo" por las palabras "para actuar en su nombre"; y añadir al final la precisión "con respecto a ese mensaje".

*Párrafo 2)*

114. Se observó que el párrafo 2) trataba dos tipos de situaciones en las que el supuesto expedidor que no quedaba vinculado con arreglo al párrafo 1) podía entenderse que había aprobado el contenido de un mensaje de datos comerciales. Uno era el caso en que las partes habían acordado los procedimientos de autenticación que debían seguirse entre ellos; el otro era la situación en que no existía tal acuerdo. Se intercambiaron opiniones sobre cómo debían tratarse uno y otro tipo de situación.

115. Una opinión era que, a la luz del reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes en el artículo 5, podría no ser necesario referirse a situaciones contractuales en el párrafo 2), cuyo alcance podría limitarse entonces sólo a los casos no contractuales. Otra opinión, que recibió amplio apoyo, decía que las situaciones contractuales debían distinguirse claramente de las no contractuales y tratarse en párrafos separados. Se sugirió que las situaciones contractuales, es decir, aquellas en las que había un acuerdo de comunicaciones, tenían que ser tratadas en primer término, y que la disposición debería reconocer la validez jurídica de dichos acuerdos. Con esto quedaría comprendida la mayoría de los casos que se diesen.

116. Por lo que se refiere al caso en que no hay acuerdo sobre la utilización de procedimientos de autenticación, el Grupo de Trabajo celebró un debate sobre la mejor manera de enfocar la cuestión de cómo asignar la carga de la prueba que las partes habían de soportar, con miras a promover la certeza en la aplicación del comercio electrónico, pero no a expensas de la equidad.

117. Una opinión, que recibió amplio apoyo, era que el párrafo 2) desplazaba innecesariamente la carga de la prueba que de otra manera hubiesen debido soportar las partes conforme a legislaciones nacionales vigentes. Se observó que normalmente la carga de la prueba correspondía a la persona que se beneficiaría del hecho de que se considerara que el supuesto expedidor había aprobado el mensaje, es decir, el destinatario. Se añadió que desplazar la carga de la prueba hacia el supuesto expedidor haría dudar a los usuarios antes de utilizar las comunicaciones electrónicas. Además, se dijo que el párrafo 2), en su formulación presente, en particular la palabra "obligado", daba la impresión de que había una presunción irrefragable a favor del destinatario, ya que le resultaría imposible al supuesto expedidor probar las condiciones expuestas en el párrafo 4) a fin de destruir la presunción. Se sostuvo que la presunción debía poder ser atacada por cualquier medio y se acordó suprimir la palabra "obligado".

118. En apoyo de la asignación de la carga de la prueba esbozada en el párrafo 2), se observó que el destinatario debía aún probar que cabría presumir que el mensaje procedía del supuesto expedidor, demostrando que el destinatario había seguido métodos de autenticación convenidos o razonables, cosa de la que cabía esperar que fuese capaz dado que sus procedimientos de autenticación estaban bajo su control. El resultado de que el destinatario satisficiera su carga de la prueba sería considerar que el supuesto expedidor había aprobado el contenido del mensaje. El supuesto expedidor tendría entonces oportunidad de probar que el expedidor no era su mandatario ni persona relacionada con

él. Se observó que ese enfoque no se apartaba de las reglas recibidas sobre la carga de la prueba necesaria y que promovía la utilización del comercio electrónico, ya que los usuarios podían confiar en que los mensajes fueran vinculantes. Se dijo también que no había razón para tratar al destinatario de manera menos favorable que en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito, donde, si bien el destinatario era normalmente un banco, es decir una parte con amplios recursos, la carga de la prueba recaía sobre el expedidor.

119. Para alentar la utilización del EDI se hicieron otras observaciones respecto del párrafo 2). Se expresó preocupación por el hecho de que ese párrafo hiciera referencia a la autenticación sin que el término hubiera sido definido. Se observó que no era necesaria la referencia a la modificación o la revocación de un mensaje de datos comerciales. A este respecto, se hizo notar que esa referencia era adecuada en el contexto del artículo 5 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito, en el que se inspiraba el artículo 10, ya que la Ley Modelo se ocupaba de órdenes de pago y de su revocación o modificación, pero era innecesaria en las reglas uniformes, ya que se referían únicamente a los mensajes de datos comerciales. Se observó que, en armonía con la decisión del Grupo de Trabajo sobre el artículo 7, la palabra "comercialmente" debía estar entre corchetes.

120. Con objeto de atender a algunas de las preocupaciones que se habían manifestado y expresar las opiniones predominantes, se sugirió una redacción de este o parecido tenor como texto alternativo del presente párrafo 2):

"Se entenderá que el supuesto expedidor, que no haya aprobado un mensaje a tenor del párrafo 1) o de algún acuerdo, ha aprobado dicho mensaje a tenor del presente párrafo cuando:

a) el mensaje recibido por el destinatario resultó de los actos de una persona cuya relación con el supuesto expedidor o con un mandatario suyo le permitía tener acceso al procedimiento de autenticación del expedidor;

y  
b) el destinatario verificó la autenticación por un método razonable en todas las circunstancias del caso."

Con respecto a la anterior propuesta, se manifestó preocupación porque parecía desplazar la carga de la prueba hacia el supuesto expedidor. Se respondió observando que la carga de la prueba recaía sobre el destinatario, ya que tenía que probar que el mensaje había sido enviado por un mandatario del supuesto expedidor y que por su parte había seguido procedimientos razonables de autenticación.

121. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un nuevo proyecto del párrafo 2), que continuaría figurando entre corchetes, inspirado en la nueva redacción propuesta.

*Párrafo 3)*

122. Se expresaron opiniones divergentes sobre la conveniencia de conservar el párrafo 3). Una opinión era que había que suprimirlo por innecesario. En apoyo de ese parecer, se señaló que la disposición no era pertinente en

los casos en que no existía acuerdo entre el supuesto expedidor y el destinatario sobre los procedimientos de autenticación que debían seguirse. Por lo que se refiere a los casos en los que sí existía acuerdo, se puso en duda la utilidad de la disposición ya que, de ser permisiva, sería redundante de aquellas disposiciones en las que se reconoce la validez jurídica de los acuerdos de comunicaciones, como se ha previsto, por ejemplo, en el artículo 5 y en el marco de las deliberaciones sobre el proyecto de párrafo 2) (véase el párrafo 115 *supra*), o, de ser restrictiva, sería contraria a dichas disposiciones. Respecto del enfoque restrictivo, se dijo que podría ser necesario con relación a los métodos de autenticación menos que razonables a fin de proteger a la parte más débil del abuso posible de la autonomía contractual por la parte que se encontrara en una posición negociadora ventajosa. A ese respecto, se sugirió que tal vez no fuera adecuado referirse a métodos “no razonables”, ya que las partes normalmente considerarían razonable todo lo por ellas acordado. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que debía incluirse en las reglas uniformes una disposición análoga a la del párrafo 3) y que las reglas uniformes no debían imponer ninguna limitación a la autonomía contractual de las partes en lo que respecta a la determinación del método de autenticación aplicable.

123. En cuanto a la exacta formulación del principio de la autonomía contractual por lo que hace a métodos de autenticación, hubo alguna diferencia de opinión. Se sostuvo, por una parte, que debía incluirse en una disposición especial como el artículo 10; otro parecer se inclinaba por expresarlo en una disposición general similar al artículo 5. En apoyo de esta segunda opinión, se arguyó que sería más apropiada una disposición general aplicable en todas las reglas uniformes, dado que pondría en claro que los tribunales no podían revisar *a posteriori* nada de lo acordado por las partes. Con respecto a la palabra “comercialmente”, en armonía con la decisión del Grupo de Trabajo sobre el artículo 7, se decidió que figurara entre corchetes. El Grupo de Trabajo decidió mantener el párrafo 3) dejando para una etapa posterior la decisión sobre la exacta ubicación o la forma de la disposición del párrafo.

124. El Grupo de Trabajo expresó su inteligencia de que el principio de la libertad contractual de las partes no pretendía prevalecer sobre las normas de la ley nacional que reservaran, en dominios como la fiscalidad, un tratamiento preferencial para las autoridades públicas y para los acreedores en caso de quiebra.

#### Párrafo 4)

125. Se planteó la cuestión de si el párrafo 4) se aplicaba tanto a las situaciones contractuales como a las no contractuales previstas en el párrafo 2). El Grupo de Trabajo observó, no obstante, que la sustancia del párrafo 4) se incorporaría a la versión revisada del párrafo 2) tal como antes se había decidido.

#### Párrafo 5)

126. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si era necesaria una regla como la contenida en el párrafo 5). Por un lado se opinó que había que suprimir ese párrafo. En apoyo de esa opinión, se observó que el párrafo 5) podía

entrar en conflicto con la ley aplicable en materia de contratos en varios aspectos; su redacción, en particular la palabra “obligado”, daba la impresión de que se ocupaba de los efectos jurídicos de un mensaje de datos comerciales y de la responsabilidad legal por la restitución o la expectativa de indemnización. Además, se dijo que el párrafo 5) desplazaba la carga de la prueba de los mensajes erróneos al expedidor y, en ausencia de algún procedimiento convenido, podía tener el efecto no buscado de alterar algún deber de diligencia impuesto sobre el destinatario por la ley aplicable. Además, se dijo que el párrafo 5) era incompleto en la medida en que no contemplaba casos en que no había acuerdo sobre los procedimientos que se podían seguir en caso de error, ni los casos en que los expedidores hubieran celebrado con terceros, como los intermediarios, algún acuerdo sobre los procedimientos para descubrir errores y los errores fueran imputables a esos terceros.

127. La opinión contraria que recibió amplio apoyo, era que debía conservarse el párrafo 5). A favor de ese parecer, se señaló que el párrafo no tenía por fin tratar los efectos jurídicos de un mensaje de datos comerciales, inclusive cuestiones como la responsabilidad por la restitución o la expectativa de indemnización o el perfeccionamiento del contrato; en cambio, el párrafo 5) se proponía exponer la regla general de que un mensaje, por lo que se refiere a su contenido, era eficaz tal como se había recibido e indicar las excepciones a esa regla.

128. Para poder atender a las preocupaciones expresadas, se sugirieron diversas formulaciones: “cuando haya que dar curso a un mensaje, se le dará curso tal como fue recibido por el destinatario”; otra formulación era “cuando se entienda que un expedidor ha aprobado un mensaje conforme a lo dispuesto en el presente artículo, prevalecerá el contenido del mensaje tal como fue recibido”; otra sugerencia era: “El hecho de que se entienda que un mensaje es eficaz como proveniente del expedidor no atribuye significado jurídico a ese mensaje. El significado jurídico que quepa atribuirle se determinará por otra ley”. En cuanto a esa sugerencia, se observó que podía causar confusión, en la medida en que sugería que existía siempre una operación subyacente separada de la comunicación del mensaje.

129. Se sugirió también que las excepciones a la regla general podían preverse mediante una redacción del siguiente o parecido tenor: “Cuando un mensaje de datos comerciales contenga algún error o sea un duplicado erróneo de un mensaje anterior, no se entenderá que el expedidor ha aprobado el contenido del mensaje en virtud del presente artículo en la medida en que el mensaje sea erróneo, cuando el destinatario se haya dado cuenta del error o si éste hubiese resultado manifiesto de haber actuado el destinatario con diligencia razonable o recurrido a algún procedimiento de verificación convenido”. Se observó que no se hacía mención en la propuesta de eventuales discrepancias, puesto que de darse alguna le sería aplicable la noción de error.

130. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que redactara de nuevo el párrafo 5), inspirándose en la redacción sugerida, poniendo de relieve que un mensaje debía ser eficaz tal como se recibió y que el destinatario tenía que adoptar medidas razonables para cerciorarse de que el

mensaje no hubiese sido alterado. Se acordó que la disposición debía evitar una redacción que abarcara la noción de "equivocación" o "error" en el contrato o pudiese sugerir erróneamente que la disposición se refería a los efectos jurídicos del mensaje.

131. Con respecto a la redacción entre corchetes al final del párrafo 5), el Grupo de Trabajo decidió mantenerlos, reconociendo que aunque el objeto principal de las reglas uniformes era el mensaje de datos comerciales, podían ser necesarios los mensajes de corrección.

132. Al concluir el examen del párrafo 5), se planteó la cuestión de que el Grupo de Trabajo podría estudiar los aspectos de seguridad que se presentaban cuando se producía un cambio de los intermediarios. El Grupo de Trabajo decidió que sería mejor tratar esa cuestión en el artículo 15.

#### *Artículo 11. Obligaciones posteriores a la transmisión*

133. El texto del proyecto de artículo 11 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

"1) El presente artículo será aplicable cuando:

a) los expedidores y los destinatarios de mensajes de datos comerciales hayan convenido en dar acuse de recibo de los mensajes;

b) un intermediario requiera que se dé acuse de recibo de los mensajes;

c) el expedidor de un mensaje de datos comerciales solicite en el propio mensaje o de alguna otra forma que se dé acuse de recibo del mismo.

2) Todo expedidor podrá requerir del destinatario acuse de recibo del mensaje.

3) *Variante A:* [El destinatario de un mensaje en el que se requiera acuse de recibo no dará curso al mensaje sin haber dado acuse de recibo.] [El destinatario de un mensaje en el que se requiera acuse de recibo que dé curso al mensaje antes de haber dado acuse de recibo lo hará por su cuenta y riesgo.]

4) Si el expedidor no recibe el acuse de recibo dentro del plazo [convenido o requerido o dentro de un plazo razonable] podrá, tras notificar sin demora al destinatario al efecto, considerar el mensaje como nulo e ineficaz.

*Variante B:* El acuse de recibo, cuando lo reciba la parte iniciadora, constituye [prueba concluyente] [una presunción] de que el mensaje a que se refiere ha sido recibido [y, cuando se requiera confirmación de la sintaxis, de que el mensaje era sintácticamente correcto]. [Queda fuera del alcance de las presentes reglas el determinar otros posibles efectos jurídicos de un acuse de recibo funcional.]"

#### *Título*

134. Se recordó que, en períodos de sesiones anteriores, el Grupo de Trabajo había decidido que las reglas uniformes no deberían imponer la obligación de utilizar acuses de recibo funcionales. También se recordó que la utilización

de este procedimiento podría resultar, en determinadas circunstancias, excesivamente costosa y que, en todo caso, la decisión de utilizar acuses de recibo funcionales era una decisión comercial que incumbía a los usuarios de mensajes de datos comerciales. A este respecto, se expresó la opinión de que debería suprimirse todo el artículo 11. La opinión prevaleciente, no obstante, fue que el artículo debía conservarse en vista de la anterior decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en el sentido de que las reglas uniformes debían alentar la utilización de acuses de recibo funcionales y también en vista del hecho de que podría resultar necesaria una regla supletoria aplicable a situaciones en las que no existiera acuerdo previo entre las partes sobre el tema del acuse de recibo. Se convino en general en que en el título del artículo 11 no se hiciera mención alguna de "obligaciones", sino que se refiriera simplemente al "acuse de recibo funcional".

#### *Definición de "acuse de recibo funcional"*

135. Se expresaron diversas opiniones respecto del contenido de la noción de "acuse de recibo funcional". Se expresó la opinión de que podría ser necesario aclarar la posible vinculación entre la noción de "acuse de recibo funcional" y cualquier procedimiento de "autenticación". También se dijo que toda disposición aplicable a cuestiones relativas a acuses de recibo funcionales debería indicar claramente si el trámite de acuse de recibo llevaba consigo alguna revelación de la información contenida en el mensaje de datos comerciales. Se convino en general en que el tipo de procedimiento previsto para el "acuse de recibo funcional" estaba destinado simplemente a probar el hecho jurídico de que se había recibido determinado mensaje y que ese procedimiento no debería suponer revelación alguna del contenido del mensaje. Antes bien, el "acuse de recibo funcional" debía considerarse como un equivalente de los procedimientos utilizados en el contexto del correo certificado.

136. Se sugirió que debería proporcionarse una definición del término "acuse de recibo funcional" en las reglas uniformes, posiblemente en el artículo 2. Con respecto al posible contenido de esa definición, se opinó en general que, en ausencia de obligaciones contractuales específicas en cuanto a la forma del acuse de recibo, debería autorizarse al destinatario de un mensaje de datos comerciales del que se haya requerido un acuse de recibo a realizarlo por diversos medios, y no necesariamente a través de la emisión de un mensaje de "acuse de recibo funcional" formal. Por ejemplo, se dijo que la conducta del destinatario de una orden de compra que, en respuesta, emitía una notificación de embarque, podía equipararse a la emisión de un acuse de recibo funcional. También se sugirió que el supuesto en que el aviso de recepción de un mensaje lo daba automáticamente el sistema informático del destinatario debería equipararse a la emisión de un mensaje de "acuse de recibo funcional" formal. Se convino en general en que, en caso de incluirse una definición de "acuse de recibo funcional" en las reglas uniformes, ésta debería tener en cuenta las sugerencias y opiniones anteriores. Como posible alternativa a una definición formal, se sugirió que el artículo 11 podría incluir indicaciones sobre la forma de realizar un acuse de recibo funcional. Se sugirió el texto siguiente:

“Podrá darse acuse de recibo de un mensaje de datos comerciales mediante:

- 1) la emisión de un mensaje técnico denominado “acuse de recibo funcional”;
- 2) la confirmación automática de la recepción del mensaje de datos comerciales; o
- 3) un mensaje de respuesta que sólo sería expedido a la recepción de un mensaje anterior.”

#### *Párrafo 1)*

137. Se preguntó si el inciso *b)* se aplicaba a la situación en la que el acuse de recibo sea requerido por las “reglas del sistema” que tal vez rijan el funcionamiento de una red informática con valor agregado. Se sugirió que se mencionara expresamente en el párrafo que la utilización de un acuse de recibo funcional tal vez venga impuesta por las propias “reglas del sistema”, que según se afirmaba, se utilizaban comúnmente en la práctica. Se expresó el parecer contrario de que las reglas uniformes no deberían permitir que los intermediarios impusieran por su cuenta requisitos en materia de acuse de recibo. Se sugirió que deberían añadirse las palabras “en nombre de los destinatarios de mensajes” al final del inciso *b)*. Prevalció, no obstante, el parecer de que las reglas uniformes deberían evitar, en lo posible, inmiscuirse en las relaciones contractuales entre las redes de valor agregado y sus usuarios.

#### *Párrafo 2)*

138. El Grupo de Trabajo convino en suprimir el párrafo 2), dado que la idea expresada en ese párrafo ya estaba implícita en el párrafo 1).

#### *Variante A*

##### *Párrafo 3)*

139. Se criticó la primera oración del párrafo 3) de la variante A debido a que crearía para el destinatario de un mensaje la obligación de no actuar sin haber recibido el acuse de recibo. Además, se dijo que no explicaba cuáles eran las consecuencias del incumplimiento de una obligación de esa índole. Se convino en general en que se suprimiera la oración.

140. Se criticó la segunda oración del párrafo 3) de la variante A debido a que era demasiado vaga y no especificaba las consecuencias que podrían derivarse del riesgo corrido por el destinatario de un mensaje que actuara sin haber recibido un acuse de recibo. No obstante, también se expresó apoyo en favor del proyecto de disposición. Se afirmó que otras reglas de derecho contractual determinarían las consecuencias que debían atribuirse a la conducta del destinatario y que el proyecto de disposición reflejaba la situación jurídica actual de muchos países. Se opinó en general que, en caso de mantenerse una disposición conforme a la segunda oración del párrafo 3) de la variante A, ésta debería combinarse con el proyecto de párrafo 4).

##### *Párrafo 4)*

141. Con respecto al proyecto de párrafo 4), se expresó apoyo a favor de la regla supletoria enunciada en el

proyecto de párrafo por la razón de que, en ausencia de un acuerdo más específico, proporcionaba certidumbre en cuanto a la asignación de riesgos entre el expedidor y el destinatario en situaciones en que el expedidor no recibía el acuse de recibo solicitado. No obstante, se objetó contra la disposición la posibilidad de que interfiriera con la ley por lo demás aplicable a la relación contractual. También se dijo que el proyecto de disposición simplificaba excesivamente una serie de situaciones potencialmente complejas en que las consecuencias de la no emisión de un acuse de recibo podían variar de acuerdo con otras normas jurídicas aplicables. En general se convino en que la interpretación de una disposición de conformidad con el proyecto de párrafo 4) no debería permitir que el destinatario privara de eficacia jurídica a un mensaje, por ejemplo a un mensaje que notificara la extinción de un contrato, por el mero hecho de negarse a emitir un acuse de recibo funcional.

142. Se sugirió que el sentido del texto del proyecto de párrafo 4) era demasiado amplio y que debía restringirse el alcance de la disposición a aquellas situaciones en que el expedidor hubiera notificado previamente al destinatario que un mensaje se consideraría nulo y sin valor en ausencia de un acuse de recibo. Se sugirió el texto siguiente:

“Si, al transmitir o con anterioridad a la transmisión de un mensaje de datos comerciales, o por medio de ese mensaje, el expedidor ha solicitado un acuse de recibo y estipulado que el mensaje no será válido hasta que se reciba ese acuse de recibo, el destinatario no podrá valerse del mensaje, para cualquier propósito para el que por lo demás le hubiera gustado hacerlo, hasta que el expedidor haya recibido un acuse de recibo.

Cuando el expedidor no haya solicitado que el acuse de recibo sea dado de alguna manera especial, toda solicitud de acuse de recibo quedará satisfecha mediante cualquier comunicación que sea suficiente para indicar al expedidor que el mensaje ha sido recibido.”

Se dijo, no obstante, que de limitarse el efecto del párrafo 4) a la situación en que el expedidor haya notificado previamente al destinatario podrían plantearse dificultades, por lo menos de emplearse las técnicas más avanzadas de EDI, dado que no contenían los mensajes normalizados ningún campo para mencionar esta notificación previa.

143. Se sugirió que en el texto del párrafo 4) las palabras “como nulo e ineficaz” deberían reemplazarse por las palabras “como no recibido”.

#### *Variante B*

144. El contenido de esta disposición se estimó aceptable en general. Se decidió que, en la preparación del próximo proyecto de artículo 11, la Secretaría debería combinar el fondo de la variante B con elementos de la variante A, a fin de tener en cuenta las sugerencias e inquietudes anteriormente reseñadas.

#### *Artículo 12. Perfeccionamiento de contratos*

145. El texto del proyecto de artículo 12 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

"1) [La validez] [El reconocimiento] jurídica(o) de un contrato no será denegada(o) [ni las partes en ese contrato podrán impugnar su validez] por la sola razón de que se haya celebrado mediante el intercambio de mensajes de datos comerciales.

2) El contrato celebrado mediante el intercambio de mensajes de datos comerciales se perfecciona en el momento [y en el lugar] de recepción por el destinatario del mensaje que entrañe la aceptación de una oferta."

#### *Párrafo 1)*

146. Se expresaron opiniones divergentes acerca de si era necesario mantener una regla como la del párrafo 1). Se expresó el parecer de que debería suprimirse ese párrafo. En apoyo de ese parecer, se afirmó que esa disposición podría interferir con el derecho aplicable al perfeccionamiento del contrato, esfera que debería dejarse al derecho aplicable. Además, se señaló que esa disposición no era necesaria ya que esa cuestión se tenía debidamente en cuenta en los artículos 6 y 7, en la medida en que esos artículos trataban del cumplimiento de los requisitos necesarios para un documento escrito y firmado. Se afirmó además que un mensaje de datos comerciales era simplemente un medio de comunicación, que los contratos se celebraban por el intercambio de una oferta y de su aceptación, pudiéndose hacer una u otra o ambas por medios electrónicos, y que el contrato existiría cualquiera que fuera el medio por el que se comunicaran la oferta y su aceptación. Se dijo que, de permitirse hacer la oferta y la aceptación por medios electrónicos, sería redundante cualquier referencia a la noción de contrato. Se cuestionó también la conveniencia de incluir una disposición sobre la formación del contrato cuando los medios electrónicos de comunicación se estaban utilizando no sólo para la celebración de contratos sino también para diversas otras finalidades como, por ejemplo, para efectuar pagos internacionales.

147. Ahora bien, prevaleció la opinión de que por diversas razones se debería mantener el párrafo 1). Se señaló que ese párrafo no tenía por objeto inmiscuirse en el régimen del derecho aplicable en materia de perfeccionamiento del contrato, sino que más bien se trataba de dejar bien sentado que no debía negarse validez jurídica a un contrato simplemente porque se hubiera celebrado por medios electrónicos. Además, se añadió que la regla contenida en el párrafo 1) no se reconocía en todos los ordenamientos jurídicos y que su importancia podía justificar la necesidad de una mínima injerencia en las normas relativas al perfeccionamiento de contratos de algunos países que tenían normas pertinentes en materia de perfeccionamiento de contratos por medios electrónicos. Se señaló que, en consecuencia, con esa regla se daría respuesta al llamamiento del mundo comercial respecto a la necesidad de una mayor certeza o fiabilidad jurídicas en la celebración de contratos por medios electrónicos. El Grupo de Trabajo señaló que los artículos 6 y 7 sólo se ocupaban de los requisitos de escrito y de firma y que no enunciaban una regla que protegiera la validez de las operaciones comerciales en su conjunto contra las objeciones fundadas en su forma electrónica.

148. En cuanto a la formulación exacta del párrafo 1), hubo varias expresiones de inquietud. Una de ellas se

refería a que era contradictorio hablar de un contrato "celebrado" y decir que "no se negará validez jurídica" a ese contrato. Se expresó la opinión de que si se celebraba un contrato no se le podía negar validez jurídica. Otra preocupación se refería a que la actual formulación del párrafo 1) podía ser causa de confusión ya que en la mayoría de los idiomas la palabra "celebración" se identificaba con "perfeccionamiento" de un contrato. A fin de tener en cuenta esas preocupaciones, se sugirió que la palabra "contrato" se sustituyera por un término como "operación" o "acuerdo". También se manifestó preocupación por el uso de la expresión "por la sola razón" ya que no quedaba suficientemente claro si varios tipos posibles de objeción podrían caracterizarse como objeción "por la sola razón" de que se utilizaron medios electrónicos. Se sugirió también que esa formulación podría tener el efecto no intencionado de menoscabar otros requisitos formales que pudieran aplicarse, tales como el de que un contrato debe ir sellado. Pero también se expresó inquietud acerca de que la formulación negativa del párrafo 1) podría dar la impresión de que había cierta incertidumbre en cuanto a si un contrato podía celebrarse electrónicamente. A fin de tener en cuenta esa preocupación se sugirió que se formulase el párrafo 1) de forma positiva. Se sugirió además que se dispusiera en el párrafo 1) que no se negará validez jurídica (obligatoriedad) a una operación comercial celebrada por medios electrónicos por la sola razón de que se celebró por medios electrónicos o sin intervención humana. En lo que se refiere a esa propuesta, se observó que, en definitiva, no podía afirmarse que la comunicación electrónica carecía de intervención humana, ya que siempre debía existir una intervención de la voluntad humana si no respecto a un mensaje determinado al menos en la medida en que las terminales informáticas son programadas por seres humanos.

149. Se pidió a la Secretaría que estudiara la formulación del párrafo 1) a fin de tener en cuenta las inquietudes expresadas respecto a la necesidad de evitar entrar en esferas regidas por el derecho de los contratos.

#### *Párrafo 2)*

150. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si debía mantenerse el párrafo 2), en particular dado que parecía que trataba de cuestiones fundamentales de derecho contractual. En apoyo de mantener el párrafo 2), al menos en la medida en que trata del momento y no del lugar de celebración de los contratos, se afirmó que era útil establecer la regla de que un contrato se celebraría por medios electrónicos en el momento de la recepción del mensaje que constituyera la aceptación. Se afirmó que esa regla, que reflejaría las necesidades particulares de las relaciones concertadas por EDI y el hecho de que la recepción era relativamente fácil de demostrar en el contexto del EDI, sería útil en particular para aquellos países en los que rigiera otra norma sobre el momento de celebración del contrato distinta de la del momento de recepción de la aceptación.

151. Sin embargo, prevaleció la opinión de que se suprimiera el párrafo 2). Se afirmó que el párrafo 2) no era necesario ya que tanto los instrumentos internacionales como el derecho interno trataban suficientemente la cuestión del momento y del lugar de celebración del contrato. Además, se pusieron objeciones al párrafo 2) por la

razón de que, en la medida en que adoptaba la teoría de la recepción de la aceptación con respecto a la celebración del contrato, era demasiado general y con él se interfería en el régimen de derecho interno aplicable al perfeccionamiento del contrato. En general, se estimó que las reglas uniformes deberían limitarse a establecer una regla en cuanto al momento de la recepción de los mensajes de datos comerciales, cuestión que se trata en el artículo 13. Ahora bien, a fin de facilitar la posibilidad de examinar más adelante la cuestión tratada en el párrafo 2), el Grupo de Trabajo decidió conservar ese párrafo entre corchetes.

*Artículo 13. Recepción de los mensajes de datos comerciales*

152. El texto del proyecto de artículo 13 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“Se tendrá por recibido el mensaje de datos comerciales por el destinatario

*Variante A:* en el momento en que el mensaje [llegue a] [entre en] [sea puesto a disposición del] [y quede inscrito en] [el sistema informático] [el buzón] [la dirección] del destinatario [o por él designado(a)].

*Variante B:* a) en el momento de ser inscrito el mensaje en el sistema informático directamente controlado por el destinatario de modo tal que pueda ser recuperado; y

b) en el lugar en que el destinatario tenga su establecimiento.”

153. Se suscitó una cuestión general respecto a la necesidad de incluir en las reglas uniformes una disposición como el artículo 13 ya que podría considerarse que las cuestiones del momento y del lugar de recepción estaban ya debidamente reguladas por la ley interna aplicable. Se sugirió dentro de esta línea que si la finalidad era aclarar las reglas, posiblemente bastase con facilitar indicaciones respecto a dónde podría encontrarse en los ordenamientos aplicables la respuesta a las cuestiones del momento y el lugar de recepción. Se expresó la opinión de que utilidad de la presente versión del artículo 13 era limitada ya que se arriesgaba a facilitar soluciones excesivamente generales y simplificadas a cuestiones complejas que requerían soluciones más matizadas. Aun admitiendo que el texto que tenían ante sí necesitaba una mayor elaboración, el Grupo de Trabajo opinó en general que, habida cuenta de las nuevas características tecnológicas y prácticas del EDI, y del efecto negativo para la aplicación del EDI de la disparidad de regímenes internos, sería conveniente incluir algún tipo de disposición sobre el momento de la recepción del mensaje de datos comerciales para que tuviera el grado de certidumbre jurídica necesario para facilitar el comercio electrónico. Por las mismas razones, recibió también un cierto apoyo la inclusión de una regla sobre el lugar de recepción.

*Momento de la recepción*

154. Por lo que respecta al momento exacto en que había de considerarse recibido un mensaje de datos comerciales, el Grupo de Trabajo tuvo ante sí dos variantes que establecían ese momento en distintas fases del ciclo vital del

mensaje de datos comerciales. Se consideró por lo general que era necesario seguir examinando el artículo 13 en su actual formulación independientemente de la variante que se adoptara, habida cuenta de las características peculiares del intercambio de mensajes en el sistema EDI. En especial se llamó a la atención del Grupo de Trabajo sobre la posibilidad de que el concepto de “llegada” al sistema informático del destinatario o de “entrada” en él, idea que se encontraba en la variante A, y el concepto de “inscripción” en el sistema informático del destinatario, como se describe en la variante B, eran insuficientes para tener en cuenta las diversas etapas y las posibles dificultades que podían encontrarse en la transmisión y la recepción de los mensajes de datos comerciales. Figuraban entre esas etapas la expedición, la recepción, la entrada, la inscripción, posiblemente la traducción, la recuperación por el destinatario y la “lectura” o la anotación del contenido del mensaje por el destinatario. Se señaló que en varias de esas etapas existía la posibilidad de que surgieran problemas y que había que tener en cuenta esa posibilidad al formular la regla. Entre esos problemas cabría citar, por ejemplo, que la memoria de la terminal informática del destinatario estuviera llena impidiendo la entrada o la inscripción del mensaje o que el sistema del destinatario no estuviera en funcionamiento debido a un corte de corriente o a un problema tan sencillo como la falta de papel en la máquina fax del destinatario. Se suscitó también la cuestión de si podría no ser necesario considerar el establecimiento de distintos momentos según el tipo de tecnología que se utilizase para la transmisión del mensaje. Una observación final de carácter más general fue que sería conveniente dejar claro en la introducción del artículo 13 que la disposición se aplicaría con carácter supletorio y que estaba por consiguiente supeditada a la autonomía contractual de las partes.

155. El Grupo de Trabajo procedió seguidamente a un intercambio de opiniones sobre cuál era el momento concreto o la etapa específica del ciclo vital antes mencionado del mensaje de datos comerciales que debería utilizarse para determinar el momento de la recepción. Una opinión, basada en la variante A, fue que el momento debería ser cuando el mensaje llegaba al sistema informático del destinatario. Se sugirió que una regla de esta naturaleza reflejaría adecuadamente las diferentes esferas de control del expedidor y del destinatario y establecería por consiguiente una distribución adecuada del riesgo. Se hicieron otras observaciones dirigidas a la posible necesidad de incluir en la regla una mayor concreción, en especial para reflejar que el riesgo de que el sistema del destinatario no funcionase debidamente debía correr a cargo del destinatario. Se formuló una sugerencia en este sentido en la que se combinaban elementos de las dos variantes A y B:

“El destinatario recibe el mensaje de datos comerciales en el momento en que el mensaje entra en el sistema informático por él controlado de tal modo que el destinatario pueda recuperarlo o podría haberlo recuperado de haber estado funcionando debidamente su sistema informático.”

156. Otros sugirieron una nueva formulación redactada como sigue:

“El destinatario recibe el mensaje de datos comerciales en el momento en que el mensaje entra en el sistema

informático controlado [o elegido] por él de tal modo que el destinatario pueda recuperarlo o en el momento en que el mensaje podría haber entrado en el sistema informático del destinatario y ser recuperado por éste de haber estado ese sistema funcionando debidamente.”

157. Por lo que respecta al problema que puede surgir cuando no puede completarse una transmisión debido a la imposibilidad de que el sistema del destinatario reciba mensajes, se suscitó la cuestión de si en esos casos las reglas uniformes deberían establecer un procedimiento para efectuar un número mínimo de intentos. Se puso además en duda si en esos casos, especialmente en el caso de que la capacidad de almacenamiento de la terminal del destinatario estuviera llena, el mensaje podría considerarse recibido.

158. Se señaló que la expresión “controlado por el destinatario” que se encuentra en la referencia de la variante B al sistema informático del destinatario podía ser muy restringida, ya que bien podría ocurrir que el destinatario recibiera mensajes en un sistema que no controlara y que hubiera sencillamente designado. Se sugirió desde este punto de vista que sería preferible emplear en la expresión una palabra como “designado”. También se sugirió que, en lugar de hacer referencia al terminal informático del destinatario, posiblemente fuera preferible utilizar una expresión más general como era “instalación”.

159. Otra posible complejidad que se puso de relieve estaba referida a las diversas ramificaciones que podría suscitar el hecho de que en el contexto del EDI la “lectura” o la legibilidad de un mensaje no era una cuestión tan sencilla como en el sistema tradicional basado en el papel. Se estuvo en general de acuerdo en que debería redactarse la regla de forma que excluyera la posibilidad de que el destinatario pudiera anular la transmisión del mensaje haciendo caso omiso de él o negándose a leerlo. Se reconoció al mismo tiempo, sin embargo, que podrían existir circunstancias que exigieran la adopción de medidas adicionales una vez llegado el mensaje al objeto de que fuera legible. Por ejemplo, podría suceder que el mensaje tuviera que ser traducido, decodificado o descifrado. Se expresó el temor de que en ese caso el momento de la recepción no debería estar sujeto al capricho del destinatario, o al retraso originado por éste, en la adopción de esas medidas adicionales. Se sugirió que podría encontrarse un equilibrio adecuado que tuviera en cuenta esas circunstancias en una formulación gemela basada en que el mensaje llegara al sistema del beneficiario y pudiera accederse a él o recuperarse. Se expuso la opinión de que dicha formulación tendría también en cuenta la posibilidad de que un intermediario cambiara de formato al mensaje, lo tradujera o de cualquier otra forma lo procesara antes de que fuera accesible al destinatario. Otra propuesta para abordar estos casos era establecer que si el mensaje no era accesible de forma visible o inteligible para el destinatario, se estimase que el momento de la recepción fuera el momento mismo en que razonablemente fuera accesible.

#### *Lugar de recepción*

160. Se formularon reservas respecto a la necesidad y conveniencia de incluir una regla sobre el lugar de recepción, como se sugería en el inciso b) de la variante B. Las reservas se basaban en la idea de que no era necesaria una

regla supletoria sobre la cuestión del lugar, por ser una cuestión que podría resolverse fácilmente mediante contrato o de conformidad con la ley aplicable, y en consecuencia los tribunales probablemente tuvieran que centrarse en una diversidad de factores importantes y no dejarse guiar únicamente por la ubicación del terminal informativo del destinatario. Se señaló a este respecto que la cuestión del lugar de la recepción se regía generalmente por el derecho interno así como por los instrumentos internacionales, en especial la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa. También se insistió en que no podía darse por sentado que la regla general establecida en el proyecto de texto fuera adecuada para todos los casos.

161. En respuesta a estas reservas y temores, se afirmó que una de las principales razones para incluir una regla sobre el lugar sería abordar una circunstancia característica del comercio electrónico que podría no ser necesariamente tratada de forma adecuada por el derecho interno o el derecho internacional vigentes, a saber, la gran frecuencia con que el sistema informático del destinatario en que se recibía o recuperaba el mensaje estaba situado en una jurisdicción distinta de aquella en la que se encontraba el destinatario. La razón fundamental en que se apoyaba la disposición era por consiguiente asegurar que la ubicación de un sistema informático no fuera el elemento decisivo sino que existiera una conexión hasta cierto punto razonable entre el destinatario y lo que se consideraba que era el lugar de recepción, lugar que el expedidor pudiera determinar fácilmente. También se señaló que la regla sobre el lugar de recepción, al igual que la regla sobre el momento de la recepción, tenía por finalidad servir de regla supletoria sujeta al acuerdo de las partes en contrario y aplicarse a una amplia diversidad de transacciones que caerían dentro de los derechos internos e internacionales que regían las operaciones de compraventa.

162. Por lo que respecta a la formulación concreta de una regla sobre el lugar, se suscitó la cuestión de saber hasta qué punto sería realmente posible separar, como al parecer se había intentado en el texto actual, la cuestión del momento y la cuestión del lugar. Se señaló a este respecto que el concepto de momento concreto de recepción tendría que estar necesariamente ligado a un lugar concreto. Se sugirió que este problema podría resolverse sustituyendo en el encabezamiento las palabras “el destinatario recibe el mensaje de datos comerciales” por las palabras “se considera que el destinatario recibe el mensaje de datos comerciales”. Por lo que respecta al caso de que el destinatario tuviera más de un establecimiento, se sugirió que la regla podría hacer referencia al lugar más estrechamente relacionado con la transacción. Para paliar el temor de que la regla sobre el lugar no fuera excesivamente general, se sugirió que las reglas uniformes establecieran únicamente que el lugar de recepción fuera necesariamente el lugar en que estuviera ubicado el sistema informático del destinatario, o en que se almacenara o registrara el mensaje.

163. Tras estudiar la cuestión, el Grupo de Trabajo, al no conseguir llegar a una decisión sobre el contenido del artículo 13, pidió a la Secretaría que revisase la disposición, teniendo en cuenta los comentarios y observaciones realizados e incluyendo una regla subsidiaria relativa al lugar de recepción.

*Artículo 14. Inscripción y archivo de los mensajes de datos comerciales*

164. El texto del proyecto de artículo 14 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

"1) *Variante A:* Será aplicable el presente artículo siempre que la norma legislativa o reglamentaria aplicable o lo estipulado en el contrato requieran que las inscripciones sean archivadas.

*Variante B:* A reserva de que la ley disponga otra cosa, de haberse de archivar las inscripciones, esa obligación [deberá] [podrá] satisfacerse conservando las inscripciones en forma de mensajes de datos comerciales, siempre que se cumpla con los requisitos de los párrafos 2) y 3).

2) El expedidor archivará los mensajes de datos comerciales en el formato transmitido y el destinatario en el formato en que los recibió.

3) Las inscripciones electrónicas o informáticas de los mensajes serán de fácil acceso y deberán poder ser reproducidas en forma legible para el hombre y, de ser necesario, en forma impresa. Deberá conservarse el equipo operacional necesario a estos efectos."

*Párrafo 1)*

165. Si bien ni la variante A ni la variante B suscitaron reacciones muy intensas en el Grupo de Trabajo, se criticó la variante A por introducir al parecer requisitos adicionales a los existentes en el derecho aplicable o en la práctica contractual. Se prefirió la variante B por describirse en ella mejor el contexto operacional, pese a que su texto suscitaba algunas cuestiones. Se hicieron varias sugerencias de redacción con respecto a esta variante. Se expresó el parecer de que la expresión "a reserva de que la ley disponga otra cosa" era inadecuada, puesto que la finalidad del párrafo era precisamente la de soslayar el requisito legal de que hubiese de archiversse la información en documentos de papel. Se expresó preferencia por la palabra "deberá" entre corchetes. Con respecto de las palabras "en forma de mensajes de datos comerciales", se observó que pudieran dar la impresión errónea de que por mensaje de datos comerciales había de entenderse una determinada forma en la que se pueda conservar la información, pero no la información en sí.

*Párrafo 2)*

166. Se expresó la inquietud de que, en la medida en que el párrafo 2) enunciaba el deber de archivar los mensajes de datos comerciales, constituía un desvío injustificado de la práctica normal. Se dijo además que el párrafo 2) suscitaba cierto número de cuestiones. La primera era la de cómo se habían de archivar los mensajes. La segunda sería la de saber quién tendría acceso a los mensajes así archivados, es decir, el expedidor, el destinatario, algún tercero, o el público en general. Se dijo que todo ello suscitaba cuestiones de confidencialidad y de protección de los datos así como cuestiones de derecho público, de orden constitucional, administrativo y penal. A este respecto, se dijo que las reglas uniformes deberían únicamente abordar

las cuestiones de derecho privado, pero estableciendo claramente que todo asunto de interés particular debería ser confidencial. A la luz de esas observaciones, se sugirió que el párrafo 2) no impusiera ningún deber de archivar mensajes, sino que se dejara este asunto a la discreción de las partes. Se sugirió que eso se conseguiría sustituyendo la palabra "archivará" por "podrá archivar". Se expresó también la inquietud de que el texto actual del párrafo 2) no bastara para asegurar la integridad del mensaje, por lo que se sugirió que se insertaran las palabras "sin alteraciones y en lugar seguro" a continuación de la palabra "archivará".

*Párrafo 3)*

167. Se sugirió que debería insistirse en el párrafo 3) en las nociones de accesibilidad e inteligibilidad. Se expresaron diversos pareceres sobre el deber de conservar el equipo necesario para la recuperación y reproducción del mensaje. Según uno de estos pareceres se opinó que debería establecerse ese deber por la importancia del equipo para la recuperación y reproducción de los mensajes. Según otro parecer ese deber era demasiado oneroso, por lo que no debería establecerse.

168. Si bien no se adoptó resolución alguna respecto de si el deber enunciado en la última frase del párrafo 3) debería ser o no impuesto por las reglas uniformes, se opinó en general que las palabras "deberá conservarse el equipo operacional..." eran inadecuadas, pues daban a entender que el usuario de cierto equipo quedaba obligado a inmovilizar y conservar físicamente la totalidad de ese equipo. Se sugirió que sería preferible hablar de la "disponibilidad" y no de la "conservación" del equipo operacional. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara el artículo 14 a la luz de los comentarios y observaciones que se habían formulado.

*[Artículo 15. Responsabilidad]*

169. El texto del proyecto de artículo 15 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

"(1) Cada parte responderá de los daños y perjuicios derivados directamente de la no observancia de cualquiera de las disposiciones de las reglas uniformes excepto en el caso en que la parte se vea impedida por alguna circunstancia ajena a su voluntad y que no cabría razonablemente esperar que se tuviera en cuenta en el momento en que esa parte expidió y recibió mensajes por EDI, o cuyas consecuencias no podían ser evitadas ni superadas.

2) En ningún caso responderá ninguna de las partes por daños y perjuicios especiales, indirectos o consecuenciales.

3) Si una parte contrata con un intermediario la prestación de servicios como la transmisión, la anotación o la tramitación de un mensaje, la parte que contrató con ese intermediario responderá de los daños y perjuicios derivados directamente de los actos, incumplimientos u omisiones del intermediario en la prestación de dichos servicios.

4) Si una parte requiere de otra que utilice los servicios de un intermediario para efectuar la transmisión, la anotación o la tramitación de un mensaje por EDI, la parte que lo requiera responderá ante la otra de los daños y perjuicios derivados directamente de los actos, incumplimientos u omisiones del intermediario en la prestación de dichos servicios.”]

#### Artículo 15 en su conjunto

170. Se expresó el parecer de que debería suprimirse el artículo 15 en su conjunto, ya que no parecía que, al menos de momento, las reglas uniformes tuvieran la intención de introducir deberes adicionales a los existentes a tenor de la ley interna aplicable o de las estipulaciones de las partes. Se expresó cierto apoyo por que se retuviera el artículo 15. Se sugirió que sería prematuro, en la fase actual, dar una respuesta definitiva a la pregunta de si las reglas uniformes establecerían o no algún nuevo deber de las partes. Se dijo, a ese respecto, que tal vez los artículos 10, 11 y 14 introduzcan algún nuevo deber de las partes, pero que era demasiado pronto para decidir sobre esa posibilidad.

#### Párrafo 1)

171. Se expresó el parecer de que debería suprimirse el párrafo 1) del artículo 15. Se observó que en principio existían dos formas posibles de responsabilidad, es decir, la responsabilidad sin culpa y la responsabilidad por culpas. A ese respecto, se cuestionó la necesidad de adoptar un régimen de la responsabilidad sin culpa como el del párrafo 1). Se añadió que tampoco sería necesario un régimen de la responsabilidad basado en la culpa eventual, ya que, como se mencionó anteriormente, las reglas uniformes no se proponían crear ningún deber legal de las partes. Respecto de los deberes contractuales, se observó que planteaban problemas respecto de la operación subyacente, que deberían dejarse al derecho interno aplicable y a lo estipulado en su contrato por las partes.

172. Se expresó cierto apoyo por que se mantuviera el párrafo 1) del artículo 15. Se dijo que una regla así era necesaria para evitar la aplicación de regímenes internos incompatibles, que constituirían un obstáculo para la certeza jurídica y, por ello, para el empleo del EDI. Se observó además que una regla sobre la responsabilidad pudiera ser útil, dado el riesgo de que los tribunales acordaran indemnizaciones por daños desproporcionadas a la cuantía habitual en los mensajes de datos comerciales, riesgo que suscitaba gran inquietud y que era un obstáculo para la difusión del comercio electrónico.

#### Párrafo 2)

173. Se expresó la inquietud de que el párrafo 2) resultara confuso por emplear términos como los de “daños . . . especiales, indirectos o consecuenciales” de escaso o ningún significado en algunos ordenamientos jurídicos. Otra inquietud era la de que el párrafo 2), en la medida en que parecía excluir toda responsabilidad incluso por actos intencionados y de grave negligencia, se estaba apartando sin razón de lo que sería la regla normal para la mayoría de los ordenamientos jurídicos. A la luz de esas inquietudes, se sugirió que, aun cuando se mantuviera al artículo 15 en su conjunto, debería suprimirse el párrafo 2).

#### Párrafo 3)

174. Se señaló que el párrafo 3) suscitaba cierto número de cuestiones. Una de ellas era la de saber si el fundamento de la responsabilidad de la parte que hubiera contratado a un intermediario por los daños ocasionados por ese intermediario sería el incumplimiento de un deber de diligencia o de una promesa contractual. Otra cuestión fue la de saber ante quién debería responder la parte que contratara a un intermediario; cabría suponer que se trataba de la otra parte, pero se dijo que esa regla pudiera parecer inadecuada en casos en los que el intermediario hubiera sido contratado por ambas partes o cuando fuera fortuita la decisión de cuál de las partes habría de contratar al intermediario. Otra cuestión fue la de saber si la obligación de la parte que contrató un intermediario primaba sobre la del intermediario o era tan sólo supletoria, es decir, la de saber si la otra parte podría dirigir su acción directamente contra la parte que haya contratado al intermediario o si sólo podrá hacerlo una vez que haya entablado una acción, sin éxito, contra el intermediario.

#### Párrafo 4)

175. Se expresó el parecer de que el párrafo 4) era innecesario. Se dijo que el hecho de que fuera aplicable a casos en los que una de las partes requiriera de la otra parte que contratara a un intermediario denotaba que se había celebrado un contrato entre las partes en el que se habría estipulado normalmente el régimen de la responsabilidad.

176. Al concluirse las deliberaciones, se expresó la inquietud de que insistir en mantener el artículo 15, pese a que de momento no parecía que las reglas uniformes fueran a establecer nuevos deberes cuya violación pudiera dar lugar a responsabilidad, iba a crear la impresión errónea de que se estaban señalando nuevos deberes. Se habló del riesgo de que esto podría disuadir a algunos países de examinar las reglas uniformes. Sin embargo, el Grupo de Trabajo decidió mantener, entre corchetes, el artículo 15 a fin de facilitar el examen en alguna fase ulterior de si estaría justificado introducir una disposición como la del artículo 15. Se pidió a la Secretaría que preparara un proyecto revisado de artículo 15, habida cuenta de las diversas sugerencias e inquietudes expresadas.

### III. OTRAS CUESTIONES QUE DEBERÁN CONSIDERARSE

177. El Grupo de Trabajo pasó a examinar si habría alguna otra cuestión que debería abordarse en las reglas uniformes. Con respecto a la sugerencia formulada en la nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.57) de que tal vez fuera preciso examinar la cuestión de la responsabilidad de los terceros proveedores de servicios, se opinó en general que, si bien tal vez fuera preciso abordar esa cuestión en alguna fase ulterior a la luz de posibles novedades en la práctica del EDI, ese examen sería prematuro en la fase actual del proyecto. Con respecto a la cuestión de los títulos valores y valores bursátiles, el Grupo de Trabajo observó que la Comisión, en su 26.º período de sesiones, había examinado la sugerencia de que sería necesaria alguna regla que se ocupase de estas cuestiones. Se opinó

en general que el Grupo de Trabajo sólo estaría en condiciones de abordar tareas en esferas particulares donde fueran precisas reglas más detalladas, una vez que hubiera completado la preparación de las reglas uniformes actuales, que tenían el carácter de un cuerpo no cerrado de reglas. Con respecto a la posible interferencia de las reglas uniformes con el régimen de protección de datos personales tal

vez existente en algunos países, se opinó que, de existir ese régimen, su finalidad sería la de proteger la intimidad personal, que era una cuestión completamente ajena al ámbito sustantivo de cualquier instrumento que pudiera preparar la Comisión. Se convino, por ello, que tal vez fuera preciso considerar las cuestiones relativas a la protección de los datos personales al ir a preparar las reglas uniformes.

## B. Documentos de trabajo presentados al Grupo de Trabajo sobre Intercambio Electrónico de Datos en su 26.º período de sesiones

### 1. Proyecto de reglas uniformes sobre los aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos (EDI) y medios afines de comunicación de datos comerciales: nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.57) [Original: inglés]

#### ÍNDICE

	Página
INTRODUCCIÓN .....	186
I. PROYECTOS DE DISPOSICIÓN PARA UNAS REGLAS UNIFORMES SOBRE LOS ASPECTOS JURÍDICOS DEL INTERCAMBIO ELECTRÓNICO DE DATOS (EDI) Y MEDIOS AFINES DE COMUNICACIÓN DE DATOS COMERCIALES .....	187
CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES .....	187
Artículo 1.    Ámbito de aplicación .....	187
Artículo 2.    Definiciones .....	189
Artículo 3.    Interpretación de las Reglas Uniformes .....	189
Artículo 4.    Reglas de interpretación .....	190
Artículo 5.    Modificación mediante acuerdo .....	190
CAPÍTULO II. REQUISITOS DE FORMA .....	190
Artículo 6.    Equivalente funcional de "escrito" .....	190
Artículo 7.    Equivalente funcional de "firma" .....	191
Artículo 8.    Equivalente funcional de "original" .....	192
Artículo 9.    Valor probatorio de los mensajes de datos comerciales .....	193
CAPÍTULO III. COMUNICACIÓN DE MENSAJES DE DATOS COMERCIALES ...	194
Artículo 10.  [Carácter vinculante] [Eficacia] de los mensajes de datos comerciales .....	194
Artículo 11.  Obligaciones posteriores a la transmisión .....	194
Artículo 12.  Perfeccionamiento de contratos .....	195
Artículo 13.  Recepción de los mensajes de datos comerciales .....	195
Artículo 14.  Registro y almacenamiento de mensajes de datos comerciales .....	196
[Artículo 15.  Responsabilidad] .....	196
II. OTRAS CUESTIONES QUE SE HAN DE EXAMINAR .....	196

#### INTRODUCCIÓN

1. En su 24.º período de sesiones, celebrado en 1991, la Comisión convino en iniciar la labor sobre las cuestiones jurídicas relacionadas con el intercambio electrónico de

datos (EDI), reconociendo que esos aspectos jurídicos adquirirían cada vez más importancia a medida que evolucionara su empleo. La Comisión convino asimismo en que, dado el número de cuestiones con él conexas, el tema merecía un examen detallado en el seno de un Grupo de

Trabajo<sup>1</sup>. En virtud de esa decisión, el Grupo de Trabajo sobre pagos internacionales dedicó su 24.º período de sesiones a determinar las cuestiones jurídicas derivadas de la utilización cada vez mayor del EDI.

2. En su 25.º período de sesiones, celebrado en 1992, la Comisión tuvo ante sí el informe del Grupo de Trabajo sobre Pagos Internacionales acerca de la labor realizada en su 24.º período de sesiones (A/CN.9/360). Conforme a lo sugerido por el Grupo de Trabajo, la Comisión convino en la necesidad de que se investigaran más a fondo las cuestiones jurídicas propias del EDI y se preparara alguna reglamentación práctica en esta esfera. Se acordó que, aunque no se debía adoptar ninguna decisión en esa temprana etapa en cuanto a la forma o al contenido definitivos de las normas jurídicas que se hubiese de preparar, la Comisión debía procurar alcanzar el máximo grado de certidumbre y armonización.

3. Tras el debate, la Comisión apoyó la recomendación contenida en el informe del Grupo de Trabajo (A/CN.9/360, párrs. 129 a 133) y encomendó la preparación de una reglamentación jurídica del EDI al Grupo de Trabajo sobre Pagos Internacionales, cuyo nombre pasó a ser Grupo de Trabajo sobre Intercambio Electrónico de Datos<sup>2</sup>.

4. El Grupo de Trabajo emprendió esta tarea en su 25.º período de sesiones, celebrado en Nueva York del 4 al 15 de enero de 1993. En ese período de sesiones el Grupo de Trabajo examinó varias cuestiones jurídicas expuestas en una nota preparada por la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.55). El Grupo de Trabajo acordó que debería seguir adelante con su labor, sobre la hipótesis de que el régimen uniforme revestiría la forma de disposiciones de rango legislativo. Sin embargo, pospuso su decisión definitiva sobre la forma concreta que deberían adoptar esas disposiciones (A/CN.9/373, párr. 34). Al concluir el período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un proyecto de articulado, con posibles variantes, sobre la base de las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo durante el período de sesiones, para examinarlo en su próximo período de sesiones (A/CN.9/373, párr. 10).

5. La presente nota contiene el proyecto de disposiciones solicitado por el Grupo de Trabajo, junto con un comentario.

6. En su 26.º período de sesiones, celebrado en Viena del 5 al 23 de julio de 1993, la Comisión tuvo ante sí el informe del Grupo de Trabajo sobre Intercambio Electrónico de Datos acerca de la labor de su 25.º período de sesiones (A/CN.9/373). La Comisión expresó su satisfacción por la labor llevada a cabo por el Grupo de Trabajo. La Comisión tomó nota de que el Grupo de Trabajo había comenzado a examinar el contenido de unas reglas uniformes del EDI y expresó la esperanza de que el Grupo de Trabajo procediera con rapidez en la preparación de ese texto.

7. Se expresó el parecer de que, además de preparar disposiciones de carácter legislativo, el Grupo de Trabajo

debería iniciar la preparación de un acuerdo modelo de comunicaciones de empleo facultativo entre usuarios del EDI. Se explicó que la mayoría de las tentativas de solución de los problemas jurídicos planteados por la utilización del EDI eran de raíz contractual. Esa situación había hecho sentir la necesidad de que hubiera algún modelo mundial que facilitara la redacción de esos acuerdos contractuales. Se dijo, como respuesta, que se sugirió durante el 24.º período de sesiones de la Comisión que se preparara un acuerdo modelo de comunicaciones de aplicación universal, pero que la Comisión había decidido, entonces, que era prematuro iniciar inmediatamente la preparación de un acuerdo modelo de comunicaciones y que tal vez fuese preferible, al menos provisionalmente, mantenerse informada de lo que se hiciera en otras organizaciones, particularmente en las Comunidades Europeas y en la Comisión Económica para Europa<sup>3</sup>.

8. Tras deliberar al respecto, la Comisión reiteró su decisión de aplazar su examen de este asunto hasta que los textos de los acuerdos modelo de comunicaciones que se estaban preparando en esas organizaciones estuvieran listos para ser examinados por la Comisión.

9. Se sugirió que, además de la labor actualmente efectuada por el Grupo de Trabajo, se hacía sentir la necesidad de examinar ciertas cuestiones planteadas por el empleo del EDI en determinados contextos comerciales. La utilización del EDI en la contratación pública y la sustitución de los conocimientos de embarque, o de otros documentos de titularidad consignados sobre papel, por mensajes de EDI fueron señalados como ejemplos de temas que merecían un examen particular. Se sugirió además que la Comisión fijara el plazo en el que el Grupo de Trabajo habría de completar su tarea actual. Prevalció, no obstante, el parecer de que el Grupo de Trabajo prosiguiera su labor actual conforme al mandato genérico que le había sido asignado por la Comisión. Se convino en que el Grupo de Trabajo no examinara otras esferas que tal vez requirieran una reglamentación más detallada hasta que no hubiera completado la preparación de un régimen general del EDI.

## I. PROYECTOS DE DISPOSICIÓN PARA UNAS REGLAS UNIFORMES SOBRE LOS ASPECTOS JURÍDICOS DEL INTERCAMBIO ELECTRÓNICO DE DATOS (EDI) Y MEDIOS AFINES DE COMUNICACIÓN DE DATOS COMERCIALES

### Capítulo I. Disposiciones generales

#### Artículo 1. *Ámbito de aplicación\**

1) Las presentes Reglas serán aplicables a los mensajes de datos comerciales cuando:

*Variante A:* el expedidor y el destinatario del mensaje están situados en Estados diferentes [en el momento de enviarse el mensaje].

<sup>1</sup>Ibid., *cuadragésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/46/17)*, párr. 316.

\*Las presentes Reglas [no se ocupan de las cuestiones] [no tienen por fin prevalecer sobre la legislación] [están sometidas a la legislación] relacionada(s) con la protección del consumidor.

<sup>1</sup>Documentos Oficiales de la Asamblea General, *cuadragésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/46/17)*, párrs. 306 a 31.

<sup>2</sup>Ibid., *cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/47/17)*, párrs. 140 a 148.

*Variante B:* a) el expedidor y el destinatario del mensaje tienen, en el momento en que éste se [preparó o] envió, sus establecimientos en Estados diferentes; o

b) cualquier lugar donde una parte sustancial de las obligaciones derivadas de la relación comercial a la que se refiere el mensaje o el lugar con el que la materia del mensaje está más estrechamente relacionada estén situados fuera del Estado en que alguna de las partes tenga su establecimiento.

*Variante C:* el mensaje afecte a intereses comerciales internacionales.

2) Las presentes Reglas rigen únicamente el intercambio y el almacenamiento de mensajes de datos comerciales y los derechos y obligaciones derivados de ese intercambio o ese almacenamiento. Salvo que se disponga otra cosa en las presentes Reglas, éstas no se aplicarán a la sustancia de la operación comercial a cuyo propósito se envió o se recibió el mensaje de datos comerciales.

#### Referencias

A/CN.9/373, párrs. 21 a 26 y 29 a 33 (25.º período de sesiones, 1993);

A/CN.9/WG.IV/WP.55, párrs. 7 a 20;

A/CN.9/360, párrs. 29 a 31 (24.º período de sesiones, 1992);

A/CN.9/WG.IV/WP.53, párrs. 25 a 33.

#### Observaciones

##### *Internacionalidad del mensaje de datos comerciales*

1. En su 25.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si había que limitar el alcance de las reglas uniformes a la utilización del EDI o si debían abarcar tanto el empleo internacional como el nacional del EDI. Las variantes contenidas en el párrafo 1 son el reflejo de diversos enfoques a los que, durante el 25.º período de sesiones del Grupo de Trabajo, manifestaron su apoyo las delegaciones, cuya opinión general era que el alcance de las reglas uniformes debía limitarse a las situaciones internacionales (A/CN.9/373, párr. 25). El criterio de internacionalidad expuesto en la variante A se tomó del párrafo 1 del artículo 1 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito. La redacción de la variante B se inspiró en el párrafo 3 del artículo 1 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. La variante C utiliza un criterio de internacionalidad adoptado en algunos Estados para distinguir entre arbitraje internacional y arbitraje nacional (por ejemplo, el artículo 1492 del *Nuevo código de procedimiento civil* de Francia).

2. Cabe observar que la redacción de las variantes A y B podría aplicarse a los mensajes de datos comerciales realmente transmitidos entre un expedidor y un destinatario y también a un mensaje de datos comerciales almacenado por un destinatario. Según fuera la definición de "mensaje de datos comerciales", podrían también hacerse aplicables a un registro de computadora creado como resultado de la informatización de datos comerciales transmitidos por medio de un documento sobre papel. No obstante, ambas

variantes entrañan una transmisión de datos y no abarcarían los registros de computadora creados fuera del contexto de esa transmisión. La variante C no importa transmisión de datos y abarcaría a la vez los mensajes transmitidos entre un expedidor y un destinatario y los registros de computadora almacenados sin ninguna presunción de que los datos habrían de ser transmitidos.

3. Puede resultar extremadamente difícil distinguir, en la práctica, entre los usos internacionales y los nacionales del EDI. Por ejemplo, el expedidor de una oferta de contrato que se hace circular mediante una red abierta por definición no conocería anticipadamente de dónde procedería la aceptación. Además, incluso en las situaciones en que se pudiera aplicar un criterio de internacionalidad para producir esa distinción entre operaciones internacionales y nacionales, la situación de los usuarios del EDI podría verse negativamente afectada si hubiera que aplicar a las operaciones internacionales y a las nacionales dos regímenes jurídicos diferentes. Cabe recordar que una importante finalidad de las reglas uniformes es facilitar el uso del EDI para determinar la eficacia jurídica de las comunicaciones efectuadas por medios electrónicos. El Grupo de Trabajo podría analizar si es posible y conveniente que se produzca una situación en que, por ejemplo, el valor probatorio de una factura transmitida como mensaje mediante el EDI o su admisibilidad a los efectos reglamentarios recibieran diferente trato según que la transmisión se hubiera realizado en un contexto internacional o en uno nacional, aunque la naturaleza comercial de la operación subyacente (por ejemplo, una compraventa de mercaderías) fuera la misma en ambos casos.

4. Para que un Estado pueda aplicar las reglas uniformes tanto a los mensajes nacionales como a los internacionales, cabría modificar el artículo 1 para que dijera:

"Las presentes Reglas serán aplicables a los mensajes de datos comerciales definidos en el artículo 2."

##### *Los mensajes como tema primario de las reglas uniformes*

5. El proyecto de párrafo 2 tiene por finalidad reflejar la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su 25.º período de sesiones de que el centro de atención inicial de las reglas uniformes debían ser los mensajes de datos comerciales y no las operaciones o los contratos resultantes del intercambio de los mensajes, salvo en cuanto fuera necesario (A/CN.9/373, párr. 26).

##### *Operaciones de los consumidores*

6. En su 25.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en que, si bien las reglas uniformes no deberían ocuparse de las cuestiones especiales relacionadas con la protección de los consumidores, debían aplicarse a todos los mensajes, incluidos los enviados por consumidores o destinados a éstos. Se señaló que era probable que las reglas uniformes mejorasen la situación de los consumidores al aumentar la certeza jurídica de sus operaciones. Sin embargo, conforme con su decisión de que debían centrarse en los mensajes y no en los contratos u otras obligaciones subyacentes en relación con los cuales se emitiesen los

mensajes, el Grupo de Trabajo estimó en general que en las reglas uniformes no debería figurar una definición de las operaciones de los consumidores. Se manifestó, pues, preferencia por ocuparse de la cuestión de la protección del consumidor en una nota de pie de página, técnica de redacción que podría evitar la necesidad de dar una definición de consumidor.

7. El proyecto de texto de la nota de pie de página permitiría que los Estados, al poner en aplicación el régimen uniforme, incluyesen en él una definición de "consumidores" que podría abarcar cierto tipo de actividades para las cuales se juzgara conveniente establecer normas especiales de protección.

## Artículo 2. Definiciones

A los efectos de las presentes Reglas:

a) por "mensaje de datos comerciales" se entenderá un conjunto de datos comerciales intercambiados [o almacenados] mediante intercambio electrónico de datos (EDI), telegrama, télex, telecopia u otro medio [análogo] de teletransmisión [o almacenamiento] de datos [digitalizados], [con exclusión de la comunicación puramente verbal] que proporcione [por sí mismo] un registro completo de los datos;

b) por "intercambio electrónico de datos (EDI)" se entenderá la transmisión de datos comerciales de una terminal informática a otra en un formato normalizado;

c) por "expedidor" se entenderá toda persona que inicia [en su propio nombre] un mensaje de datos comerciales comprendido en las presentes Reglas [o cualquier persona en cuyo nombre se haga constar que se ha enviado un mensaje de datos comerciales comprendido en las presentes Reglas];

d) por "destinatario" se entenderá la persona que en definitiva recibe un mensaje de datos comerciales comprendido en las presentes Reglas o que se tiene la intención que en definitiva reciba ese mensaje;

e) por "intermediario" se entenderá una entidad que, en el curso normal de sus negocios, se compromete a recibir mensajes de datos comerciales comprendidos en las presentes Reglas y se espera que los haga llegar a sus destinatarios. [El intermediario puede desempeñar, entre otras, funciones tales como formatear, traducir o almacenar mensajes.]

## Referencias

A/CN.9/373, párrs. 11 a 20, 26 a 28 y 35 y 36 (25.º período de sesiones, 1993);

A/CN.9/WG.IV/WP.55, párrs. 23 a 26.

## Observaciones

### Mensaje de datos comerciales

1. La referencia a "mensaje de datos comerciales", así como el título sugerido para las reglas uniformes, pretende reflejar el enfoque adoptado por el Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones 24.º y 25.º, conforme al cual, al preparar las reglas uniformes, se tendría presente una noción amplia del EDI, que abarcase diversos usos del EDI

relacionados con el comercio, a los que se podría hacer referencia en sentido amplio bajo la rúbrica de "comercio electrónico". Considerando que la noción del EDI tiende a interpretarse en sentido estricto como el intercambio entre terminales informáticas de datos normalizados, se sugiere que los "mensajes", que han de constituir el tema primario de las reglas uniformes no deberían designarse a todos los efectos como "mensajes transmitidos por EDI".

2. La noción de "mensaje de datos comerciales" fue utilizada en el texto de las Reglas Uniformes de Conducta para el intercambio de datos comerciales por teletransmisión (Reglas UNCID) publicadas en 1987 por la Cámara de Comercio Internacional (CCI). El texto de las Reglas UNCID se reproduce como anexo al documento A/CN.9/WG.IV/WP.53. Las Reglas UNCID definen el "mensaje de datos comerciales" como los datos comerciales intercambiados por las partes interesadas en la concertación o la ejecución de una operación comercial. Se sugiere que el proyecto de definición contenido en la presente nota no es incompatible con las Reglas UNCID.

3. La definición amplia del "mensaje de datos comerciales" tiene la intención de atender a las preocupaciones expresadas en el 25.º período de sesiones en el sentido de que las reglas uniformes deberían ser aplicables no sólo a los mensajes transmitidos por EDI en sentido estricto sino también a técnicas como el télex y la telecopia (A/CN.9/373, párr. 12) y no sólo a los mensajes comunicados entre las partes sino también a los registros de computadora (A/CN.9/373, párr. 81). En la preparación del proyecto de reglas uniformes, se partió del supuesto de que se conservarían todos los elementos de esa definición amplia.

### Intercambio electrónico de datos (EDI)

4. Aunque el Grupo de Trabajo decidió, en sus períodos de sesiones 24.º y 25.º, postergar su decisión definitiva sobre la definición del EDI, se sugiere que, puesto que el EDI ha de figurar entre otros medios de transmisión y almacenamiento de datos abarcados por las reglas uniformes, se necesita una definición y que la definición debe ser la estricta, utilizada, por ejemplo, a los efectos de los mensajes NU/EDIFACT, definición afín a las empleadas también en muchos acuerdos modelo de comunicaciones ya existentes.

### Expedidor, destinatario e intermediario

5. Según el proyecto de definición del inciso c), la persona que almacena datos comerciales en una computadora sería el expedidor del mensaje. El texto entre corchetes ampliaría la definición para que comprendiera también al supuesto expedidor.

## Artículo 3. Interpretación de las Reglas Uniformes

1) En la interpretación de las presentes Reglas se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por las presentes Reglas que no estén expresamente resueltas en ellas se dirimirán de conformidad con los principios generales sobre los que aquéllas se basan o, a

falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas del derecho internacional privado.

#### Referencias

A/CN.9/373, párrs. 38 a 42 (25.º período de sesiones, 1993);  
A/CN.9/WG.IV/WP.55, párrs. 30 y 31.

#### Observaciones

1. El proyecto de artículo toma como modelo el artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa.

#### Artículo 4. Reglas de interpretación

1) A los efectos de las presentes Reglas, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención.

2) Si el párrafo precedente no fuere aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte.

3) Para determinar la intención de una parte o el sentido que le habría dado una persona razonable, deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes.

#### Referencias

A/CN.9/373, párrs. 38 a 42 (25.º período de sesiones, 1993);  
A/CN.9/WG.IV/WP.55, párrs. 30 y 31.

#### Observaciones

1. El proyecto de artículo toma como modelo el artículo 8 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa.

#### Artículo 5. Modificación mediante acuerdo

Salvo que las presentes Reglas dispongan otra cosa, los derechos y obligaciones del expedidor y del destinatario de un mensaje de datos comerciales que se deriven de estas reglas podrán ser modificados por acuerdo de las partes.

#### Referencias

A/CN.9/373, párr. 37 (25.º período de sesiones, 1993);  
A/CN.9/WG.IV/WP.55, párrs. 27 a 29.

#### Observaciones

1. La redacción del proyecto de artículo 5 toma como modelo el artículo 4 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito.

## Capítulo II. Requisitos de forma

### Artículo 6. Equivalente funcional de "escrito"

1) *Variante A:* El término "escrito" comprende de manera no exclusiva el telegrama, el télex [la telecopia, el mensaje por EDI, el correo electrónico] y cualquier otro mensaje de datos comerciales por el que quede constancia de la información en él contenida y sea susceptible de reproducción en forma [tangible] [legible para el hombre] [o de cualquier manera prescrita por la ley aplicable].

*Variante B:* Cuando en una situación jurídica se exija [explícita o implícitamente] un "escrito", se entenderá por escrito toda inscripción sobre un soporte apto para transmitir en su integridad las informaciones consignadas en la inscripción que se deben poder [registrar o transmitir internacionalmente y] reproducir en forma legible para el hombre.

*Variante C:* Se considerará funcionalmente equivalente a un escrito toda forma de registro electrónico [o análogo] de información, siempre que pueda reproducirse de forma visible e inteligible, y siempre que se conserve como registro.

*Variante D:* a) A los efectos de las normas jurídicas que, expresa o implícitamente, exijan que cierta información se haga constar o se presente por escrito, se tendrá por equivalente al escrito cualquier forma de registro electrónico [o análogo], siempre que ese registro desempeñe las mismas funciones que un documento sobre papel;

b) Para determinar si un registro satisface las funciones de un escrito, se tendrá debidamente en cuenta cualquier acuerdo que hayan celebrado las partes acerca del valor de ese registro.

2) A los efectos del presente artículo, se entenderá por "constancia" una representación simbólica duradera de información en forma objetivamente perceptible o susceptible de ser reducida a forma objetivamente perceptible.

3) Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará a las siguientes situaciones: [ . . . ]

#### Referencias

A/CN.9/373, párrs. 45 a 61 (25.º período de sesiones, 1993);  
A/CN.9/WG.IV/WP.55, párrs. 39 a 49;  
A/CN.9/360, párrs. 32 a 43 (24.º período de sesiones, 1992);  
A/CN.9/WG.IV/WP.53, párrs. 37 a 45;  
A/CN.9/350, párrs. 68 a 78;  
A/CN.9/333, párrs. 20 a 28.

#### Observaciones

##### Definición ampliada de "escrito"

1. En el 25.º período de sesiones del Grupo de Trabajo, algunas delegaciones expresaron su apoyo a una definición

ampliada de "escrito". Ese enfoque se refleja en el texto de las variantes A y B, propuestas en ese período de sesiones. Se sugiere que una definición ampliada de "escrito" como la que figura en el artículo 13 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa es útil en el marco de un texto jurídico que atribuye expresamente ciertas consecuencias de ese orden al hecho de que ciertos datos se hayan presentado por escrito. No obstante, la definición ampliada puede resultar insuficiente para abarcar todas las situaciones en que la legislación de determinado país, aunque no exija expresamente la presentación de documentos sobre papel, esté redactada de modo tal que sólo quepa aplicarla en un medio caracterizado por el uso del papel. No es raro que se dé una situación semejante, como consecuencia de que los derechos y obligaciones se determinaron generalmente partiendo del supuesto de que los datos se presentaban normalmente en forma escrita.

2. Si se opta por alguna de esas dos variantes, tal vez quepa completar el texto con un párrafo del siguiente orden: "el párrafo precedente se aplicará cuando el contexto o el uso de palabras como 'documento' dé a entender que se necesita un escrito".

3. Puede observarse que en ciertos acuerdos normalizados de intercambio como el Acuerdo Modelo Europeo sobre EDI se adopta otro enfoque, conforme al cual no se intenta crear un equivalente de los documentos escritos. Por el contrario, se establecen directamente las condiciones en las que los datos informatizados tendrían pertinencia jurídica.

#### *Equivalente funcional de "escrito"*

4. Las variantes C y D no se apoyan en una definición ampliada de "escrito". Intentan, en cambio, crear una presunción de que las mismas consecuencias jurídicas se derivarán de la presentación de datos sobre papel o en otra forma, siempre que las funciones que desempeñen ambos tipos de medio sean equivalentes. La variante D, que obtuvo apoyo durante el 25.º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se refiere expresamente a algunas de las funciones del papel. Cabe recordar que el Grupo de Trabajo concretó también, en anteriores períodos de sesiones, otras funciones del papel. El Grupo, sin embargo, hizo también notar que no todos los documentos sobre papel desempeñaban las mismas funciones y que todos los requisitos expresos o implícitos de que los datos se presentasen en forma escrita no siempre se basaban en el supuesto de que el medio por el que hubiese de presentarse la información desempeñase todas las funciones imaginables del papel. Podría resultar excesivamente oneroso para los usuarios del EDI exigir que todos los registros electrónicos o análogos de datos llenaran todas las funciones del papel. La variante D se limita a enunciar un principio general y dejaría a los tribunales o a otras normas jurídicas determinar en cada caso qué habría de constituir un equivalente funcional del papel.

5. Cabe recordar que la equivalencia funcional del "escrito" no ha de confundirse con otros niveles o elementos, como la autenticación. El mero hecho de que se satisfaga el requisito de un "escrito" no significa que se cumpla con otros. Como ejemplo de esa distinción, obsérvese que el artículo 28 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la

Contratación Pública de Bienes y de Obras dispone que "las licitaciones deberán presentarse por escrito, firmadas y en sobre sellado" y que "la licitación puede además ser presentada de cualquier otra forma que se especifique en el pliego de condiciones y por la que quede constancia del contenido de la licitación y que proporcione por lo menos un grado análogo de autenticidad, seguridad y confidencialidad". Aunque la noción de "constancia" ya se ha utilizado como equivalente de "escrito" en anteriores textos de la CNUDMI, como el artículo 1 del Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional, los otros requisitos de autenticidad, seguridad y confidencialidad se consideran por separado.

#### *Noción de "constancia"*

6. La definición de "constancia" se deriva de un concepto que es objeto de estudio por el Subcomité sobre Prácticas Electrónicas Comerciales de la American Bar Association (A/CN.9/WG.IV/WP.55, párr. 47).

#### *Posibilidad de derogación*

7. En su anterior período de sesiones, el Grupo de Trabajo estudió las relaciones entre los usuarios del EDI y las autoridades públicas y examinó las operaciones que requieren requisitos de forma especial (A/CN.9/373, párrs. 45 a 49). Ciertas delegaciones expresaron una preocupación general porque las reglas uniformes no tuvieran por fin prevalecer sobre los requisitos de forma imperativos impuestos por razones de política reglamentaria o de orden público (A/CN.9/373, párrs. 48 y 49). Se relacionaba con esto la preocupación de que una definición ampliada de "escrito" podría producir el resultado no deseado de validar la desmaterialización de instrumentos para que los Estados pudieran querer mantener en papel, por ejemplo en la esfera de los cheques y valores (A/CN.9/373, párr. 56). Se sugiere que, si se adoptara una definición ampliada de "escrito", una disposición general permitiría a los Estados hacer excepciones a la definición en el instrumento por el que pusiesen en vigor las normas uniformes en el plano nacional.

8. El proyecto de párrafo 2 autorizaría a los Estados a enumerar las operaciones o esferas del derecho concretas en que no se permitiese el empleo de mensajes de datos comerciales en sustitución del papel. Esa disposición podría subrayar el hecho de que, conforme a las reglas uniformes, los mensajes de datos comerciales serían normalmente aceptables en lugar del papel mientras que la obligación de presentar documentos sobre papel derivaría de una excepción a esa regla general.

#### *Artículo 7. Equivalente funcional de "firma"*

1) Cuando una disposición de la ley requiera la firma de una persona, se entenderá que ese requisito ha sido satisfecho respecto de un mensaje de datos comerciales cuando

a) se utilice un método para identificar al expedidor del mensaje y el modo de identificación sea, atendidas las circunstancias, un método [comercialmente] razonable de protección contra los mensajes no autorizados; o

b) se haya convenido entre el expedidor y el destinatario del mensaje un método para la identificación del primero y se haya utilizado ese método.

2) Para determinar si un método de identificación del expedidor del mensaje es [comercialmente] razonable, se han de tener en cuenta, entre otros, los siguientes factores: la condición jurídica y la importancia económica relativa de las partes; la naturaleza de la actividad comercial entre ellas; la frecuencia del trato comercial entre las partes; la naturaleza y la magnitud de la operación considerada; la función de los requisitos de firma; la capacidad técnica de la red de comunicaciones; la observancia de los procedimientos de autenticación propuestos por los intermediarios; la gama de procedimientos de autenticación que ofrecen los intermediarios; la observancia de los usos y la práctica comerciales; la existencia de mecanismos de aseguramiento contra el riesgo de mensajes no autorizados; y cualquier otro factor pertinente.

3) Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará a las siguientes situaciones: [...]

#### Referencias

A/CN.9/373, párrs. 63 a 76 (25.º período de sesiones, 1993);

A/CN.9/WG.IV/WP.55, párrs. 50 a 63;

A/CN.9/360, párrs. 71 a 75 (24.º período de sesiones, 1992);

A/CN.9/WG.IV/WP.53, párrs. 61 a 66;

A/CN.9/350, párrs. 86 a 89;

A/CN.9/333, párrs. 50 a 59;

A/CN.9/265, párrs. 49 a 58.

#### Observaciones

##### *Nociones de "firma" y "autenticación"*

1. Aunque los usuarios del EDI, los diseñadores de mensajes por EDI y los expertos en seguridad del EDI utilizan comúnmente el término "autenticación", cabe observar que la cuestión de si el contenido de un documento es auténtico no debe confundirse con la cuestión de si un documento está firmado, es decir, de si su autor está identificado. La finalidad del proyecto de párrafo 1 es establecer la equivalencia de una firma manuscrita, por una parte, y, por la otra, un método que desempeñe la función de identificar al autor del mensaje. Otras reglas sobre la "autenticación" del contenido del mensaje pueden figurar en los acuerdos celebrados entre usuarios del EDI o en otras normas jurídicas aplicables referentes, por ejemplo, a la prueba por testigos. En el proyecto de reglas uniformes, se utiliza en el artículo 10 la noción de "autenticación" como un elemento que se ha de considerar al determinar la naturaleza vinculante del contenido de un mensaje de datos comerciales.

2. Uno de los efectos del proyecto de disposición es que, cuando ciertos datos hayan de estar firmados, si se ha utilizado un método para identificar al remitente del mensaje, el supuesto expedidor de la información mediante un mensaje de datos comerciales se tendrá por expedidor real y se estimará que ha satisfecho el requisito de la firma.

##### *Noción de "razonabilidad comercial"*

3. El Grupo de Trabajo no decidió si debería exigirse un método "comercialmente razonable" de autenticación en todos los casos o si debiera permitirse a las partes convenir en un método de autenticación menos que razonable (A/CN.9/373, párrs. 67 y 68).

4. El proyecto de párrafo 1 establece una distinción con miras a proteger a terceros o a usuarios del EDI que se comunican sin un acuerdo previo al decir que no les será oponible ningún método no razonable de identificación del expedidor. No obstante, los usuarios del EDI serían libres de convenir la utilización entre ellos de un método no razonable.

##### *Posibilidad de derogación*

5. En cuanto al equivalente de "escrito", los Estados estarían facultados para enumerar operaciones o esferas del derecho concretas en las que no se permitiese el empleo de ningún otro método que la firma para identificar al expedidor de un mensaje (véanse *supra* las observaciones 7 y 8 al proyecto del artículo 6).

##### Artículo 8. *Equivalente funcional de "original"*

1) *Variante A:* Un mensaje de datos comerciales enviado electrónicamente por cualquier medio se considerará original, con el mismo valor probatorio que si hubiera sido redactado sobre papel siempre que se satisfagan las siguientes condiciones: el iniciador del mensaje le atribuya carácter de original; el mensaje esté firmado y consten en él hora y fecha; el destinatario lo acepte, implícita o explícitamente, como original mediante acuse de recibo del destinatario.

*Variante B:* No se negará reconocimiento jurídico a los mensajes de datos comerciales únicamente como resultado de la aplicación del requisito de que un documento se ha de presentar en su forma original.

*Variante C:* Cuando alguna norma jurídica requiera que un documento se presente en su forma original, ese requisito se satisfará mediante la presentación de un mensaje de datos comerciales o en forma de una impresión de ese mensaje cuando:

a) exista una identificación fidedigna del iniciador del mensaje; y

b) existan garantías fehacientes en cuanto a la integridad del contenido del mensaje enviado y recibido; o

c) el expedidor y el destinatario del mensaje hayan acordado expresamente que el mensaje se tendrá como equivalente de un documento original sobre papel.

2) Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará a las siguientes situaciones: [...]

#### Referencias

A/CN.9/373, párrs. 77 a 91 (25.º período de sesiones, 1993);

A/CN.9/WG.IV/WP.55, párrs. 64 a 70;

A/CN.9/360, párrs. 60 a 70 (24.º período de sesiones, 1992);

A/CN.9/WG.IV/WP.53, párrs. 56 a 60;

A/CN.9/350, párrs. 84 y 85;

A/CN.9/265, párrs. 43 a 48.

#### Observaciones

1. El texto de la variante A fue ya utilizado como base de discusión por el Grupo de Trabajo en su 25.º período de sesiones (A/CN.9/373, párrs. 80 a 86).

2. Se puede exigir un documento original a efectos probatorios o con otros fines. Cuando se requiere un documento original a efectos probatorios, en ciertos ordenamientos jurídicos, la originalidad del mensaje determina su admisibilidad como medio de prueba. Éste es, por ejemplo, el caso de la "regla del mejor medio de prueba" en el ordenamiento anglosajón; en otros ordenamientos jurídicos, aunque no se plantee la cuestión de la admisibilidad y sean igualmente admisibles los documentos y sus copias, el valor probatorio que se les atribuye puede ser distinto según que el documento se considere original o copia. La variante B, que fue apoyada en sustancia durante el 25.º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se referiría principalmente a la cuestión de la admisibilidad de los mensajes de datos comerciales como medio de prueba cuando se requiera normalmente la presentación de un documento original (A/CN.9/373, párr. 87).

3. Se puede exigir un documento original con otros fines, por ejemplo, para incorporar un derecho de propiedad sobre los bienes escritos en un conocimiento de embarque negociable. El carácter original del documento puede, pues, tener consecuencias para la transmisibilidad de los derechos incorporados en un documento que sirva como título. Por ejemplo, un conocimiento de embarque acreditaría la propiedad de las mercancías sólo si se tratara de un original. En esta etapa, en el proyecto de reglas uniformes no se refiere a la cuestión de la transmisibilidad de los derechos en un contexto de comunicaciones electrónicas. Se prevé que el Grupo de Trabajo examine la cuestión en una etapa posterior (véase *infra* "Otras cuestiones que se han de examinar").

4. La variante C encarna un tercer enfoque en cuyo favor se manifestó apoyo durante el anterior período de sesiones del Grupo de Trabajo ((A/CN.9/373, párr. 88). Afirmar las condiciones con arreglo a las cuales, cuando se derivan consecuencias jurídicas de la presentación de un documento original, análogas consecuencias se derivan de un mensaje de datos comerciales.

#### Noción de presentación

5. Nada de lo contenido en el proyecto de reglas uniformes se interpretará en el sentido de excluir la facultad de las autoridades reglamentarias de determinar en qué consiste la presentación y qué dotación lógica (*software*) deben mantener los usuarios del EDI.

#### Posibilidad de derogación

6. En cuanto al equivalente de "escrito" y de "firma" en los proyectos de artículos 6 y 7, los Estados serían libres de

enumerar las operaciones o esferas del derecho concretas en que se mantuviese la obligación de presentar un original sobre papel (véanse *supra* las observaciones 7 y 8 al artículo 6 y la observación 5 al artículo 7).

#### Artículo 9. Valor probatorio de los mensajes de datos comerciales

1) *Variante A:* Los mensajes de datos comerciales serán admisibles como medio de prueba, siempre que estén reducidos a una forma [tangible] [legible para el hombre] [y siempre que se demuestre que el mensaje ha sido producido y almacenado de manera fidedigna].

*Variante B:* En las actuaciones judiciales, la aplicación de las normas sobre la prueba no afectará en nada a la admisión de un mensaje de datos comerciales presentado como prueba, en razón de que haya sido producido [electrónicamente] por una computadora o estuvo almacenado en una computadora.

2) Los mensajes de datos comerciales tendrán [valor probatorio] [el mismo valor probatorio que un documento escrito que contenga los mismos datos] siempre que se demuestre que el mensaje ha sido producido y almacenado de manera fidedigna.

3) Para evaluar la fiabilidad de la manera en que se produjo y almacenó el mensaje de datos comerciales, se tendrán presentes los siguientes factores: el método empleado para registrar los datos; la suficiencia de las medidas de protección contra la alteración de los datos; la adecuación del mantenimiento de los soportes físicos de los datos; el método utilizado para la autenticación del mensaje.

#### Referencias

A/CN.9/373, párrs. 97 a 102 (25.º período de sesiones, 1993);

A/CN.9/WG.IV/WP.55, párrs. 71 a 81;

A/CN.9/360, párrs. 44 a 59 (24.º período de sesiones, 1992);

A/CN.9/WG.IV/WP.53, párrs. 46 a 55;

A/CN.9/350, párrs. 79 a 83;

A/CN.9/333, párrs. 29 a 41;

A/CN.9/265, párrs. 27 a 48.

#### Observaciones

1. El proyecto de párrafo 1 trata de la cuestión de la admisibilidad de la prueba, punto que puede ser de particular importancia en los países de derecho anglosajón. El objeto de la disposición es eliminar la necesidad de que los usuarios del EDI demuestren mediante testimonio la integridad y la fiabilidad de todas las unidades de elaboración de la red con el fin de demostrar ante los tribunales la admisibilidad de los mensajes.

2. El proyecto de párrafo 2 se refiere a la cuestión del relativo valor probatorio de los datos presentados en forma de mensaje electrónico. El Grupo de Trabajo convino, en su 25.º período de sesiones, en que no era posible ni conveniente dictar normas legales detalladas para ponderar el valor probatorio de los mensajes por EDI. La finalidad de la disposición se limita a exponer las condiciones en las

que se debe poder conocer una equivalencia entre los datos informatizados y los producidos sobre papel en forma tradicional.

### Capítulo III. Comunicación de mensajes de datos comerciales

#### Artículo 10. [Carácter vinculante] [Eficacia] de los mensajes de datos comerciales

1) [El expedidor estará obligado por] [se entenderá que el expedidor ha aprobado] el contenido de un mensaje de datos comerciales [o la alteración o la revocación de un mensaje de datos comerciales,] si hubiese sido emitido por él [en nombre propio] o por otra persona facultada para obligarlo.

2) Cuando un mensaje de datos comerciales [o la modificación o la revocación de un mensaje de datos comerciales] estén sujeto(s) a autenticación, el supuesto expedidor que no esté obligado conforme al párrafo 1 [quedará] [se entenderá] no obstante [obligado] [que ha aprobado el contenido del mensaje] cuando:

a) el supuesto expedidor y el destinatario hayan convenido en determinados procedimientos de autenticación;

b) la autenticación constituya, en las circunstancias del caso, un método comercialmente razonable de protección contra los mensajes de datos comerciales no autorizados; y

c) el destinatario cumplió lo dispuesto en materia de autenticación.

3) El expedidor y el destinatario [podrán] [no podrán] convenir en que un supuesto expedidor esté obligado con arreglo al párrafo 2 si la autenticación no es comercialmente razonable dadas las circunstancias.

4) Sin embargo, el supuesto expedidor, no quedará obligado en virtud del párrafo 2 si demuestra que el mensaje, tal como fue recibido por el destinatario, resultó de los actos de una persona:

a) quien no es ni ha sido empleado del supuesto expedidor, o

b) cuya relación con el supuesto expedidor no le permitía obtener acceso al procedimiento de autenticación.

La oración precedente no se aplicará si el destinatario demuestra que el mensaje de datos comerciales resultó de actos de una persona que había obtenido acceso al procedimiento de autenticación por negligencia del supuesto expedidor.

5) El expedidor que esté obligado por el contenido de un mensaje de datos comerciales lo estará con arreglo a los términos del mensaje recibido por el destinatario. No obstante, el expedidor no estará obligado por un duplicado erróneo ni por los errores o discrepancias del mensaje de datos comerciales cuando:

a) el expedidor y el destinatario hubiesen acordado un procedimiento para descubrir duplicados erróneos, errores o discrepancias en un mensaje, y

b) la aplicación de ese procedimiento por el destinatario reveló o habría permitido revelar el duplicado erróneo, el error o la discrepancia.

[El párrafo 5 se aplica a los errores o discrepancias de un mensaje de alteración o revocación al igual que a los errores o discrepancias de un mensaje de datos comerciales.]

#### Referencias

A/CN.9/373, párrs. 109 a 115 (25.º período de sesiones, 1993);

A/CN.9/WG.IV/WP.55, párrs. 82 a 86.

#### Observaciones

##### Capítulo III

1. El proyecto de capítulo III contiene varias reglas destinadas a ser aplicadas a la comunicación de mensajes de datos comerciales entre partes comerciales que no han celebrado un acuerdo previo. Estas reglas son de las que se encuentran generalmente en los acuerdos de comunicaciones. El Grupo de Trabajo podría decidir en qué medida cabría apartarse contractualmente de las reglas a este respecto.

##### Artículo 10

2. El texto del proyecto de artículo 10 se basa en el artículo 5 de la Ley Modelo de CNUDMI sobre las Transferencias Internacionales de Crédito. El efecto de la disposición es que se entiende que el supuesto expedidor ha aprobado el contenido del mensaje recibido si se ha utilizado un procedimiento de autenticación.

3. El Grupo de Trabajo podría estudiar si las cuestiones de la revocación o la modificación del contenido de los mensajes de datos comerciales deben ser objeto de las reglas uniformes.

##### Artículo 11. Obligaciones posteriores a la transmisión

1) El presente artículo se aplicará cuando:

a) los expedidores y los destinatarios de mensajes de datos comerciales hayan convenido en la utilización de acuses de recibo de los mensajes;

b) un intermediario requiera la utilización de acuses de recibo de los mensajes;

c) el expedidor de un mensaje de datos comerciales solicite acuse de recibo del mensaje en el mismo mensaje o de otra manera.

2) Todo expedidor puede requerir del destinatario acuse de recibo del mensaje.

3) *Variante A:* [El destinatario de un mensaje que requiera acuse de recibo no actuará conforme al contenido del mensaje hasta que se haya enviado el acuse de recibo.] [El destinatario de un mensaje que requiera acuse de recibo que actúe conforme al contenido del mensaje antes de que se envíe el acuse de recibo lo hará por su cuenta y riesgo.]

4) Si el expedidor no recibe el acuse de recibo dentro del plazo [convenido o requerido o dentro de un plazo razonable] podrá, tras notificar sin demora al destinatario al efecto, considerar el mensaje nulo e ineficaz.

*Variante B:* El acuse de recibo, cuando lo reciba la parte iniciadora, constituye [prueba concluyente] [presunción] de que el mensaje a que se refiere ha sido recibido [y, cuando se requiera confirmación de la sintaxis, que el mensaje era sintácticamente correcto]. [Queda fuera del alcance de las presentes Reglas el determinar otros posibles efectos jurídicos de un acuse de recibo funcional.]

#### Referencias

- A/CN.9/373, párrs. 116 a 122 (25.º período de sesiones, 1993);  
 A/CN.9/WG.IV/WP.55, párrs. 87 a 93;  
 A/CN.9/360, párr. 125 (24.º período de sesiones, 1992);  
 A/CN.9/WG.IV/WP.53, párrs. 80 y 81;  
 A/CN.9/350, párr. 92;  
 A/CN.9/333, párrs. 48 y 49.

#### Observaciones

##### *Noción de "acuse de recibo funcional"*

1. El proyecto de artículo no contiene ninguna definición del acuse de recibo. Se supone que el concepto de acuse de recibo es evidente. No obstante, como ejemplo de una posible definición de "acuse de recibo", cabe observar que se está estudiando la siguiente para el Acuerdo Modelo Europeo sobre el EDI:

"El acuse de recibo de un mensaje es el procedimiento por el que, al recibo del mensaje, se comprueban la sintaxis y la semántica y se envía el correspondiente reconocimiento."

Sin embargo, aunque esa definición puede ser adecuada para la técnica del EDI, puede no ser aplicable a técnicas de comunicación menos adelantadas.

#### Artículo 12. *Perfeccionamiento de contratos*

1) No se negará [validez] [reconocimiento] jurídica(o) a un contrato celebrado mediante mensajes de datos comerciales [ni las partes en ese contrato podrán impugnar su validez] por la sola razón de que se celebró por ese medio.

2) El contrato celebrado mediante mensaje de datos comerciales se perfecciona en el momento [y en el lugar] de recepción por el destinatario del mensaje que entrañe la aceptación de una oferta.

#### Referencias

- A/CN.9/373, párrs. 126 a 133 (25.º período de sesiones, 1993);  
 A/CN.9/WG.IV/WP.55, párrs. 95 a 108;  
 A/CN.9/360, párr. 76 a 95 (24.º período de sesiones, 1992);  
 A/CN.9/WG.IV/WP.53, párrs. 67 a 78;  
 A/CN.9/350, párr. 93 a 108;  
 A/CN.9/333, párrs. 60 a 75.

#### Observaciones

1. Cabe observar que el proyecto de disposición puede afectar a la sustancia de la operación comercial subyacente en cuanto se refiere a la existencia y la validez de un contrato celebrado mediante mensajes de datos comerciales. El Grupo de Trabajo podría decidir si, en la esfera del perfeccionamiento de contratos, las reglas uniformes deberían apartarse del principio expuesto en el artículo 1, según el cual las reglas uniformes deben centrarse en el intercambio y el almacenamiento de datos (véase *supra* la observación 5 al proyecto de artículo 1).

#### Artículo 13. *Recepción de los mensajes de datos comerciales*

El destinatario recibe el mensaje de datos comerciales

*Variante A:* en el momento en que el mensaje [llega a] [entra en] [está a disposición del sistema informático y es registrado por él] [el sistema informático] [el buzón] [la dirección] del destinatario [o por él designado(a)].

*Variante B:* a) en el momento en que el mensaje es registrado en el sistema informático directamente controlado por el destinatario de modo tal que pueda ser recuperado; y

b) en el lugar en que el destinatario tiene su establecimiento.

#### Referencias

- A/CN.9/373, párrs. 134 a 146 (25.º período de sesiones, 1993);  
 A/CN.9/WG.IV/WP.55, párrs. 95 a 108;  
 A/CN.9/360, párrs. 76 a 95 (24.º período de sesiones, 1992);  
 A/CN.9/WG.IV/WP.53, párrs. 67 a 78;  
 A/CN.9/350, párrs. 93 a 108;  
 A/CN.9/333, párrs. 60 a 75.

#### Observaciones

1. Aunque el Grupo de Trabajo examinó ya la cuestión del momento y el lugar de recepción del mensaje en el contexto del perfeccionamiento de contratos, se sugiere que una disposición general debiera tratar del momento de recepción de todos los mensajes, prescindiendo de la finalidad con la que se enviaron.

2. En cuanto al lugar donde se reciben los mensajes, durante el 25.º período de sesiones del Grupo de Trabajo se hizo la sugerencia de que el lugar pertinente era aquel donde el destinatario tenía sus instalaciones informáticas. No obstante, se estimó en general que, en muchos casos, ese lugar sería irrelevante dado que el país en que el destinatario tuviese sus instalaciones informáticas podría carecer de toda conexión con la operación o con las partes.

3. El proyecto de disposición da una regla para determinar el momento y el lugar de la recepción de un mensaje. No se propone ocuparse de la cuestión de si el mensaje recibido tiene efectos jurídicos.

4. El proyecto de decisión no afecta a la posible aplicación de otras normas jurídicas para demostrar la recepción del mensaje.

Artículo 14. *Registro y almacenamiento de mensajes de datos comerciales*

1) *Variante A:* El presente artículo se aplicará cuando la legislación o el reglamento aplicables o las disposiciones contractuales requieran que se conserve un registro.

*Variante B:* A reserva de cualquier requisito en contrario exigido por la legislación, cuando exista el de conservar un registro, ese requisito [deberá] [podrá] satisfacerse cuando los registros se mantengan en forma de mensajes de datos comerciales, siempre que se cumplan los requisitos de los párrafos 2 y 3.

2) El expedidor almacenará los mensajes de datos comerciales en el formato transmitido y el destinatario en el formato en que los recibió.

3) Los registros electrónicos o informáticos de los mensajes se mantendrán de modo que se pueda acceder rápidamente a ellos y deberán ser susceptibles de reproducción en forma legible para el hombre y, si es necesario, de impresión. Deberá conservarse el equipo operacional necesario a estos efectos.

*Referencias*

A/CN.9/373, párrs. 123 a 125 (25.º período de sesiones, 1993)  
A/CN.9/WG.IV/WP.55, párr. 94.

*Observaciones*

1. En su 25.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo estimó en general que sería conveniente disponer de una regla que convalidara el almacenamiento de datos en forma electrónica o análoga, dado que con ello aumentarían las oportunidades para reducir el costo del almacenamiento de los datos (A/CN.9/373, párr. 124).

2. Pero el proyecto de disposición tiene la intención de aclarar que los Estados no estarán obligados a modificar requisitos nacionales concretos sobre la conservación de constancias. En particular, las autoridades supervisoras no deberán soportar el costo de mantener el equipo necesario para hacer los datos almacenados legibles en un lenguaje humano.

[Artículo 15. *Responsabilidad*

1) Cada parte responderá de los daños y perjuicios derivados directamente de la omisión en observar cualquiera de las disposiciones o reglas uniformes excepto en el caso en que la parte se vea impedida de hacerlo por circunstancias que constituyan un impedimento ajeno a su voluntad y que no cabría razonablemente esperar que se tomaran en cuenta en el momento en que la parte enviara y recibiera mensajes por EDI o cuyas consecuencias no podían ser evitadas ni superadas.

2) En ningún caso responderá ninguna de las partes por daños y perjuicios especiales, indirectos o consecuenciales.

3) Si una parte concierta con un intermediario la prestación de servicios como la transmisión, la anotación o la elaboración de un mensaje, la parte que concierte con ese intermediario responderá de los daños y perjuicios derivados directamente de los actos o las omisiones del intermediario en la prestación de dichos servicios.

4) Si una parte requiere de otra que utilice los servicios de un intermediario para efectuar la transmisión, la anotación o la elaboración de un mensaje por EDI, la parte que lo requiera responderá a la otra de los daños y perjuicios derivados directamente de los actos o las omisiones del intermediario en la prestación de dichos servicios.]

*Referencias*

A/CN.9/373, párrs. 148 a 152 (25.º período de sesiones, 1993);  
A/CN.9/WG.IV/WP.55, párrs. 114 a 123;  
A/CN.9/360, párrs. 97 a 103 (24.º período de sesiones, 1992);  
A/CN.9/WG.IV/WP.53, párrs. 82 a 83;  
A/CN.9/350, párrs. 101 a 103;  
A/CN.9/333, párr. 76.

*Observaciones*

1. El Grupo de Trabajo mencionó sólo brevemente, al final de su 25.º período de sesiones, la cuestión de incluir o no en las reglas uniformes una norma sobre responsabilidad. El texto del proyecto de artículo 15 fue tomado del Acuerdo Modelo Europeo sobre EDI elaborado en el contexto del programa TEDIS llevado a cabo por la Comisión de las Comunidades Europeas (A/CN.9/350, párrs. 11 a 26). Se ha incluido el texto en el proyecto de reglas uniformes como ejemplo de disposición preparada teniendo presentes diversos ordenamientos jurídicos y que refleja un posible enfoque de la cuestión de la responsabilidad. El Grupo de Trabajo podría utilizar este texto como base de discusión.

2. Cabe observar, sin embargo, que el texto del proyecto de artículo fue preparado en forma de cláusula contractual modelo y, como tal, puede no ser adecuado para incluirlo en un texto de carácter legislativo como las normas uniformes.

II. OTRAS CUESTIONES QUE SE HAN DE EXAMINAR

El Grupo de Trabajo podría estudiar si se deben tratar otras cuestiones en las reglas uniformes. Entre ellas, el Grupo de Trabajo acordó, en su 25.º período de sesiones, examinar la cuestión de la responsabilidad de los terceros proveedores de servicios y la de los documentos acreditativos de la propiedad y la de las garantías. El Grupo de Trabajo podría examinar qué pasos deberían darse para ocuparse de estas cuestiones. Podría además analizar la cuestión de la posible interacción de las reglas uniformes con las normas jurídicas sobre protección de datos personales que pudiesen estar en vigencia en ciertos países.

## 2. Propuesta del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte: nota de la Secretaría

(A/CN.9/WG.IV/WP.58) [Original: inglés]

1. En el 25.º período de sesiones del Grupo de Trabajo, la delegación del Reino Unido formuló una serie de propuestas sobre la redacción de un régimen jurídico uniforme del intercambio electrónico de datos que preparaba el Grupo de Trabajo. Estas sugerencias se referían a las condiciones en que podía considerarse que otros medios satisfacían los requisitos legales para: 1) un instrumento en forma escrita; 2) la firma, y 3) la presentación de un documento original (A/CN.9/373, párrs. 60, 76 y 91).

2. A raíz del 25.º período de sesiones del Grupo de Trabajo, la Secretaría recibió de la delegación del Reino Unido un conjunto de propuestas revisadas, con notas explicativas. El proyecto de régimen presentado por el Reino Unido y las notas explicativas se reproducen en el anexo de la presente nota en la forma en que los recibió la Secretaría.

### ANEXO

#### A. Escrito

1. Cuando, en virtud de alguna norma legal o regla de derecho, determinado efecto jurídico de algún asunto dependa de si la información ha sido consignada por escrito o en forma legible, será suficiente, a efectos de dicha norma legal o regla de derecho, que la información haya sido archivada de alguna manera que permita presentarla en forma de imágenes visuales [textuales o no] que:

- i) correspondan exactamente a dicha información; y
- ii) sean no menos satisfactorias, a cualquier efecto pertinente, que si la información se hubiera consignado por escrito o en forma legible.

2. Cuando sea necesario, a efectos de alguna norma legal o regla de derecho o de índole probatoria, que la documentación sea presentada por escrito o en forma legible, será suficiente, a tal efecto, que alguna constancia de la información archivada de la manera descrita en el anterior párrafo 1 sea presentada en forma de imágenes visuales [textuales o demás] que cumplan con los requisitos de los incisos i) y ii) de ese párrafo.

#### B. Autenticación

1. El presente artículo será aplicable cuando la firma de alguna persona sea de interés a efectos de alguna norma legal o regla de derecho, de alguna cuestión probatoria, de algún contrato o de cualquier otra cuestión.

2. Para el presente artículo, se entenderá por "autenticación" cualquier mecanismo que dé a conocer quién expidió una comunicación o dejó constancia de algo y la aprobación por esa persona de la información transmitida o archivada.

3. La autenticación por la que se dé a entender que ha sido practicada por la persona cuya firma sea requerida, o en su nombre, será suficiente para reemplazar la firma, al efecto para el que ésta haya sido requerida, si:

- i) sirve para dar fe de que fue practicada por esa persona o por su mandatario (con o sin autorización para ello); y
- ii) sea no menos fiable, como medio de prueba, que la firma, o (salvo que la firma sea un requisito legal) sea tan fiable

como convenga para las circunstancias a cuyo efecto se dejó constancia de la información o se expidió la comunicación.

4. En la medida en que sean aplicables en relación con alguna norma legal o regla de derecho, los párrafos 1 a 3 del presente artículo no podrán excluirse ni modificarse mediante ningún acto o acuerdo jurídicamente vinculante.

#### C. Negocios cuya validez requiere un escrito firmado

1. El presente artículo será aplicable cuando, en virtud de alguna norma legal o regla de derecho, la validez jurídica de algún negocio dependa de que haya sido consignado por escrito y firmado.

2. Toda constancia, que a tenor de lo anteriormente dispuesto en los artículos A y B sea tenida por suficiente a efectos de cualquier requisito de escrito y de firma que sea aplicable a algún negocio considerado en el párrafo 1 del presente artículo, conferirá al negocio el mismo efecto jurídico que le conferiría un escrito firmado, pero sólo a partir del momento en que la constancia figure en alguna forma que satisfaga lo dispuesto en los incisos i) y ii) del párrafo 1 del artículo A o en el párrafo 3 del artículo B.

#### D. Necesidad de un original

1. El presente artículo será aplicable cuando:

- i) sea necesario, a efectos probatorios o de alguna norma legal o regla de derecho, presentar una constancia original; y
- ii) cuando se haya archivado la información en alguna forma distinta de imágenes visuales.

2. En todo proceso judicial será suficiente, a efectos de la aplicación de la regla de la prueba mencionada en el inciso i) del anterior párrafo 1, que la constancia que se trate de hacer valer como prueba sea la mejor prueba que esa persona pueda razonablemente aportar; pero nada de lo dispuesto en el presente párrafo afectará en modo alguno al valor que deba concederse a esa prueba.

3. A reserva de lo dispuesto en el anterior párrafo 2, será suficiente, a cualquier efecto mencionado en el inciso i) del párrafo 1, que la constancia sea presentada en alguna forma:

- i) que refleje exactamente la información originalmente archivada; y
- ii) que no sea menos satisfactoria, a cualquier efecto pertinente, que la presentación de una constancia original.

#### E. Información que corresponda a la constancia original

1. Para los fines de los artículos A y D *supra*, se considerará que ha quedado constancia en alguna forma cuyas imágenes o datos corresponden exactamente a la información archivada cuando, pese a cualquier alteración formal, la constancia presentada reproduzca exactamente el contenido de la información originalmente archivada.

2. Para los fines del párrafo 1, salvo prueba en contrario, se supondrá que el contenido de la información se ha reproducido con exactitud cuando la constancia definitiva proceda de la original por una cadena de reproducción ininterrumpida, y si en todo momento se mantuvo inalterado lo siguiente:

- i) la constancia original;
- ii) la constancia definitiva de que se trate; y
- iii) cualquier reproducción intermedia de la constancia original de la que se haya reproducido directa o indirectamente la constancia definitiva.

#### [F. Exclusiones

Lo dispuesto anteriormente en los artículos A a E no será aplicable a efectos de ninguna norma legal o regla de derecho o a efectos probatorios en lo que pueda referirse a títulos negociables o a acciones de sociedades mercantiles.]

#### G. Carga de la prueba

De cuestionarse el cumplimiento de alguna de las condiciones enunciadas en los artículos A, B, D o E (a reserva de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo E), la persona favorable al cumplimiento deberá probarlo.

#### Notas sobre el proyecto del Reino Unido

##### Generales

Las reglas presentadas al Grupo de Trabajo pertenecen a dos categorías distintas.

Las reglas de la primera categoría se refieren a las condiciones que han de darse para que puedan considerarse como cumplidas por otros medios los requisitos legales de escrito, de firma o de documento original. El proyecto del Reino Unido presenta únicamente reglas de esta índole. También entrarían en esta categoría las reglas sobre la admisibilidad de una prueba y el valor probatorio de las constancias tomadas de algún soporte informático o en él almacenadas (ausentes de la versión del Reino Unido).

A efectos de esta categoría de reglas, no sería necesaria ninguna definición del intercambio electrónico de datos (EDI) o de la transmisión electrónica. Tampoco se necesitaría ninguna prueba de la internacionalidad. Las cuestiones tratadas por las reglas tienen necesariamente un alcance más general: se refieren a los requisitos legales aplicables a la información archivada y a las comunicaciones en general. No se ocupan meramente de regular la relación entre el expedidor y el destinatario, sino más bien de los requisitos legales en general. Cabe considerar si convendría que esta categoría de reglas figure por separado como "Parte I" en la eventual Ley Modelo.

La segunda categoría de reglas (que podría agruparse en la "Parte II") sería la de las reglas que rigen la relación entre el expedidor y el destinatario: por ejemplo, hasta qué punto debe considerarse que el expedidor de una comunicación electrónica ha aprobado el contenido de un mensaje que dé a entender que ha sido autenticado por él, el momento a partir del cual se ha de considerar un mensaje como recibido, las consecuencias de la falta de acuse de recibo de ser éste requerido, etc. De ser necesaria alguna definición del EDI o de la internacionalidad, sólo lo sería para esta parte de la Ley Modelo.

##### Escrito: artículo A

El párrafo 1 se ocupa del requisito de que la información sea consignada por escrito; el párrafo 2 del requisito de que la documentación sea presentada por escrito (por ejemplo, a tribunales o a autoridades administrativas). En el primer caso, será suficiente que la información sea archivada de algún modo que permita presentarla en forma de imágenes visuales que satisfagan los requisitos i) y ii). En el segundo caso, la constancia presentada deberá

satisfacer los requisitos i) y ii) y no meramente permitir ("permita") que se satisfagan. El artículo G impone la carga de probar el cumplimiento de estos requisitos a la persona que invoque su cumplimiento.

El inciso i) requiere que se verifique la integridad de la constancia desde el momento en que la información fue archivada. Ello es necesario porque, a diferencia de lo que ocurre cuando la información se archiva originalmente por escrito, es improbable que una salida informática impresa haya sido impresa al archivar la información. Además, es probable que sea más difícil detectar (en una salida informática de impresora) una alteración de la grabación electrónica realizada entre el momento en que se grabó la información y el momento en que se presentó la constancia (salida de impresora). El artículo E es aplicable para la interpretación del requisito i).

El inciso ii) del párrafo 1 del artículo A exige la "equivalencia funcional". Este requisito tiene por finalidad principal dejar sin efecto al párrafo 1 en situaciones en las que el documento de papel cumpla ciertas funciones que no puede cumplir una grabación electrónica. Cierto es que esa exclusión puede hacerse individualmente en muchos casos, como para los cheques y otros títulos negociables. Sin embargo, puede haber otros casos en que se requiere un documento de papel porque lo que se precisa es algo material que pueda entregarse. En algunos casos, lo que se necesita es algo que se pueda endosar (en el sentido de estampar una firma al dorso de un documento escrito); y puede que se requiera un sobre sellado u otras formalidades que presupongan un documento de papel. El requisito ii) exige asimismo que las imágenes visuales presentadas sean tan legibles como lo hubiera sido el documento escrito. En cada caso se trata de establecer si la constancia alternativa (electrónica) cumple todas las funciones que tenía asignadas el documento de papel requerido.

##### Autenticación: artículo B

Este artículo descarta toda objeción (ya sea del destinatario de un mensaje, de las autoridades que exijan la observancia de algún requisito reglamentario, o de un tercero) de que el mensaje no estaba firmado, si estaba autenticado de alguna forma no menos fiable que la firma. Este artículo sería aplicable respecto de los requisitos de firma legales o contractuales y respecto de la firma requerida para fines probatorios o de otra índole.

El artículo hace una distinción, en un aspecto, entre i) el requisito legal de firma, y ii) la firma requerida por algún otro motivo. En relación con el requisito legal, la condición especificada en el inciso ii) es que la autenticación "sea no menos fiable que la firma". En cambio, a cualquier otro efecto, cuando no pueda demostrarse que la autenticación no era menos fiable que la firma, bastará con demostrar que la autenticación es en todas las circunstancias tan fiable como conviene para los fines por los que se hizo la inscripción o la comunicación. Esta distinción es necesaria, ya que en relación con los requisitos legales ninguna de las partes debería poder sustituir la norma legal de fiabilidad por sus propios criterios, si bien en otros contextos el grado apropiado de fiabilidad puede depender de las circunstancias.

Las palabras que figuran en el requisito i) ("con o sin autorización para ello") se refieren a la posibilidad de que un directivo, empleado o agente designado por una empresa no esté autorizado para firmar o autenticar determinado mensaje en nombre de la empresa; la regla no afecta a ninguna cuestión relativa a si está autorizado a ello.

En caso de disputa, el artículo G impone la carga de demostrar que la autenticación practicada no es menos fiable que la firma a la persona que así lo sostenga.

(Obsérvese que la imposición de la carga de la prueba a la persona que sostiene que la autenticación no es menos fiable que la firma no afectará a la aplicabilidad eventual del principio de la no invocabilidad judicial (*estoppel*) de la falta de firma por el expedidor que trate de eludir un contrato u otra obligación so pretexto de que en realidad nunca firmó el mensaje (pese a que sí lo autenticó). Cuando el destinatario no esté en condiciones de probar que la autenticación del expedidor no era menos fiable que la firma, o que era tan fiable como convenía para la finalidad perseguida, el destinatario aún podrá apelar a la no invocabilidad judicial de la falta de firma que sea eventualmente oponible contra un expedidor que haya autenticado el mensaje.)

El párrafo 4 parte de la premisa de que la Ley Modelo enunciará la regla general de que, salvo disposición en contrario, las partes podrán modificar de común acuerdo los derechos y obligaciones que corresponden al expedidor o al destinatario en virtud del régimen de la Ley Modelo.

*Negocios que han de consignarse por escrito y firmarse:*  
artículo C

Este artículo se refiere a aquellos negocios jurídicos cuya validez sólo dependa de que sean consignados por escrito y firmados. El artículo dispone que el requisito de escrito firmado sólo quedará satisfecho a tenor de los artículos A y B a partir del momento en que la información figure en una forma que satisfaga los requisitos enunciados en esos artículos. La situación contemplada es la que se presenta cuando i) la norma legal aplicable disponga que un negocio sólo será válido cuando se haya consignado por escrito y ese escrito haya sido firmado, y ii) un determinado negocio se realiza sin la formalidad debida y sólo se archiva posteriormente en una grabación informática autenticada. En tal caso, el artículo C impedirá que en virtud de los artículos A y B se otorgue retrospectivamente (a partir de la fecha del negocio) a la constancia informática del negocio el mismo efecto jurídico que le habría conferido un escrito firmado en esa fecha. Sólo gozará de ese efecto jurídico a partir del momento en que exista una constancia electrónica autenticada del negocio.

*Requisito de un original:* artículo D

El párrafo 2 será aplicable para los fines del régimen de la prueba del procedimiento judicial. Este párrafo dispone que no será rechazada prueba alguna por el hecho de no estar consignada en un documento original, siempre y cuando se cumpla la regla de la mejor prueba disponible. Corresponderá al tribunal determinar el valor probatorio de cualquier documento así admitido, y este artículo no prejuzga en nada esa valoración.

El párrafo 3 será aplicable: i) a los requisitos legales de índole probatoria en general (que no debe confundirse con el régimen de la prueba aplicable al procedimiento judicial) y ii) a cualquier cuestión probatoria no judicial. Este párrafo será aplicable a reserva de lo dispuesto en el párrafo 2 respecto del régimen de la prueba judicial.

El inciso i) exige la integridad de la constancia desde el momento en que se archivó la información. Este requisito se interpreta en el artículo E.

El inciso ii) exige la "equivalencia funcional" de la constancia que se desea presentar. El requisito ii) es necesario porque el propósito de un original puede no ser la mera seguridad de la autenticidad o integridad de la información, sino algún otro fin como, por ejemplo, la protección contra la reutilización fraudulenta de un documento que conceda al portador el derecho a reclamar el pago, o como seguridad de que no se ha transferido previamente la titularidad a otra persona. Una vez más, se trata de establecer si el documento electrónico cumple todas las funciones que el documento de papel exigido tenía la finalidad de cumplir.

*Garantía de la integridad de la constancia:* artículo E

Este artículo sería aplicable a efectos de la interpretación de los artículos A y D. En él se prescribe el método por el que se ha de probar la integridad de la constancia desde el momento en que la información fue archivada. En el artículo se hace una distinción entre una alteración de la forma de la constancia y una alteración del contenido de la información archivada. Sólo la alteración del contenido será tenida por merma de la integridad de la información.

El artículo G impone la carga de probar el cumplimiento de estos requisitos al interesado en que así sea, pero de probarse el cumplimiento de los requisitos del párrafo 2, surgirá la presunción refutable de que también se cumple el requisito del párrafo 1. El proceso de reproducción a que se alude en el párrafo 2 puede ser la producción de un impreso informático o la copia fotográfica de dicho impreso.

(Obsérvese que una constancia alterada puede satisfacer también el requisito de un original, si se la considera como constancia auténtica de la información original en su forma enmendada. Ésta sería también la solución normal con respecto a la documentación escrita. Por ejemplo, si se ha modificado un acuerdo escrito, la constancia de la modificación puede considerarse tan "original" como la constancia del acuerdo inicial; sin embargo, será meramente una constancia original de la modificación, y no del acuerdo inicial.)

*Exclusiones:* artículo F

Este artículo excluye de la aplicación de este régimen a los títulos negociables y a las acciones de sociedades mercantiles. En el contexto de los títulos negociables, los requisitos de un escrito, de firma y de un original cumplen, además, otra finalidad. La firma puede servir para transferir la titularidad por endoso. El requisito de un original puede servir para cerciorarse de que la titularidad no haya sido previamente transferida a un tercero.

Se considera que este artículo no es estrictamente necesario habida cuenta del requisito ii) del párrafo 1 del artículo A y del párrafo 1 del artículo D; por esta razón, figura entre corchetes. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar a) si conviene hacer exclusiones expresas como éstas o si sería preferible confiar en el requisito ii); y b) de optarse por el método de la exclusión expresa, la conveniencia de ampliar la actual lista.

**C. Informe del Grupo de Trabajo sobre Intercambio Electrónico  
de Datos (EDI) acerca de la labor realizada en su 27.º período de sesiones  
(Nueva York, 28 de febrero a 11 de marzo de 1994)  
(A/CN.9/390) [Original: inglés]**

**ÍNDICE**

	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN .....	1-12
I. DELIBERACIONES Y DECISIONES .....	13-14
II. EXAMEN DEL PROYECTO DE REGLAS UNIFORMES SOBRE LOS ASPECTOS JURÍDICOS DEL INTERCAMBIO ELECTRÓNICO DE DATOS (EDI) Y MEDIOS AFINES DE COMUNICACIÓN DE DATOS .....	15-153
Observaciones generales .....	15
Título .....	16-20
CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES .....	21-78
Artículo 1. Ámbito de aplicación .....	21-33
Nota al capítulo I .....	34-40
Nota al artículo 1 .....	41-43
Artículo 2. Definiciones .....	44-65
Artículo 3. Interpretación de las Reglas Uniformes .....	66-73
[Artículo 5. Modificación mediante acuerdo] .....	74-78
CAPÍTULO II. REQUISITOS DE FORMA .....	79-143
Artículo 5 bis .....	79-87
Artículo 6. Equivalente funcional de "escrito" .....	88-96
Artículo 7. Equivalente funcional de "firmas" .....	97-109
Artículo 8. Equivalente funcional de "original" .....	110-138
Artículo 9. Admisibilidad y valor probatorio de las grabaciones de datos ..	139-143
CAPÍTULO III. COMUNICACIÓN [GRABACIONES] [MENSAJES] DE DATOS .....	144-153
Artículo 10. Eficacia de [las grabaciones] [los mensajes] de datos .....	144-153
III. LABOR FUTURA .....	154-161

**INTRODUCCIÓN**

1. En su 24.º período de sesiones (1991), la CNUDMI convino en que las cuestiones jurídicas relacionadas con el intercambio electrónico de datos (EDI) resultarían cada vez más importantes a medida que se desarrollara el uso del EDI y en que debía iniciar la labor en esa esfera. La CNUDMI convino en que era necesario que un Grupo de Trabajo examinara en forma pormenorizada la materia<sup>1</sup>.

2. Con arreglo a esa decisión, el Grupo de Trabajo sobre Pagos Internacionales dedicó su 24.º período de sesiones a determinar y examinar las cuestiones jurídicas derivadas del mayor uso del EDI. En el informe de ese período de sesiones del Grupo de Trabajo se sugirió que el examen de las cuestiones jurídicas derivadas del mayor uso del EDI

había demostrado que sería más apropiado ocuparse de algunas de esas cuestiones mediante disposiciones legales (A/CN.9/360, párr. 129). En cuanto a la posible preparación de un acuerdo modelo de comunicaciones para su uso a escala mundial en el comercio internacional, el Grupo de Trabajo decidió que, al menos por el momento, no era necesario que la CNUDMI preparara un acuerdo modelo de comunicaciones. No obstante, el Grupo de Trabajo observó que, de conformidad con el criterio flexible que se había recomendado a la CNUDMI acerca de la forma del instrumento definitivo, podrían surgir situaciones en que la preparación de cláusulas contractuales modelo se considerara una forma apropiada de referirse a cuestiones concretas (A/CN.9/360, párr. 132). El Grupo de Trabajo reafirmó la necesidad de estrecha cooperación entre todas las organizaciones internacionales que realizaban actividades en la materia. Se convino en que la CNUDMI, habida cuenta del carácter universal de su composición y de su mandato general como órgano jurídico central del sistema de las

<sup>1</sup>Documentos oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/46/17), párrs. 314 a 317

Naciones Unidas en la esfera del derecho mercantil internacional, debía desempeñar un papel especialmente activo a ese respecto (A/CN.9/360, párr. 133).

3. En su 25.º período de sesiones (1992) la CNUDMI examinó el informe del Grupo de Trabajo sobre Pagos Internacionales acerca de la labor de su 24.º período de sesiones (A/CN.9/360). De acuerdo con las sugerencias del Grupo de Trabajo, la CNUDMI convino en que existía la necesidad de investigar más las cuestiones jurídicas del EDI y de formular normas prácticas en esa materia. Se convino, con arreglo a las sugerencias del Grupo de Trabajo que, si bien sería más apropiado ocuparse de algunos asuntos en forma de disposiciones de rango legislativo, sería más conveniente ocuparse de otros asuntos mediante cláusulas contractuales modelo. Tras el debate la CNUDMI hizo suya la recomendación que figuraba en el informe del Grupo de Trabajo (A/CN.9/360, párrs. 129 a 133), reafirmó la necesidad de la cooperación activa entre todas las organizaciones internacionales que realizaban actividades en la materia y encomendó la preparación de normas jurídicas sobre el EDI al Grupo de Trabajo sobre Pagos Internacionales, que pasó a llamarse Grupo de Trabajo sobre Intercambio Electrónico de Datos<sup>2</sup>.

4. En su 26.º período de sesiones (1993) la CNUDMI tuvo ante sí el informe del Grupo de Trabajo sobre Intercambio Electrónico de Datos acerca de la labor de su 25.º período de sesiones (A/CN.9/373). La CNUDMI expresó su reconocimiento por la labor realizada por el Grupo de Trabajo, observó que el Grupo de Trabajo había comenzado a examinar el contenido de una ley uniforme sobre el EDI y expresó la esperanza de que el Grupo de Trabajo procediera en forma expedita a preparar ese texto.

5. Se sugirió que, además de la labor que se realizaba en el Grupo de Trabajo, existía la necesidad de considerar algunos asuntos que derivaban del uso del EDI en algunos contextos comerciales concretos. El uso del EDI en la adquisición y el reemplazo de conocimientos de embarque u otros documentos en papel por mensajes del EDI eran ejemplos de temas que merecían consideración especial. Se sugirió además, que la CNUDMI fijara un plazo para completar la labor que había iniciado el Grupo de Trabajo. Sin embargo, predominó la opinión generalizada de que el Grupo de Trabajo debía continuar su labor en el marco del mandato general que le había conferido la CNUDMI. Se convino en que, sólo una vez que hubiera completado la preparación de las reglas generales del EDI, el Grupo de Trabajo debía examinar esferas adicionales en que tal vez serían necesarias reglas más detalladas<sup>3</sup>.

6. El Grupo de Trabajo sobre Intercambio Electrónico de Datos celebró su 26.º período de sesiones en Viena del 11 al 22 de octubre de 1993. En ese período de sesiones el Grupo de Trabajo consideró las cuestiones examinadas en una nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.57) y una propuesta formulada por la delegación del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (A/CN.9/WG.IV/WP.58).

Se pidió a la Secretaría que preparara, sobre la base de las deliberaciones del Grupo de Trabajo, un conjunto de artículos revisados, con posibles variantes, acerca de los asuntos debatidos.

7. El Grupo de Trabajo sobre Intercambio Electrónico de Datos, que estaba compuesto por todos los Estados miembros de la CNUDMI, celebró su 27.º período de sesiones en Nueva York del 28 de febrero al 11 de marzo de 1994. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Arabia Saudita, Argentina, Austria, Bulgaria, Camerún, Canadá, Chile, China, Dinamarca, Egipto, Eslovaquia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Hungría, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Kenya, Marruecos, México, Nigeria, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Singapur, Sudán, Tailandia, Togo, Uganda y Uruguay.

8. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Argelia, Australia, Bahrein, Bolivia, Côte d'Ivoire, Filipinas, Finlandia, Indonesia, Myanmar, Pakistán, Panamá, República Checa, República de Corea, Senegal, Sierra Leona, Suecia, Suiza, Turquía, Ucrania y Zambia.

9. Asistieron al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

- a) *Órganos de las Naciones Unidas*  
Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo
- b) *Organizaciones intergubernamentales*  
Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano  
Comisión Económica para Europa (CEPE)  
Comunidad Europea  
Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado
- c) *Otras organizaciones internacionales*  
Cámara de Comercio Internacional (CCI)  
Centro de Arbitraje Comercial Internacional de El Cairo  
Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN),  
Organización de las Capitales y Ciudades Islámicas  
Sociedad para las Telecomunicaciones Financieras Interbancarias Mundiales.

10. El Grupo de Trabajo eligió la siguiente Mesa:

- Presidente:* Sr. José-María Abascal Zamora (México)  
*Relator:* Sr. Abdolhamid Faridi Araghi (República Islámica del Irán)

11. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí los documentos siguientes: programa provisional (A/CN.9/WG.IV/WP.59) y una nota de la Secretaría en que figuraba un proyecto revisado de reglas uniformes sobre los aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos (EDI) y medios afines de comunicación de datos (A/CN.9/WG.IV/WP.60).

12. El Grupo de Trabajo aprobó el programa siguiente:

1. Elección de la mesa.
2. Aprobación del programa.

<sup>2</sup>Ibid., cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/47/17), párrs. 140 a 148.

<sup>3</sup>Ibid., cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/48/17), párrs. 265 a 267.

3. Reglas uniformes sobre los aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos (EDI) y medios afines de comunicación de datos.
4. Otros asuntos.
5. Aprobación del informe.

## I. DELIBERACIONES Y DECISIONES

13. El Grupo de Trabajo examinó los proyectos de artículo 1 a 10 que figuraban en la nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.60).

14. Las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo figuran *infra* en el capítulo II. Se pidió a la Secretaría que preparara, sobre la base de esas deliberaciones y conclusiones, un conjunto de artículos revisados con el fin de poner en práctica las decisiones y conclusiones del Grupo de Trabajo.

## II. EXAMEN DEL PROYECTO DE REGLAS UNIFORMES SOBRE LOS ASPECTOS JURÍDICOS DEL INTERCAMBIO ELECTRÓNICO DE DATOS (EDI) Y MEDIOS AFINES DE COMUNICACIÓN DE DATOS

### Observaciones generales

15. El Grupo de Trabajo tomó nota con interés de la observación respecto de la aparición de cuestiones comunes relacionadas con el EDI en diversas esferas que podrían ser objeto de trabajos de la Comisión en el futuro. Se citó el ejemplo específico del procedimiento de "registro", que podría constituirse en una técnica de apoyo de las soluciones basadas en el derecho mercantil internacional en esferas diversas como la cesión de derechos, las transacciones en títulos mobiliarios y los instrumentos negociables sin soporte de papel, incluidos los documentos probatorios del dominio. Se sugirió que frente a ese fenómeno la Comisión podría formular el marco jurídico general de los registros. Se observó que el Grupo de Trabajo bien podría examinar la cuestión en el contexto de ulteriores deliberaciones sobre otros problemas que se analizarían al dar cima a su labor actual (véanse los párrafos 154 a 160 *infra*). Entre esos problemas podría incluirse también la preparación de un convenio modelo de comunicaciones y las cuestiones vinculadas con la responsabilidad de los contratistas de servicios.

### Título

16. La mención del término "reglas uniformes" en el título dio lugar a que el Grupo de Trabajo volviera sobre su anterior decisión de formular un texto jurídico en la forma de disposiciones legales (A/CN.9/387, párr. 2). Hubo acuerdo en general en que la expresión "reglas uniformes" no era apropiada, pues sugería un instrumento legal análogo a las reglas de la práctica contractual, cuando lo que se requería era establecer el fundamento legislativo de la práctica del EDI. En cuanto a la forma precisa de esas disposiciones legales, decisión que anteriormente se había aplazado, el Grupo de Trabajo manifestó su preferencia por la forma de una ley modelo. Lo hizo en vista, en particular, de la

complejidad que entrañaba el formular y dar efecto a una convención internacional y del tiempo que ello insumiría, dificultades que resultaban desventajosas dada la necesidad apremiante de disposiciones legales en la materia.

17. Si bien se convino en que se impartiría al texto la forma de una ley modelo, circunstancia que debería quedar claramente indicada en el título, en general se estimó que, dada la naturaleza especial del texto jurídico que se estaba elaborando, había que encontrar un término más flexible que el de "ley modelo". Se hizo ver que se debía contar con un término más flexible para dar a entender que el texto contenía diversas disposiciones relativas a normas vigentes que típicamente estarían distribuidas en diversas partes de distintas leyes nacionales en el Estado que diera efecto a esa normativa. Era, pues, posible que los Estados que dieran efecto a la normativa no incorporaran necesariamente el texto *in toto* y que las disposiciones de la ley modelo no necesariamente se plasmaran juntas en un cuerpo normativo discreto del derecho interno. El texto podía calificarse, en la terminología de un régimen jurídico, de "ley de reforma de leyes diversas". El Grupo de Trabajo convino en que la naturaleza especial del texto se expresaría mejor si se empleaba el término "disposiciones legales modelo". También se opinó que la naturaleza y el propósito de las disposiciones legales modelo podrían explicarse en una introducción o en las directrices que acompañaran al texto.

18. Se formularon diversas reservas en cuanto al resto del título. Entre otras cosas, se criticaron las palabras "los aspectos jurídicos", por considerarse que eran excesivamente vagas para el título de un texto legislativo y, por otra parte, por estimarse que daban la errónea impresión de que el texto legislaba sobre todas las cuestiones jurídicas que pudieran vincularse con el uso del EDI; la utilización de la palabra "datos" que, si bien podría ser apropiada para las deliberaciones oficiosas del Grupo de Trabajo, era demasiado restringida e imprecisa para un texto jurídico (véase el párrafo 46 *infra*); se señaló que el empleo de la palabra "comunicación" era excesivamente restrictivo y aparentemente prejuzgaba decisiones que el Grupo de Trabajo aún no había adoptado en cuanto al ámbito de las disposiciones legales modelo; se dijo que bien podría no ser adecuada la referencia que al fin del título se hacía a los "medios afines de comunicación de datos" y también el ámbito posiblemente general de las transacciones y actividades que se mentaban con las palabras "comunicación de datos".

19. Se formularon diversas propuestas para atender esas inquietudes, reflejando el entendimiento común de que el título debía tener en cuenta las diversas tecnologías y combinaciones de tecnologías posibles, junto con el elemento esencial de una grabación durable. Entre esas propuestas se contaron expresiones como las siguientes: "grabación de datos", "constancias informatizadas en el comercio", "comercio electrónico", "intercambio de documentos electrónicos", "utilización de tecnología sin soporte de papel" y "grabación y comunicación de informaciones sin soporte de papel".

20. Tras una deliberación, el Grupo de Trabajo opinó que no sería posible dar formulación definitiva al título hasta que se examinara y elucidara más el contenido de las disposiciones legales modelo, en especial las disposiciones

relativas al ámbito de aplicación. Se observó que, a los fines de un título de trabajo, podría utilizarse el término "comercio electrónico", aunque se hizo ver que el uso de la palabra "comercio" en el título planteaba interrogantes en cuanto al ámbito de aplicación de las disposiciones legales modelo (véanse los párrafos 22 a 27 *infra*).

## Capítulo I. Disposiciones generales

### Artículo 1. Ámbito de aplicación

#### Primera oración

21. El Grupo de Trabajo discutió si debían conservarse las palabras entre corchetes ("comercial y administrativa"). En cuanto a la mención de la "información administrativa", se dijo en general que las disposiciones legales modelo no debían referirse expresamente a situaciones en las cuales la administración, por razones de orden público, prescribiera algún requisito de forma. En consecuencia, se decidió suprimir la mención de la "información administrativa". Se opinó que el texto debería contener una redacción expresa que excluyera la información administrativa del ámbito de aplicación de las disposiciones legales modelo. El Grupo de Trabajo, con todo, reafirmó la decisión que había adoptado en anteriores períodos de sesiones de que la esfera de las relaciones entre los usuarios del EDI y las autoridades públicas no debería ser excluida del ámbito de aplicación de las disposiciones legales modelo (A/CN.9/373, párr. 48, y A/CN.9/387, párr. 35).

22. Se expresaron opiniones divergentes en cuanto al empleo del concepto de "información comercial". Se dijo, por ejemplo, que las disposiciones legales modelo debían de alguna manera limitarse en su ámbito de aplicación a los datos creados, archivados o intercambiados a los efectos de las transacciones comerciales. Se señaló que esa limitación reflejaría de manera apropiada el mandato general de la Comisión en cuanto al derecho mercantil internacional. Se consideró, con todo, que la mención del concepto de "información comercial" podría hacer necesario definir ese concepto en las disposiciones legales modelo. Se formularon sugerencias en cuanto a esa definición, ya sea enumerando ciertos tipos de transacciones que se considerarían "transacciones comerciales" o enumerando ciertos tipos de partes como los "comerciantes". Se estimó, en general, que cualquiera de esos métodos podría crear dificultades en el contexto de un instrumento internacional, pues los derechos internos vigentes podrían discrepar en cuanto a los tipos de transacciones que se podrían considerar "comerciales" y a los tipos de partes que se podrían considerar dedicadas a una actividad "comercial". A ese respecto, se sugirió que, aunque el ámbito de aplicación de las disposiciones legales modelo se restringiera en general a la "información comercial", bien podría ser indispensable incorporar una norma que las hiciera aplicables a ciertos datos y transacciones que acaso no se consideraran mercantiles, por ejemplo los datos médicos, y a ciertas categorías de profesionales que, en muchos regímenes jurídicos, acaso no fueran considerados comerciantes.

23. Se expresó la opinión contraria de que debía evitarse toda referencia a "comercio". En sustento de ese parecer, se dijo que esa referencia podría plantear dificultades porque

algunos países del *common law*, así como también algunos países de derecho civil, no disponían de un derecho mercantil desgajado del derecho general y no era ni fácil ni usual en esos países distinguir entre el régimen especial de los contratos mercantiles y el régimen general de las obligaciones. Se dieron otros ejemplos de países en los cuales el concepto de "comercio" no era de uso corriente y en los cuales podría plantearse el problema de su definición. Por otra parte, también se mencionaron ejemplos de países en los cuales el concepto de "comercio" podría ya estar consagrado en la legislación nacional y ser interpretado de manera diversa según el país en el cual se usara. Se dijo que en anteriores textos jurídicos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) se había evitado toda referencia innecesaria a la noción de "comercio" en tanto que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, que contenía esas referencias, también definía el término "comercial". Se recordó que igual inquietud se había expresado en el anterior período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/387, párr. 34).

24. En favor de la eliminación de las referencias a "información comercial" se dijo también que las disposiciones legales modelo no debían hacer hincapié en una categoría determinada de transacciones, por ejemplo, las transacciones comerciales en el contexto de las cuales se utilizaran diversas técnicas informatizadas, sino en las técnicas mismas, cuyo atributo común era que no dependían de un soporte de papel. Se sugirió, pues, que el texto contuviera una referencia a la "creación, grabación y comunicación de información sin soporte de papel".

25. Se dijo, asimismo, que en el caso de que las disposiciones legales modelo se aplicaran exclusivamente a las transacciones comerciales, esa limitación de su ámbito de aplicación sería incongruente con la formulación amplia de los proyectos de artículos 6 a 9, que tenían por objeto estatuir arbitrios alternativos para observar los requisitos vigentes en el derecho nacional. Se sugirió que el ámbito de aplicación de las disposiciones legales modelo debía abarcar el ámbito cabal de esos requisitos nacionales, de los cuales no todos tenían por objeto la aplicación en un contexto comercial. Por ejemplo, se dijo que, en ciertas jurisdicciones, era obligatorio que todas las garantías se otorgaran por escrito. Se hizo ver que una distinción entre garantías "comerciales" y "no comerciales", que fuera de aplicación general en ese régimen jurídico, crearía una dicotomía innecesaria. También se sugirió que el ámbito de aplicación de las disposiciones legales modelo debía abarcar todos los tipos de relaciones en las cuales las partes estuvieran en libertad de determinar sus derechos y obligaciones contractuales, con exclusión de las relaciones en las cuales esos derechos y obligaciones se determinarían por imperio de la ley.

26. Se opinó que, de suprimirse la referencia a "información comercial", habría necesidad de volver a redactar el texto para que no quedara reducido a la mera remisión a la noción de "[grabación] [mensaje] de datos" que se definía en el inciso a) del proyecto de artículo 2. Se propusieron diversos textos para la primera oración. Entre los textos propuestos se contaron los siguientes: "Las presentes Reglas se aplicarán a la información electrónica en

la forma de datos o mensajes”; “Las presentes Reglas se aplicarán a la información relacionada con transacciones”; y “Las presentes Reglas se aplicarán a las transacciones informatizadas que tienen por objeto producir efectos jurídicos”. En cuanto a la propuesta referente al concepto de “transacción”, se recordó que el Grupo de Trabajo había convenido en anteriores períodos de sesiones que las disposiciones legales modelo debían hacer hincapié en los mensajes o grabaciones de datos y no en la transacción subyacente.

27. Aunque se expresó un apoyo considerable en favor de eliminar la referencia a “información comercial”, el Grupo de Trabajo decidió que debía mantenerse la referencia entre corchetes y que el debate debía reanudarse en una sesión posterior, luego de que se hubiera examinado el fondo de las disposiciones legales modelo.

#### *Segunda oración*

28. El Grupo de Trabajo examinó si debía conservarse la segunda oración del proyecto de artículo 1, que decía que las disposiciones legales modelo “No serán aplicables a la información en forma puramente oral o puramente [documental] [escrita]”.

29. Se dijo que el significado de los términos “escrita” y “documental” no se percibía con suficiente claridad. Se sugirió sustituir esos términos con el término “información con soporte de papel”. Se señaló, con todo, que ese término acaso no abarcaría ciertas formas en las cuales podría presentarse la información, que debían quedar excluidas del ámbito de aplicación de las disposiciones legales modelo, como la microficha. Por lo tanto, se sugirió que sería preferible hacer referencia a “información digitalizada”, esto es, la información que pudiera procesarse mediante un ordenador.

30. Con todo, primó la opinión de que debía suprimirse la segunda oración del proyecto de artículo 1. Entre las razones aducidas en apoyo de esa supresión se dijo que las disposiciones legales modelo debían estipular los casos en los cuales se aplicarían y que a los efectos del inciso *a*) del proyecto de artículo 2 sería suficiente definir la “grabación de datos” o el “mensaje de datos”; que la definición negativa del ámbito de aplicación de las disposiciones legales modelo, como la exclusión de la información escrita o documental, podría llevar a confusión, ya que no se echaría de ver con claridad si se excluía sólo la información escrita o documental o también otro tipo de información; y que esa definición negativa del ámbito de aplicación bien podría ser inapropiada, ya que podría tener el efecto perjudicial de excluir ciertos tipos de información en forma escrita o documental, como los telegramas y telecopias, que no deberían excluirse.

#### *Tercera oración*

31. Se manifestaron pareceres divergentes en cuanto a si debía mantenerse la tercera oración del proyecto de artículo 1 (“Salvo que se disponga otra cosa en las presentes Reglas, éstas no serán aplicables al contenido de la información”).

32. De acuerdo con una opinión, debía conservarse esa oración, pues constituía una norma útil de interpretación

con arreglo a la cual la carga de la prueba de que las reglas se aplicaban al contenido de una información determinada recaería en la persona que adujera ese argumento. De acuerdo con otra opinión, debía conservarse la oración, aunque modificándola ligeramente mediante la sustitución en la versión inglesa de la palabra “*substance*”, que no era suficientemente clara, por la palabra “*contents*”, o mediante la sustitución de las palabras “contenido de la información” por las palabras “derechos y obligaciones dimanados de la transacción subyacente”. Sin embargo, también se opinó que debía volver a redactarse esa oración de modo de definir positivamente la esfera de aplicación.

33. Con todo, primó la opinión de que debía suprimirse la tercera oración. En apoyo de la supresión se dijo que la oración era superflua, pues era de por sí evidente el principio de que las disposiciones legales modelo no se aplicarían a los derechos y obligaciones dimanados de la transacción subyacente. Sin embargo, los partidarios de la supresión dijeron también que había casos en los cuales las disposiciones legales modelo se aplicarían a cuestiones relacionadas con el contenido de la información (por ejemplo, el proyecto de artículo 12 relativo al perfeccionamiento de los contratos) y que la cuestión debía legislarse en cada artículo pertinente y no en un artículo general que definiera el ámbito de aplicación de las disposiciones legales modelo. Se hizo ver también que la cuestión relativa a saber si las disposiciones legales modelo se aplicaban al contenido de la transacción subyacente debía dirimirse por imperio de otras normas aplicables de derecho interno, porque podría haber casos en los cuales el órgano de determinación de los hechos tuviera que considerar el contenido de la información a fin de decidir si se aplicaban o no las disposiciones legales modelo.

#### *Nota al capítulo I*

34. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión relativa a saber si la relación entre las disposiciones legales modelo y el derecho de protección del consumidor debía tratarse en una nota o en el texto mismo de las disposiciones uniformes modelo.

35. Se opinó que no era apropiado tratar el asunto en una nota. Se dijo que, en diversos países, no se usaban notas en las leyes y se señaló que no había certidumbre en cuanto al efecto jurídico de una nota de esa índole. Por lo tanto, se sugirió que el asunto se tratara en el texto mismo del proyecto de artículo 1. Se dijo, también, que la necesidad de definir la noción de “consumidor” podía obviarse utilizando una redacción basada en el inciso *a*) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, que disponía que la Convención no se aplicaría a “las compraventas... de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico”. En ese contexto, se sugirió que la norma podría redactarse del siguiente modo: “Las cuestiones personales o domésticas escapan al ámbito de aplicación de las disposiciones legales modelo”.

36. En respuesta se recordó que en anteriores períodos de sesiones el Grupo de Trabajo había resuelto que la cuestión se debía abordar en una nota a pie de página, en particular porque sería desaconsejable intentar dar una definición

uniforme de la noción de "consumidor" (A/CN.9/387, párr. 28, y A/CN.9/373, párr. 32). En apoyo de esa tesis se adujo que las cuestiones relativas a la protección del consumidor, en la mayor medida posible, debían dejarse libradas al arbitrio de la legislación nacional. Además, se señaló que, si la cuestión se trataba en el texto de las disposiciones legales modelo, habría que añadir una norma que determinara el orden de prioridad entre las disposiciones legales modelo y la normativa de protección del consumidor. Tras una deliberación, el Grupo de Trabajo reafirmó su decisión anterior de que la cuestión de la normativa de protección del consumidor se tratara en una nota.

37. En cuanto al método preciso que se seguiría respecto de los asuntos relacionados con el consumidor, el Grupo de Trabajo tuvo ante sí cuatro variantes. La variante A decía que las disposiciones legales modelo no se ocupaban de las cuestiones relacionadas con la protección del consumidor. Con arreglo a la variante B, las disposiciones legales modelo no prevalecerían sobre las reglas jurídicas destinadas a la protección del consumidor. La variante C se sustentaba en un doble criterio, esto es, las disposiciones legales modelo no estaban destinadas a ser aplicadas a las operaciones con los consumidores, por un lado, y estaban sometidas a toda regla jurídica destinada a la protección del consumidor, por el otro. La variante D se basaba en el principio de que las disposiciones legales modelo no se aplicaban a las operaciones con los consumidores.

38. Se expresó la opinión de que el tema de la protección del consumidor se debía tratar en consonancia con las ideas en que se sustentaba la variante D, de modo de excluir la aplicación de las disposiciones legales modelo a las operaciones con los consumidores. En sustento de esa tesis, se dijo que la expresión "operaciones con los consumidores" constituía un criterio claro y objetivo, en tanto que la idea de "protección del consumidor" podía adolecer de falta de claridad y plantear dificultades. Esas dificultades podrían plantearse, en particular, si había necesidad de efectuar una determinación en cuanto a qué constituía legislación de protección del consumidor. Se mencionaron ejemplos de posibles conflictos entre las disposiciones legales modelo y otras normas jurídicas aplicables que, aunque no decían expresamente que tenían por objeto la protección del consumidor, podían interpretarse en el sentido de que daban amparo a los consumidores. Por ejemplo, se hizo ver que la normativa de protección de la confidencialidad de los datos, en cierto sentido, se encuadraba en el derecho de protección del consumidor y, sin embargo, escaparía al imperio de las disposiciones legales modelo.

39. Con todo, primó la opinión de que debía rechazarse la variante D. El Grupo de Trabajo reafirmó la decisión que había adoptado en su 19.º período de sesiones de que las disposiciones legales modelo deberían aplicarse a todos los mensajes, incluidos los enviados por consumidores o destinados a éstos, pero que debería dejarse en claro que las disposiciones legales modelo no tenían por objeto derogar ninguna disposición de protección del consumidor (A/CN.9/373, párrs. 29 a 31).

40. El Grupo de Trabajo pasó seguidamente a ocuparse de la variante B. Se había criticado la variante B en razón de que podría exigir una determinación de si una ley tenía

por objeto la protección del consumidor, lo cual podría constituir una ardua cuestión de interpretación jurídica. Además, se dijo que se corría el peligro de que la variante B fuera interpretada erróneamente en el sentido de que subordinaba el derecho mercantil al derecho de protección del consumidor. Se sugirió, pues, que, de conservarse la variante, se la pusiera entre corchetes. Con todo, prevaleció la opinión en favor de que se adoptara la variante B que, según se dijo, reconocía debidamente el principio de que los consumidores podían beneficiarse de la aplicación de las disposiciones legales modelo, al tiempo que dejaba abierta la posibilidad de que el legislador instituyera un régimen especial para la protección del consumidor.

#### *Nota al artículo 1*

41. Se opinó que las disposiciones legales modelo debían aplicarse solamente a los casos internacionales, ya que su objeto era facilitar el comercio internacional. Se afirmó que esa limitación del ámbito de aplicación estaría en consonancia con el mandato general de la Comisión respecto del comercio internacional. Se expresó también la opinión contraria, esto es, que la aplicación de las disposiciones legales modelo no debía quedar limitada a los casos internacionales. En sustento de esa tesis, se hizo ver que la certidumbre jurídica que dimanaría de las disposiciones legales modelo era indispensable tanto para el comercio interno como para el comercio internacional. Además, una dualidad de regímenes respecto al empleo de los medios electrónicos de grabación y comunicación de datos podría oponer un grave obstáculo al uso de esos medios.

42. Tras un debate, el Grupo de Trabajo reafirmó la decisión que había adoptado en su anterior período de sesiones de que las disposiciones legales modelo fueran aplicables en principio tanto a los mensajes internacionales como a los nacionales, pero que en una nota a pie de página se debía exponer un criterio de internacionalidad que podrían utilizar los Estados que desearan limitar la aplicabilidad de las disposiciones legales uniformes a los casos internacionales (A/CN.9/387, párr. 21).

43. En cuanto al texto de la nota, se sugirieron diversas mejoras de redacción. Se dijo que la noción de "intereses comerciales internacionales" era demasiado general y podía llevar a confusión, pues podía interpretarse que no diferenciaba entre los intereses de los gobiernos y los intereses de los agentes mercantiles en la esfera del comercio internacional. Se sugirió, pues, que el texto hiciera mención del "comercio internacional" o de los "intereses internacionales del comercio". Hubo acuerdo general en que el asunto debía ser examinado por un grupo de redacción, que el Grupo de Trabajo constituiría en un futuro período de sesiones.

#### *Artículo 2. Definiciones*

44. El Grupo de Trabajo decidió que el método de trabajo por seguir en el actual período de sesiones respecto del proyecto de artículo 2 consistiría en efectuar un intercambio de pareceres en cuanto a las definiciones en él contenidas, aunque reservando, en general, las decisiones definitivas hasta haber concluido un nuevo examen del proyecto de disposiciones legales modelo *in toto*.

*Inciso a) (definición de "[grabación] [mensaje de datos]")*

45. El Grupo de Trabajo, tomando nota de que el texto del inciso se conformaba a las decisiones que había adoptado en el anterior período de sesiones (A/CN.9/387, párrs. 30 a 39), procedió seguidamente a examinar con más detenimiento diversos elementos de la definición, fundamentalmente desde el punto de vista de la redacción.

46. Se opinó que la palabra "datos", con prescindencia de que fuera o no acompañada de las palabras "grabación" o "mensaje", no era clara, porque se la podría interpretar de dos maneras: como referencia a cualquier información en un ordenador o como referencia a los campos de información en los mensajes de EDI. Como alternativa se sugirió una expresión como la siguiente: "Por 'grabación electrónica' se entenderá la información en la forma de datos o mensajes...". Se dijo que no necesariamente se interpretaría que el uso del calificativo "electrónica" excluía futuros medios no electrónicos. Se señaló, en respuesta, que la palabra "datos" y el término "grabación de datos" tenían una connotación específica y bien entendida en la práctica. En respuesta a la sugerencia de que se empleara la expresión "documento electrónico", se recordó que el Grupo de Trabajo se había mostrado renuente a utilizar la palabra "documento" porque podía connotar un nexo con el soporte de papel. Sin embargo, se sugirió también que en el término que se escogiera se omitieran palabras como "electrónica", porque podían aparentemente hacer una referencia intrínseca a los medios de comunicación y que como elemento esencial de la definición se incluyera la idea de creación, archivo y comunicación digitales de la información.

47. El Grupo de Trabajo examinó también otra parte de la definición, la relacionada con la creación, el archivo o la comunicación de la información. Se sugirió que la comunicación o transmisión debía ser un elemento esencial, opinión que, como en el pasado, no encontró apoyo. En cuanto a la referencia a la creación de información, se expresó la inquietud de que el texto, en particular si se leía junto con el del proyecto de párrafo 2 del artículo 12, se podría interpretar en el sentido de sugerir la posibilidad de que pudieran concluirse contratos en ausencia total de la intervención humana. Otra preocupación respecto de la palabra "creada" era que podía sugerir la posibilidad de comunicaciones puramente orales. En consonancia con esas ideas se propuso una enmienda con arreglo a la cual se utilizaría la palabra "grabada" en lugar de la palabra "creada".

48. Aunque se reconoció la preocupación que se había señalado respecto de esa posible interpretación de la palabra "creada", hubo acuerdo en general en que la definición debía tener en cuenta el hecho de que la industria cada vez recurría más a las comunicaciones interactivas entre ordenadores, con poca o ninguna intervención humana, en las cuales los programas de informática permitían que las computadoras adoptaran decisiones con arreglo a parámetros limitados (por ejemplo, en el control informatizado de las existencias el ordenador generaba pedidos de reposición cuando las existencias mermaban). Quedó entendido que, detrás de esas comunicaciones generadas exclusivamente por computadoras, había personas físicas o jurídicas que, en última instancia, eran responsables por las consecuencias

jurídicas de las comunicaciones. También se sugirió que se reemplazara la palabra "creada" por la palabra "generada".

49. Se expresaron pareceres divergentes en cuanto a la elección que el Grupo de Trabajo debía hacer entre los términos "grabación de datos" y "mensaje de datos". Se formularon reservas afines en cuanto a ambos términos: por un lado, se expresó la preocupación de que la palabra "mensaje" podía sugerir que se excluían los datos que meramente se archivaban; por otra parte, se dijo que podía interpretarse que la palabra "grabación" excluía los datos comunicados. Se sugirió que la expresión "declaración de datos" bien podría ser un término colectivo que comprendiera tanto los datos archivados como los datos comunicados. La preocupación planteada a su vez por esa propuesta fue que la palabra "declaración" podía connotar un nexo con el soporte de papel y sugerir también que se excluía el intercambio de datos generados por computadoras. Tras una deliberación, el Grupo de Trabajo decidió, por lo menos por el momento, conservar la expresión "grabación de datos", quedando entendido que comprendía el caso de los mensajes generados por ordenadores.

50. También se expresaron opiniones divergentes en cuanto a si convenía conservar la mención del telegrama, el télex y la telecopia. Una opinión a ese respecto fue que esas formas de comunicación debían eliminarse de la definición. Las razones aducidas en apoyo de esa supresión giraron en torno de las diferencias entre esas formas de comunicación y el EDI, que incluían, aparte de los factores tecnológicos, el hecho de que existían regímenes jurídicos establecidos aplicables a las comunicaciones por telegrama y télex, aunque acaso no por telecopia que, con todo, bien podría interpretarse jurídicamente como una combinación de correo y fotocopia.

51. Primó la opinión de reafirmar la decisión anterior en favor de un enfoque amplio de los medios de comunicación y de conservar en la definición la mención del telegrama, el télex y la telecopia. El Grupo de Trabajo tampoco aceptó la sugerencia de que sólo se mencionaran el télex y el telegrama y se suprimiera la referencia a la telecopia. Se observó en las deliberaciones que la distinción tecnológica entre el EDI y esos medios de comunicación era cada vez menos precisa, pues estos medios de comunicación cada vez utilizaban más las tecnologías que permitían la grabación. A ello podía añadirse que una transacción de datos podría involucrar varios tipos de medios de comunicación. También se opinó que la incertidumbre en cuanto a la inclusión del telegrama, el télex y la telecopia se podría disipar si la definición contenía un requisito de digitalización. También se hicieron otras sugerencias vinculadas con los medios de telecomunicación, a saber: que se incorporara una referencia al correo electrónico; que se evitara la exclusión de la práctica de expedir un telegrama mediante la transmisión oral por teléfono al intermediario del contenido del telegrama, y que se evitara usar la palabra "análogos", porque podría sin quererlo hacer pensar en un nexo con la tecnología analógica.

*Inciso b) (definición de "intercambio electrónico de datos (EDI)")*

52. El Grupo de Trabajo consideró que el inciso era, en general, aceptable en cuanto al fondo. Tomó nota de que,

cuando se preparara un proyecto revisado, podría ser útil considerar una definición del "EDI" que pudiera adoptar la Comisión Económica para Europa en el contexto del UN/EDIFACT.

*Inciso c) (definición de "[expedidor] [iniciador]")*

53. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el texto del inciso reflejaba las decisiones que se habían adoptado en el anterior período de sesiones (A/CN.9/387, párrs. 43 a 46) y seguidamente procedió a examinar más a fondo diversos elementos de la definición, fundamentalmente desde el punto de vista de su redacción.

54. En cuanto a elegir entre las palabras "expedidor" e "iniciador", se expresó apoyo en favor de ambos términos. Con todo, hubo una opinión amplia en favor de que la palabra "iniciador" estaría más en armonía con la decisión de utilizar la palabra "grabación" en el inciso a). Se dijo que la palabra "iniciador" se empleaba comúnmente en la práctica en el contexto de la comunicación o transmisión de información.

55. Se estimó, en general, que como el inciso e) contenía una definición de "intermediario", las palabras "distinta de la que desempeña la función de intermediario" debían ser reemplazadas por las palabras "distinta de un intermediario".

56. Se expresaron varias inquietudes respecto de las palabras "toda persona... en cuyo nombre se dé a entender que se han creado, archivado o comunicado [las grabaciones] [los mensajes] regidos por las presentes Reglas". Un problema que se señaló fue el de que las palabras "toda persona" eran demasiado amplias y debían ser reemplazadas por las palabras "una persona", para evitar abarcar personas distintas de los iniciadores. Otra reserva que se señaló fue que se podía interpretar que las palabras "en cuyo nombre" excluían al iniciador mismo. Aunque se sugirió que se podría volver a redactar el texto de modo de comprender expresamente al iniciador y a cualquier otra persona que actuara en su nombre, se opinó en general que el texto era lo suficientemente claro como para evitar interpretaciones erróneas. Se sugirió, además, que las palabras "regidos por las presentes Reglas" eran redundantes, pues en el inciso a) figuraba ya una definición de la "grabación de datos". Hubo acuerdo general en la supresión de esas palabras.

57. Respecto de la noción de "persona" empleada en el proyecto de definición, se expresó la inquietud de que la mera referencia a "persona" acaso no dejara suficientemente en claro que se debía considerar como expedidor a cualquier persona jurídica o entidad en cuyo nombre se hubiera creado un mensaje. En particular, se hizo ver que los mensajes que los ordenadores generaban automáticamente sin intervención humana directa debían claramente ser considerados como "expedidos" por la entidad legal en cuyo nombre se operaba la computadora. En lo relativo a las situaciones en las cuales los mensajes eran generados automáticamente, se dijo también que se necesitaba una disposición especial para atender la cuestión de la voluntad de enviar un mensaje en esos casos. Se dijo, además, que la referencia a la persona que iniciaba un mensaje podía

interpretarse erróneamente en el sentido de que comprendía a cualquier empleado que procesara los datos. Entre las sugerencias que se formularon para reemplazar las palabras "toda persona" o "una persona" se contaron las siguientes: "una persona física o jurídica", "una persona o entidad", "una parte" y "cualquiera". También se sugirió introducir, ya fuera en el texto de las disposiciones legales modelo o en una nota a pie de página, una definición del concepto de "persona".

58. En respuesta a esas sugerencias y preocupaciones, se recordó que en el anterior período de sesiones del Grupo de Trabajo había habido igual discusión (A/CN.9/387, párr. 44). Se hizo ver que la noción de "persona" se había utilizado en textos anteriores de la CNUDMI sin que aparentemente hubiera creado dificultades. También se hizo ver que, si las disposiciones legales modelo se apartaban del uso de la noción de "persona" o introducían una definición del concepto de "persona", podían plantearse dificultades en cuanto a la interpretación de otros textos de la CNUDMI. Se expresó la opinión de que, en la mayoría de los regímenes jurídicos, la noción de "persona" se usaba para designar a los sujetos de derechos y obligaciones, interpretándose siempre que se refería a personas físicas y jurídicas. También se expresó la opinión de que, si se utilizaba la noción de "entidad", el texto debía aclarar que no tenía por objeto establecer que una computadora podía ser sujeto de derechos y obligaciones. Aunque se expresó apoyo en favor de utilizar la noción de "parte", que se dijo era suficientemente neutral, también se formularon objeciones a ese concepto en razón de que pertenecía a la esfera contractual.

*Inciso d) (definición de "destinatario")*

59. Se manifestaron dudas en cuanto a la necesidad de incluir el inciso en razón de que "destinatario" era un término "natural", esto es, un término con un significado que se desprendería obviamente del contexto en el cual se lo utilizara y no un término técnico especial que debiera definirse en las disposiciones legales modelo. Se sugirió que la única función que aparentemente cumplía la definición era la de excluir a los intermediarios de la noción de "destinatario". Esa exclusión general fue cuestionada en razón de que podría haber casos en los cuales un intermediario fuera un destinatario, por ejemplo, cuando actuaba en representación de un usuario final. En apoyo de que se conservara el inciso d) se dijo que "destinatario" era un término importante, como lo ponía de manifiesto su uso reiterado en todo el texto de las disposiciones legales modelo.

60. Se formularon diversas observaciones y opiniones con la mira de modificar o refinar el inciso d) en el caso de que se decidiera mantenerlo. Entre esas observaciones se contaron las siguientes: las palabras "distinta de la que desempeña una función de intermediario" no eran claras y podían prestarse a elusión; esas palabras, por lo tanto, deberían suprimirse, en particular si en el inciso e) se utilizaba una redacción a tenor de la cual se hablara de "toda persona que preste el servicio"; la expresión "toda persona" era demasiado amplia, pues podrían intervenir personas distintas de los destinatarios, problema que acaso podría atenderse si en cambio se hablara de "la persona" o de "una

persona”; el término “usuario final” podría ser demasiado restringido, pues en derecho no interesaba el uso que el destinatario hiciera realmente de una grabación de datos; las palabras “en definitiva” debían suprimirse porque podrían excluir la posibilidad de destinatarios que se encontraran en el medio de la cadena de transmisión del mensaje; esa disposición bien podría ser uno de los casos en los cuales el término “mensaje de datos” habría sido preferible al de “grabación de datos”, en vista del hincapié que se hacía en la transmisión de datos en la presente disposición; las palabras “regidos por las presentes Reglas” eran innecesarias porque todas las “grabaciones de datos” ya estaban comprendidas en la definición del término.

*Inciso e) (definición de “intermediario”)*

61. Se expresó la opinión de que acaso fuera innecesario conservar la definición de “intermediario”. Sin embargo, en la mayor parte de las intervenciones se hizo hincapié en la modificación de la norma. Un problema que se señaló en relación con la primera oración, referente a la inquietud que se había planteado respecto del inciso *d)* (véase el párrafo 60 *supra*), era que la expresión “en el curso normal de sus negocios” podía prestarse a elusión. Se sugirió que debía suprimirse la expresión o, en todo caso, que se la debía reemplazar por las palabras “en nombre de una persona”. Otra sugerencia para atenuar esa preocupación respecto del inciso *e)*, así como respecto de los incisos *c)* y *d)*, fue que en esas disposiciones se hiciera hincapié en los derechos y obligaciones en relación con un mensaje determinado.

62. También hubo un intercambio de pareceres en cuanto a la segunda oración del inciso *e)*, en la que figuraba una lista no taxativa de los servicios de valor agregado que podía prestar un intermediario. En diversas intervenciones se cuestionó la necesidad de que se conservara esa oración en razón de que los servicios de valor agregado en ella mentados eran ajenos a la cadena de transmisión del mensaje y, por ende, no afectaban a los derechos y obligaciones que interesaban a las disposiciones legales modelo. Se dijo que el ámbito pertinente del texto debían ser los derechos y obligaciones relacionados con la función de transmisión del intermediario. Se sugirió, también, que la oración contenía lo que aparentemente era una norma sustantiva que, como tal, no debía figurar en una definición. Se expresó apoyo, sin embargo, en favor de que se conservara la segunda oración, en razón de que esos servicios de valor agregado desempeñaban una función mercantil cada vez más importante que debía reconocerse. También se expresó la opinión de que en ese caso debía precisarse con más claridad la naturaleza del intermediario como agente de prestación de servicios, a más de aclarar mejor que la lista de posibles servicios enunciada en la definición no era exhaustiva.

*Inciso f) (definición de “grabación”)*

63. Se expresaron dudas en cuanto a la necesidad o conveniencia de incluir una definición de “grabación” en vista de la definición del término “grabación de datos” que figuraba en el inciso *a)*. Además de la inquietud respecto de la posible superposición y confusión en relación con el inciso *a)*, se planteó la inquietud de que la referencia a un

requisito de forma en la definición podría superponerse al proyecto de artículo 6 y acaso entrar en conflicto con él.

64. Respecto de las dos variantes del inciso *f)* que el Grupo de Trabajo tenía ante sí, se expresó la opinión de que la variante A parecía más complicada que la variante B y que, por lo tanto, debía preferirse esta última. En cuanto a la formulación de la variante B, las preocupaciones expresadas incluían la aplicabilidad de la palabra “representación” a lo que en efecto era una colección de impulsos electrónicos y la claridad de la referencia a la “reproducción” de la grabación. Se propuso otra formulación de la definición que hiciera hincapié en los elementos de durabilidad y forma, a saber: “. . . una representación duradera de la información en una forma perceptible o que pueda convertirse en una forma perceptible”. Se expresó otra vez la preocupación, sin embargo, de que esa definición pudiera superponerse a la del proyecto de artículo 6.

65. El Grupo de Trabajo concluyó sus deliberaciones sobre el proyecto de artículo 2 tomando nota de que, además de las decisiones que había adoptado, se habían formulado diversas sugerencias de redacción que bien podrían tenerse en cuenta al preparar un proyecto revisado de las disposiciones legales modelo.

*Artículo 3. Interpretación de las Reglas Uniformes*

*Párrafo 1*

66. Se observó que el párrafo 1 contenía una norma de interpretación, basada en el párrafo 1 del artículo 7 de la Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, en que se destacaba la importancia del carácter internacional de las disposiciones legales modelo y la necesidad de fomentar la uniformidad de su aplicación y la observancia de buena fe. Se expresaron opiniones diferentes en cuanto a si debía conservarse la disposición. Según una opinión, si bien una disposición de ese tipo podría resultar útil en el contexto de una convención internacional, podría no ser pertinente en el contexto de disposiciones legales, que en definitiva se promulgarían como parte de la legislación nacional. Se señaló que el párrafo 1 se relacionaba solamente con la interpretación de las disposiciones legales modelo, pero que sería la legislación en que se promulgaran las disposiciones legales modelo, y no éstas, la que interpretarían los tribunales nacionales, de manera que el párrafo 1 simplemente no sería aplicable. Se indicó que, por esa razón, no se había incluido una norma de interpretación de ese tipo en las leyes modelo preparadas hasta ahora por la CNUDMI.

67. No obstante, predominó la opinión de que debía conservarse el párrafo 1. Se declaró que una disposición como la del párrafo 1 realzaría la unificación y armonización del derecho, ya que brindaría orientación útil a los tribunales nacionales y a otras autoridades. Se indicó que, en algunos países, muy en particular en los Estados federales, no era poco común que las normas modelo dieran ese tipo de orientación, que estaba encaminada a limitar la medida en que un texto uniforme, una vez incorporado en la legislación local, se interpretara sólo en relación con los conceptos del derecho local. Se indicó además que, en algunas jurisdicciones, se reconocía que las leyes nacionales podían

estar sujetas a un conjunto diferente de normas de interpretación, según si su origen era interno o internacional, por ejemplo, si tenían su origen en órganos de organizaciones de integración económica regional. Se agregó que se ajustaba a la práctica seguida en los instrumentos jurídicos internacionales contemporáneos incluir una norma de ese tipo encaminada a la armonización o interpretación uniforme de las leyes nacionales.

68. Se sugirieron varios cambios de redacción. Por cuanto las disposiciones legales modelo eran aplicables tanto a casos nacionales como internacionales, existía la necesidad de limitar la aplicación de esa disposición en el caso de transacciones solamente internas. Por lo tanto, se sugirió que se insertaran las palabras "cuando corresponda" antes de las palabras "su carácter internacional". Se sugirió también que se suprimiera la referencia al comercio internacional, ya que la buena fe significaba lo mismo en el comercio interno que en el internacional. Se sugirió además que el concepto de carácter internacional y la necesidad de fomentar la uniformidad eran dos objetivos diferentes que debían expresarse en párrafos separados, a fin de evitar confusión.

69. Se opinó que uno de los propósitos de las disposiciones legales modelo consistiría en estimular el uso de nuevas tecnologías de comunicación. Se sugirió en consecuencia que se insertara un párrafo nuevo entre los actuales párrafos 1 y 2 con un texto como el siguiente: "Se tendrá en cuenta además el propósito de estas normas de realzar el comercio mediante transacciones que utilicen métodos comerciales modernos". Se objetó esa sugerencia por cuanto podía considerarse que imponía el uso de las comunicaciones electrónicas, en tanto que el propósito del Grupo de Trabajo no era sino eliminar los obstáculos del uso de ese tipo de comunicaciones. Se objetó también la palabra "moderna", por no ser apropiada, ya que las tecnologías que hoy eran "modernas" en definitiva quedarían anticuadas.

#### Párrafo 2

70. Se indicó que el párrafo 2, que tenía como modelo el párrafo 2 del artículo 7 de la Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, disponía que habían de cubrirse las lagunas de las disposiciones legales modelo mediante la aplicación de los principios generales consagrados en las disposiciones legales o, en su defecto, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas del derecho internacional privado.

71. Se expresaron opiniones diferentes en cuanto a si el párrafo debía suprimirse, conservarse o, posiblemente, modificarse. En favor de la supresión del párrafo se dijo que no correspondía incluir una referencia a "los principios generales inspiradores de las Reglas" en las disposiciones legales modelo, por cuanto no era claro a qué principios se hacía referencia. Se indicó además que una referencia a la ley aplicable en virtud de las normas del derecho internacional privado no era pertinente, ya que la única ley aplicable sería la del Estado que promulgara las disposiciones legales modelo.

72. No obstante, hubo acuerdo general en el Grupo de Trabajo en que, aunque era necesario modificar el párrafo 2, una norma en tal sentido era útil y debía incluirse en las

disposiciones legales modelo. En cuanto a esa modificación, se recordó que, en su anterior período de sesiones, el Grupo de Trabajo había convenido en que la referencia a la "ley aplicable en virtud de las normas del derecho internacional privado" debía mantenerse sólo si se adoptaban en definitiva las disposiciones legales modelo en forma de una convención internacional (A/CN.9/387, párr. 56). En consecuencia, en vista de su decisión de usar la forma de ley modelo, el Grupo de Trabajo decidió que debía suprimirse la referencia a las normas del derecho internacional privado.

73. Se hicieron varias sugerencias para mejorar la redacción del párrafo 2, incluidas las siguientes: incorporar el párrafo en un artículo separado, por cuanto no disponía una norma de interpretación de las disposiciones legales modelo, o enmendar el título del proyecto de artículo 3 de manera que correspondiera a su contenido; aclarar la expresión "resueltas", por cuanto no quedaba en claro si los principios generales de la ley aplicable regirían un asunto que no estuviera "resuelto" del todo en las disposiciones legales modelo o que sólo estuviera parcialmente "resuelto"; dar una nueva redacción al párrafo 2 de manera de incorporar algunas de las ideas que figuraran en el nuevo párrafo que se había propuesto que se insertara entre los actuales párrafos 1 y 2 (véase el párrafo 69 *supra*) de la manera siguiente: "En la interpretación de las disposiciones legales modelo se tendrá en cuenta su propósito de dar vigencia a los principios formulados internacionalmente con el objeto de facilitar el uso de métodos modernos de comunicación y retención de información y la necesidad de propiciar la uniformidad de la aplicación de esos principios". El Grupo de Trabajo observó que esas sugerencias eran asuntos que debían examinarse al preparar un proyecto revisado de las disposiciones legales modelo.

#### Artículo 4. [suprimido]

#### [Artículo 5. Modificación mediante acuerdo]

74. En general se apoyó el principio de la autonomía de las partes en que se basaba el proyecto de artículo 5. Se expresaron diferentes opiniones, sin embargo, en cuanto a la forma en que debía aplicarse el principio en las disposiciones legales modelo. Según una opinión, que apoyaba la redacción del proyecto de artículo, debía hacerse hincapié en el principio general de la autonomía de las partes, que debía prevalecer a menos que se dispusiera expresamente otra cosa en las disposiciones legales modelo. En el mismo sentido se sugirió que, a fin de simplificar y aclarar la expresión del principio general, debía reemplazarse el texto con una disposición que dijera lo siguiente: "las presentes Reglas podrán modificarse mediante acuerdo".

75. Según otra opinión, podrían surgir ciertas dificultades si el principio de la autonomía de las partes se expresara en la forma general que se había hecho en el proyecto de artículo 5. Se dijo que, como ya se había indicado en el anterior período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/387, párr. 64), podrían considerarse las disposiciones legales modelo, en cierta medida, como una colección de excepciones a las normas ya establecidas con respecto a la forma de las transacciones jurídicas. Se recordó que esas normas ya establecidas normalmente tenían carácter obligatorio, ya que por lo general reflejaban decisiones de orden

público. Así, se expresó la preocupación de que una declaración incondicional con respecto a la libertad de las partes para derogar las disposiciones legales modelo podría malinterpretarse, en el sentido de permitir que las partes, mediante la derogación de las disposiciones legales modelo, derogaran las normas obligatorias aprobadas por razones de orden público. Por lo tanto, se sugirió que, al menos respecto de las disposiciones que figuraban en el capítulo II y en el proyecto de artículo 14, se considerara que las disposiciones legales modelo constituían una exigencia mínima aceptable y, por esa razón, debían considerarse obligatorias, a menos que se declarara expresamente lo contrario.

76. Otra sugerencia, que contó con apoyo considerable, consistía en cambiar de ubicación el proyecto de artículo 5 al capítulo III. Hubo acuerdo general en que el capítulo III se ocupaba principalmente de los derechos y obligaciones que debían mantenerse dentro de la esfera de la autonomía de las partes. Con respecto al capítulo II se dijo que una referencia general a la autonomía de las partes podría no ser necesaria, ya que los proyectos de artículos 6, 7 y 8 se ocupaban expresamente de situaciones en que se concertaban acuerdos entre las partes. Sin embargo, se opinó que, en el contexto del proyecto de artículo 9, podría resultar necesaria una disposición relativa a la autonomía de las partes a fin de validar acuerdos entre las partes acerca de los medios de prueba que utilizarían a los efectos de sus relaciones contractuales.

77. Se hicieron varias sugerencias con respecto a la redacción del proyecto de artículo 5. Se sugirió que la autonomía de las partes se aplicara no sólo en el contexto de las relaciones entre iniciadores y destinatarios de registros de datos sino también en el contexto de las relaciones en que se implicara a los intermediarios. Se sugirió también que en el texto se debía limitar expresamente la autonomía de las partes a los derechos y obligaciones que surgieran "entre las partes contratantes" de manera de no sugerir consecuencia alguna en cuanto a los derechos y obligaciones de terceros.

78. Tras el debate el Grupo de Trabajo decidió conservar el texto actual del proyecto de artículo 5, a reserva de las mejoras de redacción, y que se examinara cada artículo de las disposiciones legales modelo con miras a determinar si debía permitirse que las partes derogaran parte de sus disposiciones. Hubo acuerdo en que, una vez que se completara el examen de los demás artículos de las disposiciones legales modelo, el Grupo de Trabajo volviera a ocuparse del proyecto de artículo 5 y decidiera si sería posible consolidar en un solo artículo que se ocupara de la autonomía de las partes todas las excepciones al carácter obligatorio de las disposiciones legales modelo. El Grupo de Trabajo postergó además su decisión definitiva en cuanto a si debía cambiarse la ubicación del proyecto de artículo 5 al capítulo III.

## Capítulo II. Requisitos de forma

### Artículo 5 bis

79. Se recordó que el Grupo de Trabajo, en su anterior período de sesiones, había convenido en que las disposiciones legales modelo deberían contener una norma amplia que

estatuiera que no debería denegarse reconocimiento jurídico a los mensajes de datos comerciales por la sola razón de su forma electrónica (A/CN.9/387, párr. 94). Se hizo ver que en el texto actual del proyecto de artículo 5 bis se había omitido la palabra "únicamente" en vista de las preocupaciones expresadas en el anterior período de sesiones del Grupo de Trabajo en el sentido de que el empleo de palabras como "únicamente" o expresiones como "por la sola razón" podía suscitar dudas sobre si cabría caracterizar una objeción formulada contra un mensaje de datos comerciales como efectuada en razón de la forma electrónica del mensaje y no por otras razones (A/CN.9/387, párrs. 102 y 148).

80. Se expresaron diversas preocupaciones respecto del proyecto de artículo 5 bis. Una de ellas fue que la redacción del proyecto de artículo era demasiado amplia y podía producir el efecto no querido de que hubiera que reconocer validez jurídica a la información en la forma de una grabación de datos con prescindencia de que en un contrato se estipulara que debían utilizarse documentos por escrito. Otro efecto no querido bien podía ser el validar el uso de medios electrónicos de grabación de información en los casos en que por ley se prescribiera el otorgamiento del acto por escrito, por ejemplo, en el caso de cheques, letras de cambio y diversos tipos de documentos de dominio sobre bienes u otros derechos de propiedad.

81. También se dijo que el proyecto de artículo 5 bis podía estar en contradicción con los proyectos de artículos 6, 7 y 8. Si bien el objeto de esos proyectos de artículos era autorizar que se prescindiera de ciertos requisitos con sujeción a un estricto control, bien podía interpretarse que el artículo 5 bis prescindía de esos requisitos sin establecer condición alguna en cuanto al uso de las grabaciones de datos.

82. Se formularon diversas sugerencias para precisar mejor el ámbito de aplicación del proyecto de artículo 5 bis. Se sugirió, por ejemplo, que el ámbito de aplicación del proyecto de artículo se limitara a la esfera contractual y se dispusiera expresamente que las partes podían apartarse de sus disposiciones. Otra sugerencia fue que se restringiera el ámbito de aplicación del proyecto de artículo 5 bis a las esferas comprendidas por los proyectos de artículos 6, 7 y 8 y que se hiciera una referencia expresa a las condiciones estipuladas en esos artículos. A ese respecto, se propusieron varias modificaciones de redacción o estructura. Una propuesta fue que el proyecto de artículo 5 bis se redactara en la forma de una norma positiva, en calidad de introducción a los proyectos de artículos 6, 7 y 8. También se propuso que el proyecto de artículo 5 bis se combinara con los proyectos de artículos 6 y 8 en una sola norma que estableciera la validez jurídica de las grabaciones de datos si reunían ciertos recaudos en cuanto a la calidad y la seguridad del proceso de grabación. Por otra parte, se propuso que volviera a redactarse el texto del artículo 5 bis al siguiente tenor: "Sólo se podrá denegar efectividad, validez o exigibilidad jurídicas a una grabación de datos en razón de que la información que contenga deba constar en forma escrita o ser presentada en su forma original si se cumplen los recaudos estipulados en los artículos 6 u 8 (según corresponda)".

83. También se hicieron otras sugerencias respecto del ámbito de aplicación del proyecto de artículo 5 bis. Una

sugerencia fue que se excluyeran expresamente ciertos instrumentos, como los cheques y los documentos de título de dominio. Otra sugerencia fue que el ámbito de aplicación del proyecto de artículo se limitara a la esfera de la admisibilidad de la prueba. A ese respecto, se propuso que el proyecto de artículo 5 *bis* se combinara con el proyecto de artículo 9 para indicar que, a los fines de la prueba, sólo podía cuestionarse la fiabilidad de una grabación de datos si la parte que impugnaba la admisibilidad de una grabación de datos probaba que existían causas razonables para estimar que la grabación de datos acaso no fuera fiable.

84. En respuesta a las preocupaciones y sugerencias mencionadas *supra*, se recordó que el objeto de proyecto de artículo era sólo consignar el principio general convenido por el Grupo de Trabajo en su anterior período de sesiones (véase el párrafo 79 *supra*). Se dijo que el proyecto de artículo no debía tener por objeto resolver problemas probatorios ni establecer la validez jurídica de cualquier grabación de datos, sino solamente velar por que esa validez no pudiera denegarse por la sola razón de que la grabación de datos tenía forma electrónica. Se dijo, también, que el proyecto de artículo 5 *bis* debía tener por objeto autorizar la sustitución de un recaudo formal exigido en virtud de un régimen jurídico específico por una grabación de datos. Hubo acuerdo general en que, por ejemplo, los cheques en forma electrónica no podían válidamente presentarse al pago.

85. Tras una deliberación, el Grupo de Trabajo reafirmó su decisión de que las disposiciones legales modelo debían establecer el principio de que las grabaciones de datos no debían rechazarse solamente en razón de su forma. Hubo amplio apoyo en favor de la tesis de que ese principio debía ser de aplicación general. En consecuencia, el ámbito de aplicación del proyecto de artículo no debía limitarse a la esfera de la prueba o a otras cuestiones tratadas en los proyectos de artículos 6 a 9.

86. En general, con todo, se estimó que era indispensable volver a redactar el texto del artículo 5 *bis* a fin de elucidar mejor el principio en que se sustentaba. A ese respecto, se sugirió que el proyecto de artículo debía contener las palabras introductorias "para los efectos de cualquier norma" y que en el texto actual debían introducirse las palabras "en razón únicamente" o palabras similares. Otra sugerencia fue que el proyecto de artículo rezara como sigue: "No se denegará efectividad, validez o exigibilidad jurídicas a una grabación de datos en razón únicamente de su forma electrónica". Se formularon otras sugerencias encaminadas a sustituir las palabras "en razón de que la información que contenga deba constar en forma [escrita] [documental] o ser presentada en su forma original" por las palabras "en razón únicamente de que conste en una forma a la que se le apliquen las presentes Reglas" o "en razón únicamente de que no se archivó o comunicó en soporte de papel". Se formuló también la sugerencia de que el proyecto de artículo tuviera la siguiente redacción: "No se denegará efectividad, validez o exigibilidad jurídicas a la información en razón únicamente de que consta en la forma de una grabación de datos".

87. Tras una deliberación, el Grupo de Trabajo decidió que el proyecto de artículo 5 *bis* se redactaría de la

siguiente manera: "No se denegará efectividad, validez o exigibilidad jurídicas a la información en razón únicamente de que consta en la forma de una grabación de datos".

#### Artículo 6. *Equivalente funcional de "escrito"*

##### Título

88. Se expresó la opinión de que no se percibía con claridad el significado del término "equivalente funcional", en especial porque se lo utilizaba únicamente en el título, y se sugirió que se le diera una formulación distinta. Entre las sugerencias para la reformulación del título se mencionaron las siguientes: "forma", "requisito funcional del escrito" y "concepto de escrito", ninguna de las cuales concitó apoyo suficiente. Al propio tiempo, se instó al Grupo de Trabajo a que, al formular el título y contenido del proyecto de artículo 6, no se privara de utilizar términos que eran bien conocidos y entendidos en el sector del EDI.

##### Párrafo 1

89. En cuanto a la elección entre las variantes A y B, el Grupo de Trabajo fue en general de la opinión de que la variante A era preferible. Se expresó la opinión, con todo, de que era preferible la variante B porque las expresiones en ella usadas, en particular "mostradas" e "inmediatamente accesibles" eran más objetivas y determinables que los términos correspondientes que figuraban en la variante A, a saber, "visible e inteligible". Se expresó también preocupación en cuanto a la propiedad de la expresión "dependan de la existencia de un escrito" en la variante A, pues el elemento crucial era el caso en el cual una ley tendría consecuencias si la información no constaba por escrito.

90. Luego de manifestar su preferencia por la variante A, el Grupo de Trabajo debatió diversas sugerencias para ampliar su contenido y formulación. Como había ocurrido en las deliberaciones relativas al proyecto de artículo 6 en el anterior período de sesiones (A/CN.9/387, párrs. 66 a 80), se expresó la opinión de que las condiciones de aceptabilidad de una grabación de datos como sustituto de un escrito debían incluir una referencia a la integridad o fiabilidad de la grabación de datos, aparte de las reglas de la prueba estipuladas en el proyecto de artículo 9 o en lugar de ellas. Se dijo que una grabación de datos no podía considerarse como un auténtico "equivalente" de un escrito y que, en consecuencia, se necesitaban otros recaudos para impartir seguridad. También se afirmó que en varios países, cuya legislación exigía la presentación de un escrito, sólo podía considerarse que una grabación de datos cumplía esta condición cuando la grabación de datos constituía una "grabación" en el sentido de la definición del inciso *f*) del artículo 2; cuando existía una garantía de la integridad de esa grabación, y cuando la grabación de datos era inteligible y accesible. Se sugirió que ese nuevo conjunto de recaudos de aceptabilidad, a más de los contenidos en los incisos *a*) y *b*) del párrafo 1 de la variante A, era indispensable para tener en cuenta las restricciones de la infraestructura y la tecnología del EDI y medios afines, que se ponían de manifiesto en particular en casos que iban desde las telecopias a instrumentos como los títulos valores, los cheques, los documentos negociables de título, las escrituras de

propiedad e incluso las simples boletas de depósito. Se expresó también inquietud respecto de si las grabaciones de datos podían oponerse a terceros.

91. Entre las formulaciones que se sugirieron como condiciones adicionales, aparte de la “integridad” o “fiabilidad”, se contaron las siguientes: fidelidad de la grabación de datos como reflejo del intercambio real, autenticidad y seguridad contra la falsificación y durabilidad. Una sugerencia estructural en consonancia con ese método fue que se combinara el artículo 6 con el artículo 8, de modo que la variante A del inciso b) del párrafo 1 se refiriera a la integridad de la información presentada en la forma de una grabación de datos. Entre las sugerencias encaminadas a atenuar los efectos de los recaudos adicionales sobre el empleo del EDI se contaron las siguientes: establecer una presunción *juris tantum* de la fiabilidad de las grabaciones de datos; aplicar normas como la “razonabilidad mercantil” o “apropiadas en las circunstancias”; hacer referencia a la “seguridad mínima” y establecer congruencia en los criterios de fiabilidad en los artículos 6, 7 y 8.

92. En respuesta a la opinión de que debía hacerse referencia a la integridad o fiabilidad de la grabación de datos, se recordó que el Grupo de Trabajo había debatido ampliamente el asunto en el anterior período de sesiones y que se había reconocido que la cuestión de la integridad o fiabilidad era un asunto que hacía principalmente al valor o ponderación probatorios de la grabación de datos, asunto que se trataba en el proyecto de artículo 9 y que escapaba al ámbito del proyecto de artículo 6, que se limitaba a definir qué podía considerarse como equivalente de un escrito. Se hizo hincapié en que la determinación del valor probatorio era una cuestión que debía quedar librada al órgano de determinación de los hechos, de modo de tener la certeza de que no se impidiera presentar la prueba que pudiera ser necesaria. Se señaló, asimismo, que las inquietudes que se habían manifestado respecto de la integridad y la fiabilidad de la información en el contexto del EDI eran aplicables también a los escritos, si bien los recaudos adicionales que se habían sugerido no se aplicaban a los escritos con soporte de papel, cuando se trataba de apreciar su valor probatorio. Se advirtió que ese método dificultaría, más que facilitaría, el empleo del EDI y otras tecnologías emergentes en el giro del comercio internacional. En particular, se señaló que las condiciones adicionales como las sugeridas más arriba (véanse los párrafos 90 y 91) dificultarían el EDI al imponer a las grabaciones de datos una carga mayor que a los escritos corrientes con soporte de papel, que se aceptaban tal como se presentaban.

93. Respecto de los casos de posible dificultad citados *supra* (véase el párrafo 90), se explicó que también se planteaban en esos casos cuestiones que se debían resolver en otras partes de las disposiciones legales modelo: las telecopias podían ser consideradas como copias, con lo cual se cumpliría uno de los requisitos del escrito, pero aparte de ello habría que observar los requisitos de la equivalencia funcional con un original, asunto sobre el que se legislaba en el proyecto de artículo 8; las interrogantes planteadas respecto de los títulos valores, los cheques u otros instrumentos mencionados también caerían dentro del ámbito de aplicación de la norma, pues se trataba de instrumentos que tradicionalmente debían presentarse, no sólo en forma escrita, sino también de originales. Se señaló, asimismo,

que los Estados que dieran aplicación a las Reglas tendrían la facultad, conforme al párrafo 2), de efectuar exclusiones de la aplicación del proyecto de artículo 6. Se hizo ver, además, que no se justificaba estatuir una limitación expresa de la oponibilidad de las grabaciones de datos a terceros, porque la inoponibilidad a terceros era un principio general del derecho que se aplicaba también a los escritos.

94. Se expresaron opiniones divergentes en cuanto a si convenía mantener la referencia en el párrafo introductorio de la variante A a la “costumbre o práctica”. Se instó al Grupo de Trabajo a que eliminara esa referencia de modo que los requisitos de escritura derivados de las reglas de la costumbre o la práctica quedaran excluidos del ámbito de aplicación de la regla contenida en el proyecto de artículo 6. Se dijo que esos requisitos, en la mayor parte de los casos, se considerarían de naturaleza contractual y estarían sujetos a que las partes convinieran lo contrario. Se dijo también que la exclusión de esos requisitos no impediría a los Estados que dieran efecto a las Reglas que tuvieran en cuenta las necesidades particulares de la práctica, así como las diferencias en las circunstancias y el entendimiento en distintos países. Se expresó apoyo a que se mantuviera la referencia en razón de que la aplicación del proyecto de artículo 6 a las normas legales que exigieran un escrito indicaba también que sería apropiado aplicar el proyecto de artículo a los requisitos de otorgamiento por escrito derivados de las normas de la costumbre o la práctica. Tras una deliberación, se decidió suprimir la referencia a las reglas de la costumbre o la práctica. Se expresaron también inquietudes en cuanto a las palabras “cualquier norma” porque, por ejemplo, podían tener por efecto la aplicación del proyecto de artículo 6 a los requisitos administrativos. Entre las sugerencias formuladas para atender esa inquietud se contaron las de que se empleara una expresión similar a “cuando la ley requiera” o limitar la referencia a las normas del derecho mercantil.

95. Luego de concluir sus deliberaciones sobre el proyecto de artículo 6 y a la espera de las deliberaciones que pudieran celebrarse más adelante, luego del examen, en particular, del proyecto de artículo 9, el Grupo de Trabajo convino en que el próximo proyecto de párrafo 1 se basaría en la variante A, a condición de que se eliminara la referencia a las reglas de la costumbre o práctica. Se convino también en que, para atender las inquietudes que se habían planteado, las palabras “visible e inteligible” se reemplazarían por la palabra “durable” entre corchetes.

#### Párrafo 2

96. El Grupo de Trabajo decidió aplazar el examen del párrafo 2 de los proyectos de artículos 6, 7 y 8 hasta que hubiera concluido sus deliberaciones sobre las demás disposiciones de esos artículos (véanse los párrafos 128 a 133 *infra*).

### Artículo 7. Equivalente funcional de “firmas”

#### Párrafo 1

##### Cláusula introductoria

97. Hubo acuerdo en general en cuanto a la orientación de la cláusula introductoria. Se propuso que se suprimieran

las palabras "costumbre o práctica". En sustento de esa propuesta se adujo que era superfluo hacer referencia a "costumbre o práctica" porque ambas eran fuentes del derecho y, como tales, estaban implícitas en las palabras "cualquier norma". Se señaló que en la medida en que no fueran reconocidas como fuentes del derecho, la "costumbre o práctica" escaparían al ámbito de aplicación de las disposiciones legales modelo. Tras una deliberación, el Grupo de Trabajo decidió suprimir la mención de "costumbre o práctica" en la cláusula introductoria.

98. En cuanto al empleo de las palabras "expresa o implícitamente", se dijo que, si bien los requisitos relativos a las firmas las más de las veces serían requisitos expresos, había que legislar más explícitamente respecto de la situación en la cual una norma jurídica, aunque no requiriera expresamente la presencia de la firma, instituyera ciertas consecuencias si ésta no estaba presente. Hubo acuerdo general en que debía aclararse el texto a ese respecto.

99. Se formularon algunas sugerencias respecto de la redacción. Una de esas referencias tenía por objeto sustituir las palabras "de ser requerido . . . que una información esté firmada" por las palabras "de ser requerido . . . que haya una firma" o por las palabras "de ser requerido . . . que un documento esté firmado". También se sugirió añadir después de la palabra "requisitos" las palabras "en relación con una grabación de datos".

#### *Inciso a)*

100. Se expresaron opiniones divergentes en cuanto a si debía mantenerse o suprimirse el inciso *a)*. En apoyo de su supresión se adujo que los requisitos relativos a la firma, que habitualmente eran establecidos por normas imperativas del derecho interno, no debían quedar sujetos a modificación por acuerdo de las partes. De acuerdo con esa tesis, el proyecto de artículo 5 que reconocía la autonomía de la voluntad de las partes debía trasladarse del capítulo I al capítulo III de modo que no fuera aplicable al capítulo II (véanse los párrafos 76 y 78 *supra*).

101. En apoyo de mantener el inciso *a)* se dijo que, desde el punto de vista de la práctica de las transacciones de gran volumen y alta velocidad, era importante reconocer la libertad de las partes para convenir en el nivel y el tipo de método de autenticación. Además, se señaló que el inciso *a)* no tenía por objeto alterar los requisitos establecidos por las normas imperativas, sino sólo facultar a las partes a convenir en un método determinado de autenticación en los casos en que por ley se exigiera una "firma", sin imponerse un método de autenticación determinado. A ese respecto se dijo que, incluso aunque el inciso *a)* tuviera el efecto no querido de modificar los requisitos legales relativos a las firmas, no podía afectar a terceros. Además, se señaló que, en los casos en que la norma estatuida en el inciso *a)* pudiera estar en conflicto con una norma imperativa del derecho interno, su aplicación podía excluirse en virtud del párrafo 2. Aparte de conservar el inciso *a)*, se formularon propuestas respecto de los métodos para incorporar en las disposiciones legales modelo una norma que reconociera la autonomía de las partes respecto de la firma, a saber, mantener el proyecto de artículo 5 en el capítulo I, reconocer la autonomía de las partes en los incisos *b)* o *c)*

o establecer una norma supletoria que se aplicaría cuando no hubiera ni norma jurídica ni acuerdo entre las partes en virtud de los cuales se exigiera la firma. Tras una deliberación, el Grupo de Trabajo decidió conservar el inciso *a)* entre corchetes.

102. Se señaló una cuestión conexas, a saber, que el inciso *a)* en su redacción actual acaso no trataría con amplitud suficiente las normas propias de los sistemas, esto es, las normas establecidas en los contratos de servicios con terceros. A ese respecto se decidió que las normas de los sistemas se podrían tratar en el contexto del proyecto de artículo 5 relativo a la autonomía de las partes en general. También se sugirió que las cuestiones relativas a las normas de los sistemas, así como los contratos entre asociados comerciales, se podrían explicar debidamente en una guía sobre la adopción de las disposiciones legales modelo.

#### *Incisos b) y c)*

103. Hubo acuerdo general en el Grupo de Trabajo en cuanto a los principios establecidos en los incisos *b)* y *c)*. Se tomó nota de que los incisos *b)* y *c)* reconocían la función dual de la firma para identificar al expedidor y confirmar que éste había aprobado el contenido de una grabación de datos. El Grupo de Trabajo pasó entonces a la cuestión de la formulación de los incisos *b)* y *c)*.

#### *"método [de autenticación]"*

104. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión relativa a saber si debían conservarse o suprimirse las palabras "de autenticación" que aparecían entre corchetes en el inciso *b)*. En apoyo de la supresión se dijo que el término "autenticación" no era apropiado, pues se podía interpretar erróneamente que hacía referencia a la atestación de los documentos por notario público. Otra objeción a la idea de autenticación fue que, si bien podía ser un término técnico en el contexto de ciertas técnicas de EDI, bien podría carecer de todo significado o ser ambigua en el contexto de otras técnicas. Además, se dijo que por "autenticación" sólo se entendía un método de identificación del expedidor de una grabación de datos y de determinación de que el expedidor había aprobado el contenido de la grabación de datos. Por esa razón, se hizo ver que el empleo del término nada añadiría a la redacción actual del inciso *b)*. Se sugirió que las palabras "método de autenticación" se reemplazaran con la palabra "procedimiento".

105. En apoyo de que se conservaran los términos "método de autenticación", se señaló que el concepto de "autenticación" se usaba en el EDI y también en las comunicaciones distintas del EDI y que su significado estaba bien establecido en ambos tipos de situaciones. Con todo, se reconoció que bien podría ser útil incluir una definición de autenticación en las disposiciones legales modelo. A ese respecto, se sugirió una definición del siguiente tenor: "Por autenticación se entiende un proceso que da certidumbre en cuanto a la identidad del expedidor de una grabación de datos". Otra sugerencia fue que se utilizara la redacción siguiente: "La autenticación es prueba de la identificación o del proceso por el cual se verifica la identidad declarada". Respecto de la redacción recomendada se dijo que, por lo menos en el contexto del EDI, el concepto de autenticación

podía utilizarse tanto respecto de la identificación del expedidor como de la integridad del contenido de una grabación de datos. Tras una deliberación, el Grupo de Trabajo decidió mantener la referencia a la autenticación entre corchetes.

*“creado o comunicado”*

106. Se sugirió que, habida cuenta de la decisión de que las disposiciones legales modelo se aplicarían a las “grabaciones de datos”, con prescindencia de que esas “grabaciones” tuvieran o no por objeto ser comunicadas, acaso habría que reconsiderar la formulación del inciso *b*). Se sugirió que las palabras “quién ha creado o comunicado [la grabación] [el mensaje] de datos” se reemplazaran con las palabras “que se ha hecho una declaración de datos”. Se sugirió también que se hiciera referencia a la identidad del iniciador y a su intención de que la grabación de datos fuera transmitida. Además, se expresó la inquietud de que la palabra “persona” que aparecía más adelante en el mismo inciso, después de las palabras “creado o comunicado”, adolecía de falta de claridad. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que volviera a redactar esa parte del inciso *b*) teniendo presente las sugerencias que se habían formulado.

*“técnicamente apropiado”*

107. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si la palabra “técnicamente” que aparecía entre corchetes en el inciso *c*) debía suprimirse o si los términos “técnicamente apropiado” se debían sustituir con los términos “comercialmente razonable”. En apoyo de la supresión se dijo que el término era innecesario, en vista de que se hacía referencia a un método que fuera tan fiable como apropiado atendidas todas las circunstancias. Además, se señaló que el uso del término hacía excesivo hincapié en los factores técnicos, en detrimento de otros factores sustantivos, como el valor económico de la transacción en cuestión. Por otra parte, se dijo que bien podría ser más apropiado exigir que el método de autenticación fuera “comercialmente razonable”. Se añadió que las palabras “comercialmente razonable”, empleadas también en el contexto de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre transferencias internacionales de crédito, introducían un criterio objetivo bien conocido, con arreglo al cual se podía abrir juicio sobre la fiabilidad de un método de autenticación. Aunque se expresó interés en que se añadieran las palabras “comercialmente razonable”, se impugnó el uso de ese término en razón de las consideraciones señaladas en el anterior período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/387, párr. 85). Tras una deliberación, el Grupo de Trabajo decidió suprimir la palabra “técnicamente”, sin adoptar una decisión definitiva respecto de si se incluiría o no una referencia a la razonabilidad comercial.

*“entre ellas [cualquier acuerdo entre el [expedidor] [iniciador] y el destinatario de [la grabación] [el mensaje] de datos y] cualquier uso comercial pertinente”*

108. Se hizo ver que no era apropiado enumerar los factores con arreglo a los cuales se podía determinar la fiabilidad de un método de autenticación. En apoyo de la supresión del texto correspondiente en el inciso *b*) *in fine*, se adujo que esa enumeración de factores podría inducir a

creer que era de carácter exhaustivo, a pesar de que otros factores bien podrían ser pertinentes para determinar la fiabilidad de un método de autenticación, por ejemplo, la existencia de otros métodos de autenticación o el valor y la importancia de la transacción respectiva. Se opinó, sin embargo, que en el proyecto de artículo 7 debía conservarse la mención del acuerdo entre las partes o, en caso de suprimirla en ese proyecto de artículo, debía conservarse el proyecto de artículo 5 en el capítulo I, de modo que las disposiciones legales modelo reconocieran la libertad de las partes de elegir un método de autenticación (véanse los párrafos 76 y 78 *supra*). Tras una deliberación, el Grupo de Trabajo decidió que la referencia al acuerdo entre las partes debía conservarse entre corchetes con la mira de examinarla más adelante y que debían suprimirse las palabras “cualquier uso comercial pertinente”.

*Párrafo 2*

109. El Grupo de Trabajo decidió aplazar el examen del párrafo 2 de los proyectos de artículos 6, 7 y 8 hasta que hubiera concluido sus deliberaciones sobre las demás disposiciones de esos artículos (véanse los párrafos 128 a 133 *infra*).

*Artículo 8. Equivalente funcional de “original”*

*Observaciones generales*

110. Se expresaron opiniones divergentes sobre la conveniencia de conservar el proyecto de artículo 8. En apoyo de la eliminación, se dijo que era imposible hablar de grabaciones de datos “originales”, pues si el “original” se definía como el medio en el que se grababa la información por primera vez, el destinatario de un mensaje de datos recibiría siempre una copia del mismo. Otra opinión fue que una norma como la del proyecto de artículo 8 era útil pero debía ponerse en un contexto diferente. En apoyo de esa opinión se observó que el concepto de “original” debía tratarse en el proyecto de artículo 6, pues normalmente se entendía que había un “original” siempre que la ley requiriera un escrito (véase el párrafo 90 *supra*). Además, se dijo que el concepto de “original” podía tratarse en el proyecto de artículo 9, pues era útil a fines de la admisibilidad de la prueba y el valor probatorio, a que hacía referencia ese proyecto de artículo.

111. Sin embargo, la opinión prevaleciente fue que se debía conservar el proyecto de artículo 8. En apoyo de su conservación se dieron diversas razones. Una razón fue que el proyecto de artículo 8 era esencial, pues en la práctica muchas controversias se referían a la cuestión de la originalidad de los documentos y que en el comercio electrónico el requisito de la presentación de originales era uno de los obstáculos principales que las reglas uniformes debían tratar de suprimir. Otra razón fue que una norma como la del proyecto de artículo 8 podía ser útil para otorgar reconocimiento jurídico a documentos originales de ciertos mensajes de datos, tales como las facturas que estaban en forma de salida impresa y no podían tener la apariencia de originalidad que tenía por ejemplo un reconocimiento de embarque. Otra razón fue que el proyecto de artículo 8 era necesario pues, aunque en algunas jurisdicciones se

entendiese que se requería un "original" siempre que se requiriese un "escrito", las reglas uniformes hacían referencia a "escrito", "firma" y "original" en los proyectos de artículos 6, 7 y 8 respectivamente como conceptos separados. Otra razón fue que el proyecto de artículo 8 era útil para aclarar los conceptos de "escrito" y "original", dada particularmente su importancia a fines de la prueba.

112. El Grupo de Trabajo recordó que, en su período de sesiones anterior, se había estimado que el proyecto de artículo 8 podía ser importante para los documentos de propiedad e instrumentos negociables, para los que el carácter único de un original era particularmente importante (A/CN.9/387, párrs. 91 a 97). En armonía con la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo al examinar el proyecto de artículo 1, se aclaró que la finalidad de las reglas uniformes no era su aplicación a documentos de títulos de propiedad e instrumentos negociables, ni a sectores del derecho en los que hubiese requisitos especiales con respecto a la inscripción o legalización de escritos, por ejemplo, las cuestiones familiares o la venta de bienes inmuebles. En tal sentido se advirtió que el proyecto de artículo 8 podría dar orientación sobre el significado de "original" en el contexto de la autonomía de las partes pero no debía tratar de definir el concepto de "original" a efectos del derecho nacional obligatorio, en el contexto del cual se podía requerir un original por una serie de consideraciones que excedían del ámbito de aplicación de las reglas uniformes.

#### *Párrafo 1*

##### *Palabras de apertura*

##### *"cualquier norma"*

113. Al principio, el Grupo de Trabajo recordó que la finalidad principal del proyecto de artículo era suministrar un sustituto de los requisitos derivados de normas jurídicas existentes con respecto al uso de originales. El proyecto de artículo no debía referirse principalmente a requisitos contractuales ni a requisitos enraizados en la costumbre o la práctica.

114. Se expresó el temor de que las palabras "cualquier norma" pudieran interpretarse en el sentido de que el proyecto de artículo 8 fuese aplicable a requisitos administrativos. Entre las sugerencias hechas para hacer frente a ese temor figuran las siguientes: usar una expresión tal como "la ley requiere", o limitar el ámbito de aplicación del proyecto de artículo a la esfera del derecho mercantil. Sin embargo, se recordó que, en el proyecto de artículo 1, el Grupo de Trabajo había decidido que, aunque sin constituir el objetivo principal de las reglas uniformes, los requisitos administrativos no debían excluirse de su ámbito de aplicación. Tras un debate, el Grupo de Trabajo aprobó las palabras "una norma".

##### *"costumbre o práctica"*

115. Se expresó la opinión de que, en armonía con la decisión adoptada en el contexto de los proyectos de artículos 6 y 7, se debía eliminar la referencia a la costumbre o la práctica. Se dijo que, en muchos países, los requerimientos de la costumbre o la práctica serían considerados como de

índole contractual, por ejemplo cuando las normas de la costumbre o la práctica fuesen incorporadas explícita o implícitamente por las partes a las condiciones de sus relaciones comerciales, o como una norma jurídica, por ejemplo cuando ciertos usos fuesen reconocidos como fuentes de derecho por las autoridades legislativas o la jurisprudencia.

116. En respuesta, se observó que con frecuencia no solamente las normas jurídicas sino también la práctica y la costumbre requerían la presentación de información en forma original. Por ejemplo, se observó que, en algunos países las costumbres y prácticas de las autoridades portuarias tendrían un valor jurídico propio, en ausencia de normas contractuales o legales, y dichas normas de la costumbre podrían constituir obstáculos considerables para el uso del EDI, que las normas uniformes debían tratar de superar.

117. Tras un debate, el Grupo de Trabajo, en armonía con su decisión de centrar la atención en los requisitos legales en el contexto del proyecto de artículo 8, decidió suprimir la referencia a la costumbre o la práctica en el párrafo. Sin embargo, se estimó que tal vez fuese necesario examinar de nuevo las situaciones en que surgiesen obstáculos para el EDI por efecto de normas de la costumbre o la práctica con respecto al uso de originales después de que se hubiese examinado la totalidad del proyecto de artículo. El Grupo de Trabajo tomó nota de la sugerencia de que tal vez hubiese que elaborar una norma separada en el contexto de un artículo separado o en el contexto del artículo 9 (véanse los párrafos 134 a 138 *infra*).

##### *"expresa o implícitamente"*

118. Se observó que, aunque el requerimiento de originales sería con máxima frecuencia explícito, había necesidad de abarcar más explícitamente la situación en que una norma jurídica, aunque sin requerir explícitamente el uso de un original, estipulase ciertas consecuencias en ausencia de la presentación de un original. Hubo acuerdo general en que el texto debía aclararse a ese respecto.

##### *"en su forma original"*

119. Se sugirió que las palabras "en su forma original" debían ser sustituidas por las palabras "con su contenido original". Se objetó frente a esa sugerencia que, en la práctica, se producían controversias con respecto tanto a la forma como al contenido de la información.

##### *Inciso a)*

120. Se expresó la opinión de que el inciso a) era necesario para establecer el principio de la autonomía de las partes con respecto al requerimiento de un original. Sin embargo, la opinión prevaleciente fue que no había necesidad de una disposición que convalidase explícitamente los acuerdos privados en ausencia de normas jurídicas obligatorias, es decir en ausencia de obstáculos jurídicos al uso del EDI. Se recordó también que el proyecto de artículo 8 y el capítulo II en general tenían principalmente por objeto los requerimientos obligatorios de la ley, no las cuestiones contractuales, que debían tratarse por separado en el proyecto de artículo 5 o en el contexto del capítulo III (véanse los párrafos 76 y 78 *supra*).

121. Se expresaron opiniones divergentes respecto del modo en que la norma legal establecida en el proyecto de artículo 8 se adaptaría al principio de la autonomía de las partes. Según una opinión, se debía entender que el proyecto de artículo 8 contenía los requisitos de forma mínimamente aceptables para que un mensaje de datos pudiese considerarse como el equivalente funcional de un original. Se dijo que las partes no debían tener libertad para modificar las disposiciones del proyecto de artículo 8, del mismo modo que no la tendrían para modificar las normas obligatorias existentes que serían sustituidas por el proyecto de artículo 8 (véase el párrafo 75 *supra*). Se sugirió pues que se debía suprimir el inciso *a*). Otra opinión fue que las disposiciones legales contenidas en el proyecto de artículo 8 y en el capítulo II en general debían usarse para fomentar el uso de procedimientos acordados entre las partes. Se sugirió pues que el acuerdo de las partes debía ser el elemento principal en la definición de un equivalente funcional de "original" y que se debía conservar el inciso *a*). Sin embargo, se reconoció en general que, incluso si las estipulaciones contractuales habían de considerarse con arreglo al inciso *a*) como un elemento de la definición legal del equivalente funcional de "original", el principio del carácter privado de los contratos limitaría el ámbito de tales estipulaciones, que no podían afectar los derechos y obligaciones de terceras partes. Se reconoció pues que, con toda probabilidad, la retención o eliminación del inciso *a*) no originaría situaciones notablemente distintas en la práctica. Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió eliminar el inciso *a*).

#### Variantes A y B

122. Se expresó apoyo a ambas variantes. En favor de la variante A se dijo que establecía una prueba más clara y sencilla. Se señaló que la variante A tenía la ventaja de subrayar la importancia de la integridad de la información para su originalidad. Sin embargo, se indicó que tal vez se tuviera que aclarar más en la disposición el concepto de "integridad". Se sugirió que se incorporaran al texto de la variante A, como elementos que se debían tener en cuenta al evaluar la integridad, las siguientes referencias: grabación sistemática de la información, garantías de que la información fue grabada sin lagunas y protección de los datos contra toda modificación. También se sugirió que se aclarara el concepto de integridad incluyendo una referencia al concepto de "grabación", que se había examinado en relación con el proyecto de artículo 1.

123. En favor de la variante B se dijo que tenía la ventaja de vincular el concepto de originalidad a un método de autenticación y que se centraba, como debía ser, en el método de autenticación que se debía utilizar para cumplir el requisito. También se dijo que proporcionaba la suficiente flexibilidad al señalar que, en cada caso concreto, se determinaría la fiabilidad del método de autenticación atendiendo a las circunstancias. Se indicó que tal vez resultara más explícito hacer referencia a la no alteración que al concepto de integridad, del que, se dijo que no resultaba claro en particular si guardaba relación con la integridad de los datos o con la integridad del soporte al que iban unidos los datos. Sin embargo, hubo objeciones a que se hiciera referencia al concepto de "autenticación" en la variante B por las razones ya expuestas en el contexto del examen del proyecto de artículo 7 (véanse los párrafos 104 y 105 *supra*).

124. Se consideraba en general que las variantes A y B se debían combinar y que el texto resultante debía contener los siguientes elementos: un criterio simple como la integridad; una descripción de los elementos que se debían tener en cuenta para evaluar la integridad; y un elemento de flexibilidad, como, por ejemplo, una referencia a las circunstancias.

125. Se formuló la sugerencia de que, en lugar de tratar de definir la originalidad de las grabaciones de datos atendiendo a factores como la utilización de papel, se centrara el proyecto de artículo 8 en cómo cumplir los requisitos de los originales, puesto que las grabaciones de datos, en realidad, nunca serían equivalentes a documentos sobre papel. En ese sentido, se sugirió que se utilizara una formulación como la siguiente:

"En los casos en que una norma jurídica exija un original, se considerará que una grabación de datos cumple ese requisito, siempre que:

- a) La grabación de datos constituya una 'grabación' en el sentido del inciso *f*) del artículo 2; y
- b) Se haya preservado la integridad de la grabación."

Se indicó que se podía considerar la posibilidad de añadir otros dos requisitos optativos al concepto de originalidad de las grabaciones de datos, a saber, la singularidad de la grabación de datos y la autenticación con arreglo a lo dispuesto en la variante B.

126. También se sugirió que se vinculara el concepto de originalidad a la posibilidad de mostrar la grabación de datos. Se sugirió asimismo que la disposición incluyera una referencia al concepto de que la información original debía haber permanecido inalterada entre el momento de su grabación original y el momento en que se mostró. Se propuso el siguiente texto:

"En los casos en que la ley exija que se presente la información en forma de grabación original o prevea determinadas consecuencias si no se hace así, se cumplirá ese requisito en relación con la información contenida en una grabación de datos siempre que:

- a) Se muestre esa información a la persona a la que se va a presentar; y
- b) Exista alguna garantía fidedigna de la integridad de la información entre el momento en que se grabó y el momento en que se muestra."

Se pusieron objeciones a que se hiciera referencia a que la información se "mostrará", alegándose que ello podría establecer un criterio subjetivo que se podría cumplir o no a voluntad del destinatario. Para atender a esa preocupación se sugirió que se añadiera al final del inciso *a*) la siguiente frase: "en una forma que le permita ser accesible para los fines de referencia como lo habría sido si se hubiera registrado en una grabación original".

127. Tras un debate, el Grupo de Trabajo convino en que se revisara el párrafo 1 de la manera siguiente:

- "1) En los casos en que una norma jurídica exija que se presente la información en forma de grabación original o prevea determinadas consecuencias si no se hace

así, se cumplirá ese requisito en relación con [una grabación de] datos en que figure la información requerida siempre que:

a) Se muestre esa información a la persona a la que se deba presentar; y

b) Exista alguna garantía fidedigna de la integridad de la información entre el momento en que el iniciador compuso por primera vez la información en su forma final, como [grabación de] datos o como grabación de cualquier otra clase, y el momento en que se muestre la información.

2) En los casos en que se plantee alguna duda sobre si se cumplen los requisitos del inciso b) del párrafo 1):

a) El criterio para evaluar la integridad será que la información haya permanecido íntegra y, aparte de la adición de cualquier endoso, inalterada; y

b) El nivel de fiabilidad requerido se determinará con arreglo a los fines para los que se hizo la grabación pertinente y todas las circunstancias."

#### Párrafo 2

128. Se expresaron diversas opiniones en relación con el párrafo 2, en el que se disponía que un Estado que diera efecto a estas reglas tal vez deseara descartar la aplicación del artículo 8 del proyecto en las situaciones que se especificaran en dicho párrafo. Durante el debate se hicieron numerosas observaciones no sólo en torno al artículo 8 2) del proyecto, sino también a las disposiciones análogas que figuraban en los artículos 6 2) y 7 2) del proyecto (véanse los párrafos 96 y 109 *supra*).

129. Un grupo de opiniones era que el párrafo 2 debería excluir de manera explícita ciertos tipos de situaciones, dependiendo en especial del propósito de la exigencia formal en cuestión. Como ejemplo de un tipo así de situación se mencionó el caso de la exigencia de proporcionar por escrito notificación o advertencia sobre riesgos concretos *de jure o de facto*, por ejemplo exigencias de colocar advertencias en ciertos tipos de productos. Se propuso una formulación como la que sigue a fin de plasmar ese enfoque: "Las disposiciones de este artículo no son aplicables si la ley requiere que ciertas informaciones sean presentadas por 'escrito' con objeto de proporcionar notificación al expedidor o el destinatario con respecto a riesgos *de jure o de facto*."

130. Otros casos cuya exclusión específica se sugirió fueron instrumentos negociables, documentos de dominio y formalidades exigidas en virtud de las obligaciones contraídas en tratados internacionales por el Estado que diera efecto (por ejemplo, la exigencia de que un cheque se presente por escrito de conformidad con el Convenio que establece una ley uniforme sobre cheques, Ginebra, 1931). A la luz de esos casos se sugirió que la actual formulación no resultaba clara puesto que podría indicar una opción del Estado que diera efecto con respecto a exigencias que en realidad tenían que aplicarse de conformidad con obligaciones internacionales existentes del Estado que diera efecto a las reglas.

131. Una opinión divergente era que, por diversas razones y no obstante las preocupaciones que se habían

expresado, no era necesario o apropiado estipular exclusiones como se hacía en el párrafo 2 y en las disposiciones gemelas de los artículos 6 y 7 del proyecto. En cuanto a la propuesta de excluir explícitamente exigencias cuyo objeto es proporcionar advertencia, se sugirió que el propósito de los requisitos establecidos por la ley resultaría a menudo poco claro, de manera que aumentaría la probabilidad de que se empleara un criterio basado en el propósito para circunvenir las disposiciones legales modelo. También se sugirió que las disposiciones relativas a cuestiones tales como exigencias de advertencia eran un campo claro del derecho cuya confusión con el propósito y objeto limitados de las disposiciones legales modelo no era probable.

132. Se expresó también oposición a la exclusión en el párrafo 2 de instrumentos negociables y documentos de dominio. Se indicó que de hacerse tal cosa se levantarían obstáculos innecesarios al desarrollo del intercambio electrónico de datos (EDI), dado que lo que figuraba en el proyecto de reglas uniformes eran principios y enfoques muy fundamentales, los cuales encontrarían con toda probabilidad aplicación, en mayor o menor medida, en esos casos. Se sugirió que no debería exagerarse la preocupación con respecto a instrumentos negociables, valores y obligaciones semejantes ya que resultaría obvio que las disposiciones legales modelo no pretendían ser un conjunto completo de reglas operacionales estructuradas del tipo requerido para esos instrumentos. Se indicó también preocupación por que una exclusión general no sólo prejuzgaría innecesariamente cuestiones que el Grupo de Trabajo abordaría probablemente en el futuro próximo, sino que además tampoco lograría tomar en consideración novedades en la práctica. En ese sentido, se informó de que el EDI estaba siendo utilizado, por ejemplo, para ciertos tipos de certificados negociables de almacén. Se afirmó que, en caso de que el Grupo de Trabajo deseara excluir cualquier tipo de situación o campo jurídico del ámbito de los artículos 6, 7 y 8 del proyecto, debería centrarse en aquellos tipos de situaciones y campos jurídicos que el Estado que diera efecto a estas reglas no estuviera capacitado para cambiar por medio de una ley.

133. La opinión preponderante fue que el párrafo 2, así como sus disposiciones gemelas en los artículos 6 y 7 del proyecto, debería permanecer fundamentalmente en su forma actual, que no recomendaba exclusiones específicas, sino que únicamente indicaba que el Estado que diera efecto a las reglas tendría la posibilidad de elegir. Un enfoque así, se afirmó, reconocería que la cuestión de especificar exclusiones debería dejarse en manos de los Estados que dieran efecto a las reglas, enfoque que tomaría mejor en consideración diferencias en las circunstancias nacionales. También evitaría el riesgo de que una enumeración de exclusiones en las disposiciones legales modelo errara, bien fuera por inclusión o por exclusión. En respuesta a una sugerencia de que podría resultar apropiado introducir una nota de pie de página que señalara a la atención de los legisladores ciertas esferas jurídicas o ciertos tipos de situaciones que podrían excluirse del ámbito de las disposiciones legales modelo, la opinión generalizada fue que la cuestión podría abordarse de forma más apropiada en una guía para la puesta en práctica de las disposiciones legales modelo, que podría prepararse en un momento ulterior.

*"Norma supletoria" propuesta*

134. En la conclusión del debate en torno al artículo 8 del proyecto, se propuso la posibilidad de considerar la inclusión de una regla en las disposiciones legales modelo por la que se estableciera el equivalente funcional de "original" en el caso en el que no fuera aplicable a ese respecto ningún requisito contractual o de derecho estatutario. Se afirmó que, además de ocuparse de la costumbre y la práctica (véanse los párrafos 115 a 117 *supra*), una regla así contaría con la ventaja de proporcionar una norma supletoria tendiente a complementar los términos de acuerdos en casos de lagunas u omisiones en estipulaciones contractuales, por ejemplo, acuerdos de intercambio o "reglas de sistema". Se expresaron dudas sobre si sería apropiado intentar regular la costumbre o la práctica por medio de un instrumento jurídico. Sin embargo, se expresó considerable interés en la posibilidad de preparar una norma supletoria tendiente a complementar los contratos.

135. La siguiente formulación se propuso para su posible inclusión como un párrafo separado del artículo 8 del proyecto o como un artículo separado:

"En ausencia de acuerdo expreso o implícito alguno y de norma jurídica alguna por la que se requiera que ciertas informaciones sean presentadas en su forma original, las informaciones en forma de [grabación de] datos serán tenidas por el equivalente de las informaciones comprendidas en el artículo 8 1) b)."

136. Se propuso otra formulación, basada en una redacción negativa, cuya inclusión se propuso en el artículo 9 del proyecto:

"En ausencia de acuerdo expreso o implícito alguno y de norma jurídica alguna por la que se requiera que ciertas informaciones sean presentadas en su forma original, en cualquier procedimiento jurídico, no se concederá a las informaciones presentadas en forma de [grabación de] datos menor peso [únicamente] por no figurar en un documento original siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 8 1) b)."

137. Se hicieron objeciones a ambas propuestas debido a que establecían normas para evaluar la fuerza probatoria de grabaciones de datos. Se afirmó que en las disposiciones legales modelo no debería figurar nada que limitara la autoridad de los tribunales para decidir la fuerza probatoria que debería asignarse a informaciones no presentadas sobre papel. En respuesta, se declaró que uno de los propósitos de las disposiciones legales modelo era aumentar la certeza, lo que podría incluir proporcionar orientación al encargado de juzgar los hechos. Se señaló que el efecto de las redacciones propuestas no sería la modificación del principio plasmado en el artículo 9 2) del proyecto en el sentido de que se daría a las informaciones presentadas en forma de [grabaciones de] datos la "debida fuerza probatoria".

138. Tras un debate, el Grupo de Trabajo convino en que la posible preparación de una "norma supletoria" precisaba un examen más profundo. Se pidió a la Secretaría que considerara la preparación de un proyecto de disposición que reflejara el debate antes mencionado.

*Artículo 9. Admisibilidad y valor probatorio de las grabaciones de datos*

139. Hubo acuerdo general en el Grupo de Trabajo acerca de los principios establecidos en el proyecto de artículo 9. Sin embargo, se expresaron opiniones diferentes en cuanto a la mejor manera en que podían formularse esos principios.

140. Según una opinión debía suprimirse el proyecto de artículo y en su lugar debían incluirse en el proyecto de artículo 6 los criterios básicos relativos a la admisibilidad de las grabaciones de datos. Se indicó que los proyectos de artículos 9 y 6 se ocupaban del mismo asunto, a saber, los criterios básicos que debían reunir las grabaciones de datos para recibir el mismo tratamiento de los instrumentos escritos. En cuanto a otros elementos del proyecto de artículo 9, se sugirió que se suprimieran: el inciso a) del párrafo 1 por cuanto duplicaba el principio expresado en el proyecto de artículo 5 *bis* de que no debía denegarse validez jurídica a las grabaciones de datos por la sola razón de que tenían forma electrónica; la expresión "mejor prueba" del inciso b) del párrafo 1 porque en algunas jurisdicciones carecía de sentido; el párrafo 2 por cuanto disponer que se daría a las grabaciones de datos la debida fuerza probatoria sería redundante. Se sugirió que sería más apropiado enumerar los diversos factores previstos en la segunda oración del párrafo 2 en un comentario que en el texto de las disposiciones legales modelo.

141. No obstante, prevaleció la opinión de que debía conservarse el proyecto de artículo 9. Se declaró que el párrafo 1, en el que se disponía que no debía negarse la admisibilidad de las grabaciones de datos como prueba en procesos judiciales por la sola razón de que tenían forma electrónica, hacía hincapié en forma apropiada en el principio general expresado en el proyecto de artículo 5 *bis* y que era necesario para hacerlo expresamente aplicable a la admisibilidad de la prueba, esfera en que podrían surgir cuestiones particularmente complejas en algunas jurisdicciones. Además, se consideró en general que podría considerarse que el párrafo 2, en el que se daba orientación útil en cuanto al valor probatorio de las grabaciones de datos (por ejemplo, según la fiabilidad de la forma en que se hubieran creado, archivado o comunicado), introducía una condición apropiada al principio consagrado en el párrafo 1.

142. Se hicieron varias sugerencias en cuanto a la redacción precisa del proyecto de artículo 9. Una de ellas consistía en que se redactara nuevamente el párrafo 1 en forma positiva. Se indicó que el propósito del párrafo era eliminar las barreras en cuanto a la admisibilidad de grabaciones de datos en los procesos judiciales y que se serviría mejor ese propósito si se expresara el principio con una redacción positiva. Otra sugerencia consistía en suprimir la expresión "por la sola razón" de los incisos a) y b) ya que, en el caso de que se objetara la admisión de grabaciones de datos, podría resultar difícil determinar si la objeción se basaba en que la grabación tenía forma electrónica o si se invocaban otros fundamentos. Otra sugerencia consistió en agregar una redacción apropiada al terminar la segunda oración del párrafo 2 con el fin de dejar en claro que la ponderación del valor probatorio de las grabaciones de datos podría basarse en cualquier otro factor no enumerado en el párrafo 2. Respecto de la sugerencia de que se suprimiera la referencia

a la norma de "la mejor prueba", el Grupo de Trabajo acordó mantener la referencia. Se reconoció que la expresión "la mejor prueba" era una expresión que se comprendía en las jurisdicciones de *common-law* y era necesaria en ellas. Además, se indicó que los Estados en que la expresión no tuviera sentido podrían adoptar las reglas legales modelo sin la referencia a la norma de "la mejor prueba".

143. Tras el debate el Grupo de Trabajo aprobó el texto del proyecto de artículo 9, sujeto a cambios de redacción. Se acordó agregar un texto en que se incluyera una expresión como "y a cualquier otro factor pertinente" al terminar el párrafo 2. Se acordó además suprimir de los incisos a) y b) del párrafo 1 la expresión "por la sola razón".

### Capítulo III. Comunicación [grabaciones] [mensajes] de datos

#### Artículo 10. Eficacia de [las grabaciones] [los mensajes] de datos

144. Como quedaba poco tiempo para el término del período de sesiones, el Grupo de Trabajo sólo procedió a un examen general del proyecto de artículo 10, que aplicaba las decisiones tomadas en el 26.º período de sesiones (A/CN.9/387, párrs. 110 a 132).

145. Se advirtió que el proyecto de artículo 10, en consonancia con el ámbito pretendido del capítulo III, se ocupaba de los efectos de la comunicación de grabaciones de datos y no se centraba en la creación ni en el mantenimiento de grabaciones de datos. Se propuso que el título del proyecto de artículo 10 reflejara esta circunstancia haciendo referencia a la comunicación de grabaciones de datos. Otros títulos que se sugirieron para el proyecto de artículo 10 fueron: "Obligaciones vinculantes para el iniciador de una grabación de datos comerciales" y "Derecho a rechazar grabaciones de datos".

146. En cuanto al párrafo 1, se formularon varias sugerencias. Una de ellas fue la sustitución de la palabra "emitidos" por "transmitidos", ya que no estaba claro si la grabación de datos se emitía en el momento en que se creaba o en el momento en que se comunicaba. Se propuso también que las palabras iniciales del párrafo 2, "Entre el [expedidor] [iniciador] y el destinatario" se insertaran al principio del párrafo 1 pues la comunicación de una grabación de datos sólo debería producir efectos entre el expedidor y el destinatario y no frente a terceros. Una tercera sugerencia fue la de suprimir la referencia a la alteración o la revocación. En apoyo de esta propuesta se afirmó que si bien esta referencia tenía un significado en el artículo 5 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito que trataba de las órdenes de pago y su revocación o alteración, que había servido de modelo al proyecto de artículo 10, era innecesaria en el proyecto de artículo 10. Se explicó que la revocación o la alteración de una grabación de datos hecha por medios electrónicos sería una grabación de datos cubierta por las disposiciones legales modelo, en tanto que la revocación o la alteración de una grabación de datos hecha por otros medios caería fuera del ámbito de las disposiciones legales modelo.

147. Se expresó la preocupación de que las palabras "se entenderá que... ha aprobado el contenido", que figuran en los párrafos 1, 3 y 5, podrían sobrecargar al iniciador. Se afirmó que si una grabación de datos era emitida por el iniciador o en su nombre, esas palabras creaban la presunción *juris et de jure* de que el iniciador aprobaba el contenido de la grabación en la forma recibida. Para evitar ese injusto resultado, se sugirió sustituir las palabras "se entenderá que... ha aprobado" por las palabras "se presumirá que... ha aprobado". Además, se estimó que la presunción no debería referirse a la aprobación del "contenido" de una grabación de datos sino a la aprobación de su "envío" por el iniciador.

148. Se adujo en contra que esa presunción *juris et de jure* era coherente con el objeto de las disposiciones legales modelo, ya que los asociados comerciales podrían no sentirse alentados a utilizar medios electrónicos de comunicación si el destinatario no pudiera confiar en la grabación de datos en la forma en que la recibiera. Además, se opuso el argumento de que una presunción *juris et de jure* no causaría problemas puesto que si hubiera un error en la grabación de datos en la forma recibida quedaría cubierto por el párrafo 5 o por la legislación nacional aplicable en materia de errores. Se recordó además que las palabras "se entenderá que ha aprobado" procedían de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito y que en su precedente período de sesiones el Grupo de Trabajo había acordado que en las disposiciones legales modelo se utilizaría, en la medida adecuada, un lenguaje coherente con el de la Ley Modelo. No obstante, se opinó que las palabras "se entenderá que ha aprobado" no deberían interpretarse en el sentido de que establecían una presunción *juris et de jure*, ya que el párrafo 5 disponía que la presunción no sería aplicable en caso de error.

149. Con el objeto de abordar las diversas opiniones y preocupaciones expresadas, se propuso reformular el párrafo 1 a fin de crear la presunción *juris et de jure* de que se entenderá que el expedidor que haya firmado la grabación de datos ha aprobado el envío de la grabación de datos, y la presunción *juris tantum* de que se entenderá que el expedidor ha aprobado el contenido de la grabación de datos. Esta propuesta recibió cierto apoyo.

150. Aunque se reconoció generalmente que los párrafos 1, 2 y 3 eran útiles, se señaló que era preciso simplificarlos. Se afirmó que esos párrafos se deberían centrar en la atribución de una grabación de datos al iniciador, en el caso de que la grabación de datos fuera realmente transmitida por el propio iniciador, o a través de un agente, o en el caso en que el destinatario aplicara adecuadamente un método razonable de autenticación previamente acordado con el iniciador. En cuanto al párrafo 2 y al inciso b) del párrafo 3, se señaló que el significado de la "verificación" a que se hacía referencia en esas disposiciones no estaba claro. En cuanto al inciso b) del párrafo 3, se expresó la preocupación de que en su formulación actual el iniciador podría quedar obligado simplemente cuando el destinatario verificara la autenticación por un método razonable, incluso en ausencia de toda relación previa con el destinatario. En cuanto al párrafo 4, se señaló que podría permitir a la parte que tuviera mayor poder de negociación imponer a la parte más débil un método de autenticación no razonable. Se propuso la supresión del párrafo 4.

151. En cuanto a si convendría mantener el párrafo 5 hubo diversidad de opiniones. En apoyo de su mantenimiento se afirmó que el párrafo era útil en la medida que proporcionaba cierta protección al iniciador en caso de errores en la transmisión de una grabación de datos. En apoyo de su supresión se indicó que el párrafo 5 era innecesario puesto que se ocupaba esencialmente de los errores, que deberían ser tratados bajo otra legislación aplicable. Se sugirió también que se volviera a redactar el párrafo 5 en función de la presunción.

152. En cuanto al párrafo 6, se plantearon diversas cuestiones. Una de ellas fue que el párrafo 6 podría dar la impresión equivocada de que las grabaciones de datos no tenían efectos jurídicos por sí solas. Otra cuestión fue que el párrafo 6 no aclaraba si los efectos jurídicos se referían a la creación o la comunicación de la grabación de datos. Se propuso la supresión del párrafo 6 o su modificación, en caso de que se mantuviera.

153. Tras un debate el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un texto revisado del artículo 10, teniendo en cuenta las diversas opiniones y preocupaciones expresadas.

### III. LABOR FUTURA

154. El Grupo de Trabajo sostuvo un intercambio preliminar de opiniones en cuanto a si debían señalarse a la atención de la CNUDMI otros asuntos jurídicos pertinentes al aumento del uso del EDI y medios afines de comunicación de datos y considerarse para la labor futura al completarse las disposiciones legales modelo.

155. Se expresó la opinión de que los aspectos jurídicos del carácter negociable o transferible de los derechos sobre mercancías en un medio computadorizado eran asuntos importantes que debían tomarse en cuenta al formular normas para facilitar el crecimiento del comercio mundial por medio del intercambio electrónico. Se señaló que esas normas debían concentrarse en los temas siguientes: los medios para obtener el reconocimiento jurídico de los acuerdos relativos al carácter negociable o transferible; la necesidad de normas supletorias con el objeto de asignar los riesgos entre las partes; la necesidad de contar con registros designados para mantener la integridad de las transferencias. Se sugirió que el proyecto se podía centrar en la preparación de un equivalente funcional de un conocimiento de embarque negociable o que se podría estudiar la posibilidad de crear un nuevo tipo de título. Esa propuesta contó con amplio apoyo.

156. Se expresó también la opinión de que sería particularmente apropiado seguir un criterio más amplio respecto de las cuestiones relativas al carácter transferible con el fin de referirse no sólo a la transferencia de derechos sobre mercancías, sino también a la transferencia de derechos sobre valores, como los valores bursátiles. Hubo cierto

grado de apoyo a esa propuesta. Se indicó que muchas de las cuestiones jurídicas derivadas de la esfera del carácter transferible de los derechos, con toda probabilidad, serían idénticos independientemente de si los derechos transferidos recaían sobre mercancías o valores. Se indicó, sin embargo, que los mercados de valores eran objeto de un alto grado de regulación en el plano nacional. Además, se indicó que recientemente se habían desarrollado, o se estaban desarrollando, sistemas nacionales para el intercambio de valores desmaterializados. Se señaló que, por esas razones, podría resultar particularmente difícil lograr uniformidad en esa esfera.

157. La opinión predominante era que correspondería que la CNUDMI preparara la ley uniforme sobre la cuestión del carácter negociable en un medio computadorizado. Se estimó en general que el alcance de una ley uniforme de ese tipo no debía limitarse a la transferencia de derechos sobre mercancías y que podría ser necesario tomar en cuenta ciertas cuestiones relativas a los valores desmaterializados. Se estimó también que no debía intentarse en la etapa actual desarrollar un régimen uniforme para el intercambio de valores en el plano internacional. Hubo acuerdo en general en que el proyecto futuro debía prestar atención en particular al uso de registros y a la posibilidad de realizar funciones como el registro de la transferencia de derechos en el plano internacional.

158. Tras el debate, el Grupo de Trabajo aprobó una recomendación en el sentido de que la CNUDMI autorizara al Grupo de Trabajo a realizar labor preliminar sobre ese proyecto tan pronto como se hubiera completado la preparación de las disposiciones legales modelo.

159. Otra sugerencia consistió en que la CNUDMI considerara como posibles temas de la labor futura la cuestión de la responsabilidad de las redes y, más en general, las cuestiones jurídicas que surgían en el contexto de las relaciones entre los usuarios del EDI y los encargados de prestar servicios. Si bien hubo cierto grado de apoyo en favor de la sugerencia, se estimó que podía ser prematuro realizar trabajos de ese tipo en la presente etapa.

160. Se sugirió también que la CNUDMI comenzara a preparar un modelo de acuerdo de comunicaciones para su uso optativo entre usuarios del EDI. Se recordó, no obstante, que había otras organizaciones que estaban preparando modelos de acuerdos de comunicaciones de ese tipo, en particular las Comunidades Europeas y la Comisión Económica para Europa. Se recordó además que la CNUDMI, en su 26.º período de sesiones, había reiterado su decisión anterior de aplazar su examen de la materia hasta que los textos de los modelos de acuerdos de intercambio que se estaban preparando en esas organizaciones estuvieran disponibles para su examen por la Comisión.

161. El Grupo de Trabajo decidió, sujeto a la aprobación de la CNUDMI, que su 28.º período de sesiones se celebrara en Viena del 3 al 14 de octubre de 1994.

**D. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Intercambio Electrónico de Datos en su 27.º período de sesiones: artículos revisados del proyecto de reglas uniformes sobre los aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos (EDI) y medios afines de comunicación de datos: nota de la Secretaría**

(A/CN.9/WG.IV/WP.60) [Original: inglés]

**ÍNDICE**

	<i>Página</i>
INTRODUCCIÓN .....	221
PROYECTO DE REGLAS UNIFORMES SOBRE LOS ASPECTOS JURÍDICOS DEL INTERCAMBIO ELECTRÓNICO DE DATOS (EDI) Y MEDIOS AFINES DE COMUNICACIÓN DE DATOS .....	222
<b>CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES .....</b>	<b>222</b>
Artículo 1.    Ámbito de aplicación .....	222
Artículo 2.    Definiciones .....	222
Artículo 3.    Interpretación de las Reglas Uniformes .....	222
Artículo 4.    [suprimido] .....	223
[Artículo 5.    Modificación mediante acuerdo] .....	223
<b>CAPÍTULO II. REQUISITOS DE FORMA .....</b>	<b>223</b>
[Artículo 5 bis] .....	223
Artículo 6.    Equivalente funcional de "escrito" .....	223
Artículo 7.    Equivalente funcional de "firma" .....	223
Artículo 8.    Equivalente funcional de "original" .....	224
Artículo 9.    Admisibilidad y valor probatorio de [las grabaciones] [los mensajes] de datos .....	224
<b>CAPÍTULO III. COMUNICACIÓN [GRABACIONES] [MENSAJES] DE DATOS .....</b>	<b>224</b>
Artículo 10.   Eficacia de [las grabaciones] [los mensajes] de datos .....	224
Artículo 11.   Acuse de recibo .....	225
Artículo 12.   Perfeccionamiento de contratos .....	225
Artículo 13.   Tiempo y lugar de recepción de [una grabación] [un mensaje] de datos .....	226
Artículo 14.   Archivo de [grabaciones] [mensajes] de datos .....	226
[Artículo 15.  Responsabilidad] .....	226

**INTRODUCCIÓN**

1. En su 25.º período de sesiones, celebrado en 1992, la Comisión examinó las cuestiones jurídicas planteadas por el intercambio electrónico de datos (EDI) y encomendó la preparación de la reglamentación jurídica del EDI al Grupo de Trabajo sobre Pagos Internacionales, cuyo nombre pasó a ser Grupo de Trabajo sobre Intercambio Electrónico de Datos<sup>1</sup>.

2. El Grupo de Trabajo comenzó la tarea en su 25.º período de sesiones examinando algunas cuestiones jurídicas expuestas en una nota preparada por la Secretaría (A/CN.9/

WG.IV/WP.55). El Grupo de Trabajo acordó que debía seguir adelante con su labor, sobre la hipótesis de que el régimen uniforme revestiría la forma de disposiciones de rango legislativo. Sin embargo, pospuso su decisión final sobre la forma concreta que deberían adoptar esas disposiciones (A/CN.9/373, párr. 34). Al terminar el período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparase proyectos de disposiciones, con posibles variantes basadas en las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo durante el período de sesiones, para su examen en su próxima reunión (A/CN.9/373, párr. 10).

3. En su 26.º período de sesiones, la Comisión examinó el informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor realizada en su 25.º período de sesiones (A/CN.9/373). La Comisión tomó nota de que el Grupo de Trabajo había empezado a examinar el contenido de una ley uniforme

<sup>1</sup>Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/47/17), párrs. 140 a 148.

sobre el EDI y expresó la esperanza de que el Grupo de Trabajo iniciara pronto la preparación de ese texto<sup>2</sup>.

4. En su 26.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó el primer proyecto de reglas uniformes sobre los aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos (EDI) y medios afines de comunicación de datos comerciales, preparado por la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.57), y una propuesta formulada por la delegación del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (A/CN.9/WG.IV/WP.58). Se pidió a la Secretaría que, sobre la base de las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo, preparase un proyecto revisado de reglas uniformes (A/CN.9/387, párr. 14).

5. La presente nota contiene los artículos revisados de las reglas uniformes. Las adiciones y modificaciones hechas en el texto se indican en bastardilla. Cabe observar que, de acuerdo con las recientes instrucciones sobre un control y limitación más estrictos de la documentación de las Naciones Unidas, no se han añadido al proyecto de disposiciones notas explicativas. Por ello se hace referencia, en general, a las partes pertinentes del informe del Grupo de Trabajo (A/CN.9/387); durante el período de sesiones del Grupo de Trabajo se darán oralmente más explicaciones.

<sup>2</sup>Ibid., cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/48/17), párrs. 263 a 268.

## PROYECTO DE REGLAS UNIFORMES SOBRE LOS ASPECTOS JURÍDICOS DEL INTERCAMBIO ELECTRÓNICO DE DATOS (EDI) Y MEDIOS AFINES DE COMUNICACIÓN DE DATOS

### Capítulo I. Disposiciones generales\*

#### Artículo 1. *Ámbito de aplicación*\*\*

Las presentes Reglas serán aplicables a la información [comercial y administrativa] en forma de [grabación] [mensaje] de datos. No serán aplicables a la información en forma puramente oral o puramente [documental] [escrita]. Salvo que se disponga otra cosa en las presentes Reglas, éstas no serán aplicables al contenido de la información.

#### Nota al capítulo I

\*Variante A: Las presentes Reglas no se ocupan de las cuestiones relacionadas con la protección del consumidor.

Variante B: Las presentes Reglas no prevalecerán sobre cualquier regla jurídica destinada a la protección del consumidor.

Variante C: Las presentes Reglas no están destinadas a su aplicación a las operaciones con los consumidores. Están sometidas a toda regla jurídica destinada a la protección del consumidor.

Variante D: Las presentes Reglas no se aplican a las operaciones con los consumidores.

#### Nota al artículo 1

\*\*La Comisión sugiere el siguiente texto para los Estados que pudieran desear limitar la aplicabilidad de las presentes Reglas a [las grabaciones] [los mensajes] de datos internacionales:

Las presentes Reglas serán aplicables a [las grabaciones] [los mensajes] de datos que se definen en el artículo 2 cuando [la grabación] [el mensaje] se refiera a intereses comerciales internacionales.

### Referencias

- A/CN.9/387, párrs. 15 a 28 (26.º período de sesiones, 1993);  
A/CN.9/WG.IV/WP.57, artículo 1;  
A/CN.9/373, párrs. 21 a 26 y 29 a 33 (25.º período de sesiones, 1993);  
A/CN.9/WG.IV/WP.55, párrs. 7 a 20;  
A/CN.9/360, párrs. 29 a 31 (24.º período de sesiones, 1992);  
A/CN.9/WG.IV/WP.53, párrs. 25 a 33.

### Artículo 2. *Definiciones*

Para los efectos de las presentes Reglas:

a) Por “[grabación] [mensaje de datos]” se entenderá la información creada, archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o análogos, como serían el intercambio electrónico de datos (EDI), el telegrama, el télex o la telecopia;

b) Por “intercambio electrónico de datos (EDI)” se entenderá la transmisión informática de datos estructurados entre sistemas informáticos independientes;

c) Por “[expedidor] [iniciador]” se entenderá toda persona, distinta de la que desempeñe una función de intermediario, en cuyo nombre se dé a entender que se han creado, archivado o comunicado [las grabaciones] [los mensajes] regidos por las presentes Reglas;

d) Por “destinatario” se entenderá toda persona, distinta de la que desempeñe una función de intermediario, destinada en definitiva a [recibir] [ser el usuario final de] [las grabaciones] [los mensajes] de datos regidos por las presentes Reglas;

e) Por “intermediario” se entenderá toda persona que, en el curso normal de sus negocios, se dedique a recibir [grabaciones] [mensajes] de datos regidos por las presentes Reglas y hacer llegar [esas grabaciones] [esos mensajes] de datos a sus destinatarios o a otros intermediarios. [Además, el intermediario podrá desempeñar funciones como las de formatear, traducir, grabar, conservar y almacenar [grabaciones] [mensajes].]

[f] Por “grabación” se entenderá:

Variante A: en relación con cualquier medio por el que se conserve información para referencia ulterior, la forma en que se conserve esa información.

Variante B: una representación de datos que pueda reproducirse exactamente en un momento posterior.]

### Referencias

- A/CN.9/387, párrs. 29 a 52 (26.º período de sesiones, 1993);  
A/CN.9/WG.IV/WP.57, artículo 2;  
A/CN.9/373, párrs. 11 a 20, 26 a 28 y 35 y 36 (25.º período de sesiones, 1993);  
A/CN.9/WG.IV/WP.55, párrs. 23 a 26.

### Artículo 3. *Interpretación de las Reglas Uniformes*

1) En la interpretación de las presentes Reglas se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe [en el comercio internacional].

[2] Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por las presentes Reglas que no estén expresamente resueltas en ellas se dirimirán de conformidad con los principios generales inspiradores de las Reglas o, en su defecto, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas del derecho internacional privado.]

#### Referencias

A/CN.9/387, párrs. 53 a 58 (26.º período de sesiones, 1993);  
A/CN.9/WG.IV/WP.57, artículo 3;  
A/CN.9/373, párrs. 38 a 42 (25.º período de sesiones, 1993);  
A/CN.9/WG.IV/WP.55, párrs. 30 y 31.

Artículo 4. [suprimido]

#### Referencias

A/CN.9/387, párrs. 59 a 61 (26.º período de sesiones, 1993);  
A/CN.9/WG.IV/WP.57, artículo 4;  
A/CN.9/373, párrs. 38 a 42 (25.º período de sesiones, 1993);  
A/CN.9/WG.IV/WP.55, párrs. 30 y 31.

[Artículo 5. *Modificación mediante acuerdo*

Salvo que las presentes Reglas dispongan otra cosa, los derechos y obligaciones del [expedidor] [iniciador] y del destinatario de [una grabación] [un mensaje] de datos que se deriven de estas Reglas podrán ser modificados por acuerdo de las partes.]

#### Referencias

A/CN.9/387, párrs. 62 a 65 (26.º período de sesiones, 1993);  
A/CN.9/WG.IV/WP.57, artículo 5;  
A/CN.9/373, párr. 37 (25.º período de sesiones, 1993);  
A/CN.9/WG.IV/WP.55, párrs. 27 a 29.

## Capítulo II. Requisitos de forma

[Artículo 5 bis.

No se denegarán efectividad, validez o exigibilidad jurídicas a [una grabación] [un mensaje] de datos en razón de que la información que contenga deba constar en forma [escrita] [documental] o ser presentada en su forma original.]

#### Referencia

A/CN.9/387, párrs. 93 y 94 (26.º período de sesiones, 1993).

Artículo 6. Equivalente funcional de "escrito"

1) Variante A: Para los efectos de cualquier norma, costumbre o práctica jurídicas que, expresa o implícitamente, requiera que ciertas informaciones se hagan constar o sean presentadas por escrito, o dependan de la existencia de un escrito, las informaciones en forma de

[grabación] [mensaje] de datos cumplirán ese requisito cuando:

- a) se puedan reproducir en alguna forma visible e inteligible [legible, interpretable]; y
- b) se puedan conservar en forma de grabación.

*Variante B: Cuando cualquier norma, costumbre o práctica jurídicas, expresa o implícitamente, requiera que las informaciones se hagan constar o sean presentadas por escrito, o prevean ciertas consecuencias si no se hacen constar o no se presentan por escrito,*

a) cualquier requisito o condición sobre la constancia por escrito se dará por cumplido cuando se deje una constancia que permita que las informaciones de que se trate sean mostradas ulteriormente en una forma que permita la misma referencia que hubiera podido hacerse si se hubiera dejado constancia de esas informaciones por escrito; y

b) cualquier requisito o condición sobre la presentación de las informaciones por escrito se dará por cumplido cuando se deje una constancia de las informaciones de que se trate, de conformidad con el inciso a), y se presenten en una forma en que se pongan de manifiesto a la persona a las que deban presentarse, o le resulten inmediatamente accesibles a efectos de referencia.

[2] Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a las siguientes situaciones: [ . . . ]

#### Referencias

A/CN.9/387, párrs. 66 a 80 (26.º período de sesiones, 1993);  
A/CN.9/WG.IV/WP.57, artículo 6;  
A/CN.9/WG.IV/WP.58, anexo;  
A/CN.9/373, párrs. 45 a 61 (25.º período de sesiones, 1993);  
A/CN.9/WG.IV/WP.55, párrs. 39 a 49;  
A/CN.9/360, párrs. 32 a 43 (24.º período de sesiones, 1992);  
A/CN.9/WG.IV/WP.53, párrs. 37 a 45;  
A/CN.9/350, párrs. 68 a 78;  
A/CN.9/333, párrs. 20 a 28.

Artículo 7. Equivalente funcional de "firma"

1) De ser requerido por cualquier norma, costumbre o práctica jurídicas, expresa o implícitamente, que una información esté firmada, se dará por cumplido ese requisito cuando:

[a) se haya convenido entre el [expedidor] [iniciador] y el destinatario de [la grabación] [el mensaje] de datos, un método [de autenticación] que indique quién ha creado [la grabación] [el mensaje] de datos y que esa persona ha aprobado la información que contienen, y se haya utilizado ese método; o

b) se utilice un método [de autenticación] para indicar quién ha creado o comunicado [la grabación] [el mensaje] de datos y que esa persona ha aprobado la información que contienen; y

c) ese método fuera tan fiable como [técnicamente] apropiado para la finalidad con que se creó o comunicó

[la grabación] [el mensaje] de datos, atendidas todas las circunstancias, entre ellas [cualquier acuerdo entre el [expedidor] [iniciador] y el destinatario de [la grabación] [el mensaje] de datos y] cualquier uso comercial pertinente.

[2] Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a las siguientes situaciones: [...].

#### Referencias

- A/CN.9/387, párrs. 81 a 90 (26.º período de sesiones, 1993);  
 A/CN.9/WG.IV/WP.57, artículo 7;  
 A/CN.9/WG.IV/WP.58, anexo;  
 A/CN.9/373, párrs. 63 a 76 (25.º período de sesiones, 1993);  
 A/CN.9/WG.IV/WP.55, párrs. 50 a 63;  
 A/CN.9/360, párrs. 71 a 75 (24.º período de sesiones, 1992);  
 A/CN.9/WG.IV/WP.53, párrs. 61 a 66;  
 A/CN.9/350, párrs. 86 a 89;  
 A/CN.9/333, párrs. 50 a 59;  
 A/CN.9/265, párrs. 49 a 58.

#### Artículo 8. Equivalente funcional de "original"

1) De ser requerido por cualquier norma, costumbre o práctica jurídicas, expresa o implícitamente, que ciertas informaciones se presenten en su forma original, se dará por cumplido ese requisito por la presentación de [la grabación] [el mensaje] de datos o en forma de una impresión de [esa grabación] [ese mensaje] de datos cuando

[a] el [expedidor] [iniciador] y el destinatario [de la grabación] [del mensaje] de datos hayan acordado expresamente que [la grabación] [el mensaje] de datos será tenido por el equivalente de un documento original sobre papel; o]

Variante A: b) exista alguna garantía fidedigna de la integridad del contenido de las informaciones presentadas en forma de [grabación] [mensaje] de datos.

Variante B: b) se utilice un método [de autenticación] para garantizar que las informaciones presentadas no se han alterado; y

c) ese método sea tan fidedigno como [técnicamente] apropiado para la finalidad con que se creó o comunicó [la grabación] [el mensaje] de datos, atendidas todas las circunstancias, entre ellas [cualquier acuerdo entre el [expedidor] [iniciador] y el destinatario de [la grabación] [el mensaje] de datos y] cualquier uso comercial pertinente.

[2] Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a las siguientes situaciones: [...].

#### Referencias

- A/CN.9/387, párrs. 91 a 97 (26.º período de sesiones, 1993);  
 A/CN.9/WG.IV/WP.57, artículo 8;  
 A/CN.9/WG.IV/WP.58, anexo;  
 A/CN.9/373, párrs. 77 a 91 (25.º período de sesiones, 1993);

- A/CN.9/WG.IV/WP.55, párrs. 64 a 70;  
 A/CN.9/360, párrs. 60 a 70 (24.º período de sesiones, 1992);  
 A/CN.9/WG.IV/WP.53, párrs. 56 a 60;  
 A/CN.9/350, párrs. 84 y 85;  
 A/CN.9/265, párrs. 43 a 48.

#### Artículo 9. Admisibilidad y valor probatorio de [las grabaciones] [los mensajes] de datos

1) En todo proceso judicial, no se dará aplicación alguna a las reglas de la prueba que sean óbice para la admisión como prueba de [grabaciones] [mensajes] de datos

a) por la sola razón de que se trata de [grabaciones] [mensajes] de datos; o,

b) si es la mejor prueba que cabría esperar razonablemente que obtuviera la persona que la aporta, por la sola razón de que no se trata de un documento original.

2) Se dará a las informaciones presentadas en forma [de grabaciones] [mensajes] de datos la debida fuerza probatoria. Al valorar la fuerza probatoria de [las grabaciones] [los mensajes] de datos se tendrá presente la fiabilidad de la forma en que se crearon, archivaron o comunicaron [las grabaciones] [los mensajes] de datos y, cuando proceda, la fiabilidad de la forma en que se autenticaron las informaciones.

#### Referencias

- A/CN.9/387, párrs. 98 a 109 (26.º período de sesiones, 1993)  
 A/CN.9/WG.IV/WP.57, artículo 9;  
 A/CN.9/WG.IV/WP.58, anexo;  
 A/CN.9/373, párrs. 97 a 102 (25.º período de sesiones, 1993);  
 A/CN.9/WG.IV/WP.55, párrs. 71 a 81;  
 A/CN.9/360, párrs. 44 a 59 (24.º período de sesiones, 1992);  
 A/CN.9/WG.IV/WP.53, párrs. 46 a 55;  
 A/CN.9/350, párrs. 79 a 83;  
 A/CN.9/333, párrs. 29 a 41;  
 A/CN.9/265, párrs. 27 a 48.

#### Capítulo III. Comunicación [grabaciones] [mensajes] de datos

#### Artículo 10. Eficacia de [las grabaciones] [los mensajes] de datos

1) Se entenderá que el [expedidor] [iniciador] ha aprobado el contenido de [las grabaciones] [los mensajes] de datos [o la alteración o la revocación de [las grabaciones] [los mensajes] de datos cuando hayan sido emitidos por el [expedidor] [iniciador] o por otra persona facultada para actuar en nombre del [expedidor] [iniciador] con respecto a [esas grabaciones] [esos mensajes] de datos.

[2] Entre el [expedidor] [iniciador] y el destinatario, se entenderá que [la grabación] [el mensaje] de datos es del [expedidor] [iniciador] si el destinatario aplicó debidamente el procedimiento previamente acordado con el [expedidor] [iniciador] para verificar que [la

grabación] [el mensaje] de datos era [la grabación] [el mensaje] de datos de este último.]

(3) Se entenderá que el [expedidor] [iniciador] del que no se entienda que ha aprobado [la grabación] [el mensaje] de datos en virtud de los párrafos 1) o 2) lo ha hecho en virtud del presente párrafo cuando:

a) [la grabación] [el mensaje] de datos que reciba el destinatario sea resultado de actos de una persona cuya relación con el [expedidor] [iniciador] o con cualquier agente del [expedidor] [iniciador] permitió a esa persona tener acceso al procedimiento de autenticación del [expedidor] [iniciador]; o

b) el destinatario verificó la autenticación por un método razonable en todas las circunstancias.]

(4) El [expedidor] [iniciador] y el destinatario de [la grabación] [el mensaje] de datos podrán convenir en que se considerará que el destinatario ha aprobado [la grabación] [el mensaje] de datos aunque la autenticación no sea [comercialmente] razonable en las circunstancias del caso.)

5) Cuando en virtud del presente artículo se entienda que un [expedidor] [iniciador] ha aprobado el contenido de [la grabación] [el mensaje] de datos, se entenderá que ha aprobado el contenido del mensaje recibido por el destinatario. Sin embargo cuando [la grabación] [el mensaje] de datos contenga un error, o reproduzca un error de [una grabación] [un mensaje] anterior, no se entenderá que el [expedidor] [iniciador] ha aprobado el contenido de [la grabación] [el mensaje] de datos en virtud del presente artículo, en la medida en que [la grabación] [el mensaje] de datos sea erróneo, si el destinatario conocía ese error o el error hubiera tenido que resultar evidente de haber puesto una atención razonable o utilizado cualquier procedimiento de verificación acordado.

[El párrafo 5) se aplica tanto a los errores o discrepancias de un mensaje de alteración o revocación como a los errores o discrepancias en [la grabación] [el mensaje] de datos].

(6) El hecho de que se entienda que [una grabación] [un mensaje] de datos es efectivamente del [expedidor] [iniciador] no dará significación jurídica a [esa grabación] [ese mensaje] de datos.

#### Referencias

- A/CN.9/387, párrs. 110 a 132 (26.º período de sesiones, 1993);  
A/CN.9/WG.IV/WP.57, artículo 10;  
A/CN.9/373, párrs. 109 a 115 (25.º período de sesiones, 1993);  
A/CN.9/WG.IV/WP.55, párrs. 82 a 86.

#### Artículo 11. Acuse de recibo

1) Cuando al enviar un [mensaje] de datos o antes de hacerlo, o por medio de ese [mensaje] de datos, el [expedidor] [iniciador] haya solicitado acuse de recibo, pero el [expedidor] [iniciador] no haya solicitado que

ese acuse de recibo se dé en forma determinada, toda solicitud de acuse de recibo podrá atenderse mediante cualquier comunicación o conducta del destinatario que baste para indicar al [expedidor] [iniciador] que el mensaje ha sido recibido.

2) Cuando, al transmitir un mensaje de datos o antes de hacerlo, o por medio de ese mensaje de datos, el [expedidor] [iniciador] haya solicitado acuse de recibo [y manifestado que el mensaje de datos no producirá efectos hasta que se reciba ese acuse de recibo], el destinatario no podrá confiar en el mensaje, para cualquier fin para el que de otro modo podría confiar, hasta que el [expedidor] [iniciador] haya recibido el acuse de recibo.

3) Si el [expedidor] [iniciador] no recibe el acuse de recibo dentro del plazo [convenido o requerido o dentro de un plazo razonable] podrá, tras notificar sin demora al destinatario al efecto, considerar el mensaje de datos como si no se hubiera recibido.

4) El acuse de recibo, cuando lo reciba el [expedidor] [iniciador], constituirá [prueba concluyente] [una presunción] de que el mensaje a que se refiere ha sido recibido [y, cuando se requiera confirmación de la sintaxis, de que el mensaje era sintácticamente correcto]. Queda fuera del alcance de las presentes reglas el determinar otros posibles efectos jurídicos de un acuse de recibo funcional.

#### Referencias

- A/CN.9/387, párrs. 133 a 144 (26.º período de sesiones, 1993);  
A/CN.9/WG.IV/WP.57, artículo 11;  
A/CN.9/373, párrs. 116 a 122 (25.º período de sesiones, 1993);  
A/CN.9/WG.IV/WP.55, párrs. 87 a 93;  
A/CN.9/360, párr. 125 (24.º período de sesiones, 1992);  
A/CN.9/WG.IV/WP.53, párrs. 80 y 81;  
A/CN.9/350, párr. 92;  
A/CN.9/333, párrs. 48 y 49.

#### Artículo 12. Perfeccionamiento de contratos

1) En el marco del perfeccionamiento de contratos, salvo acuerdo en contrario de las partes, la oferta y la aceptación de la oferta podrán expresarse por medio de [grabaciones] [mensajes] de datos. Cuando un contrato se perfeccione por medio de [grabaciones] [mensajes] de datos, no se le denegará validez o exigibilidad por la sola razón de que se haya celebrado por esos medios.

(2) El contrato celebrado mediante [grabaciones] [mensajes] de datos se perfeccionará en el momento [y en el lugar] en que el destinatario reciba o se entienda que ha recibido en virtud del artículo 13 [la grabación] [el mensaje] de datos que entrañe la aceptación de una oferta].

#### Referencias

- A/CN.9/387, párrs. 145 a 151 (26.º período de sesiones, 1993);  
A/CN.9/WG.IV/WP.57, artículo 12;

A/CN.9/373, párrs. 126 a 133 (25.º período de sesiones, 1993);

A/CN.9/WG.IV/WP.55, párrs. 95 a 108;

A/CN.9/360, párrs. 76 a 95 (24.º período de sesiones, 1992);

A/CN.9/WG.IV/WP.53, párrs. 67 a 78;

A/CN.9/350, párrs. 93 a 108;

A/CN.9/333, párrs. 60 a 75.

Artículo 13. *Tiempo y lugar de recepción de [una grabación] [un mensaje] de datos*

1) *Salvo acuerdo en contrario entre el [expedidor] [iniciador] y el destinatario de [una grabación] [un mensaje] de datos [y salvo disposición en contrario de otra ley aplicable], se considerará que el destinatario ha recibido [la grabación] [el mensaje] de datos*

a) *[a reserva de lo dispuesto en el inciso b) del presente artículo,] en el momento en que [la grabación] [el mensaje] de datos entre en el sistema de información del destinatario o designado por él de tal forma que el destinatario pueda recuperarlos, o cuando [la grabación] [el mensaje] de datos hubieran entrado en el sistema de información y hubieran podido recuperarse si el sistema de información del destinatario hubiera funcionado debidamente;*

[b) *si [la grabación] [el mensaje] de datos está en forma que requiera producción, decodificación u otro tratamiento para resultar inteligible para el destinatario, en el momento en que termine ese tratamiento o en que hubiera cabido esperar razonablemente que el tratamiento terminara.]*

2) *Salvo acuerdo en contrario entre el [expedidor] [iniciador] y el destinatario de [una grabación] [un mensaje] de datos [y salvo disposición en contrario de otra ley aplicable], se considerará que el destinatario ha recibido [la grabación] [el mensaje] de datos en el lugar en que tenga su establecimiento; cuando el destinatario tenga más de un establecimiento, se considerará que ha recibido [la grabación] [el mensaje] de datos en el establecimiento que tenga una relación más estrecha con el contenido de [la grabación] [el mensaje] de datos.*

Referencias

A/CN.9/387, párrs. 152 a 163 (26.º período de sesiones, 1993);

A/CN.9/WG.IV/WP.57, artículo 13;

A/CN.9/373, párrs. 134 a 146 (25.º período de sesiones, 1993);

A/CN.9/WG.IV/WP.55, párrs. 95 a 108;

A/CN.9/360, párrs. 76 a 95 (24.º período de sesiones, 1992);

A/CN.9/WG.IV/WP.53, párrs. 67 a 78;

A/CN.9/350, párrs. 93 a 108;

A/CN.9/333, párrs. 60 a 75.

Artículo 14. *Archivo de [grabaciones] [mensajes] de datos*

1) *Cuando la ley requiera que ciertas informaciones se conserven archivadas, esa obligación podrá*

*satisfacerse conservando las informaciones en forma de [grabaciones] [mensajes] de datos, siempre que se cumpla con los requisitos de los párrafos 2) y 3).*

[2) *El [expedidor] [iniciador] archivará [las grabaciones] [los mensajes] de datos en el formato transmitido, y el destinatario en el formato en que los recibió.]*

[3) *[Las grabaciones] [los mensajes] de datos serán de fácil acceso y deberán poder reproducirse en forma legible para el hombre y, de ser necesario, en forma impresa. La persona que archive la información en forma de [grabaciones] [mensajes] de datos deberá facilitar el equipo operacional necesario a estos efectos.*

Referencias

A/CN.9/387, párrs. 164 a 168 (26.º período de sesiones, 1993);

A/CN.9/WG.IV/WP.57, artículo 14;

A/CN.9/373, párrs. 123 a 125 (25.º período de sesiones, 1993);

A/CN.9/WG.IV/WP.55, párr. 94.

[Artículo 15. *Responsabilidad*

1) *Cada parte responderá de los daños y perjuicios derivados directamente de la inobservancia de cualquiera de las disposiciones de las reglas uniformes excepto en el caso de que la parte se vea impedida por alguna circunstancia ajena a su voluntad y que no cabría razonablemente esperar que se tuviera en cuenta en el momento en que esa parte expidió y recibió [grabaciones] [mensajes] de datos, o cuyas consecuencias no podían ser evitadas ni superadas.*

2) *Si una parte contrata con un intermediario la prestación de servicios como la transmisión, la anotación o la tramitación de [una grabación] [un mensaje] de datos, la parte que contrató con ese intermediario responderá de los daños y perjuicios derivados directamente de los actos, incumplimientos u omisiones del intermediario en la prestación de dichos servicios.*

3) *Si una parte requiere de otra que utilice servicios de un intermediario para efectuar la transmisión, la anotación o la tramitación de [una grabación] [un mensaje] de datos, la parte que lo requiera responderá ante la otra de los daños y perjuicios derivados directamente de los actos, incumplimientos u omisiones del intermediario en la prestación de dichos servicios.]*

Referencias

A/CN.9/387, párrs. 169 a 176 (26.º período de sesiones, 1993);

A/CN.9/WG.IV/WP.57, artículo 15;

A/CN.9/373, párrs. 148 a 152 (25.º período de sesiones, 1993);

A/CN.9/WG.IV/WP.55, párrs. 114 a 123;

A/CN.9/360, párrs. 97 a 103 (24.º período de sesiones, 1992);

A/CN.9/WG.IV/WP.53, párrs. 82 y 83;

A/CN.9/350, párrs. 101 a 103;

A/CN.9/333, párr. 76.

## IV. ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

### Proyecto de Directrices para las reuniones preparatorias del proceso arbitral: informe del Secretario General

(A/CN.9/396 y A/CN.9/396/Add.1) [Original: inglés]

#### [A/CN.9/396]

1. En su 26.º período de sesiones, celebrado en 1993, la Comisión examinó una nota de la Secretaría titulada "Directrices para la celebración de conferencias previas a las audiencias en el procedimiento arbitral" (A/CN.9/378/Add.2)<sup>1</sup>. La nota fue redactada a raíz de una sugerencia formulada en el Congreso sobre Derecho Mercantil Internacional que la CNUDMI celebró en Nueva York del 18 al 22 de mayo de 1992, en el contexto de su 25.º período de sesiones, bajo el lema "Hacia un derecho mercantil uniforme en el siglo XXI".

2. Esa nota, tras indicar la conveniencia de observar los principios de discreción y flexibilidad en la dirección del proceso arbitral, hacía ver que en algunas circunstancias esos principios podían dificultar que los participantes en un

arbitraje se prepararan para las diversas fases del proceso arbitral. Además, se describía cómo se podían evitar esos problemas celebrando en una fase temprana del procedimiento arbitral una reunión preparatoria del proceso en la que estudiar y planear las actuaciones. Además, la nota proponía que la Comisión preparase directrices para esas reuniones preparatorias y en ella se formulaba una lista provisional de los temas que esas directrices podían abordar.

3. La Comisión pidió a la Secretaría que preparase un proyecto de directrices para su examen y aprobación en el 27.º período de sesiones de 1994, o en el 28.º período de sesiones de 1995, de la Comisión<sup>2</sup>.

4. La adición 1 del presente documento contiene el primer proyecto de Directrices para las reuniones preparatorias del proceso arbitral, preparado a instancias de la Comisión.

<sup>1</sup>Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/48/17), párrs. 291-296.

<sup>2</sup>*Ibid.*, párrs. 293 y 296.

#### [A/CN.9/396/Add.1]

### ÍNDICE

	<i>Página</i>
INTRODUCCIÓN .....	228
I. CONSIDERACIONES GENERALES .....	228
A. Antecedentes .....	228
B. La noción de "reunión preparatoria" .....	229
C. Finalidad y carácter jurídico de las Directrices .....	229
D. Conexión entre las Directrices y el reglamento de arbitraje .....	229
II. CONVOCATORIA Y DIRECCIÓN DE LA REUNIÓN PREPARATORIA .....	230
A. Casos en los que sería conveniente una reunión preparatoria .....	230
B. Etapa en la que conviene celebrar la reunión preparatoria .....	231
C. Decisiones adoptadas en una reunión preparatoria .....	231
III. LISTA ANOTADA DE POSIBLES TEMAS PARA UNA REUNIÓN PREPARATORIA .....	231
[A. Régimen del proceso arbitral] .....	232
[B. Competencia y composición del tribunal arbitral] .....	232
C. Posibilidad de resolver por acuerdo de controversia .....	232
D. Definir los puntos controvertidos y el orden para su examen .....	232
E. Cuestiones de hecho o de derecho no controvertidas .....	234
F. Disposiciones relativas a la prueba documental .....	234

	<i>Página</i>
G. Disposiciones relativas a las pruebas materiales .....	235
H. Disposiciones relativas a la prueba de testigos .....	235
I. Disposiciones relativas a la prueba pericial .....	237
J. Disposiciones relativas a la presentación de escritos .....	238
K. Detalles prácticos relativos a los escritos y elementos de prueba .....	239
L. Vistas .....	239
M. Idioma de las actuaciones .....	241
N. Apoyo administrativo .....	241
O. Secretario o escribano de un tribunal arbitral .....	241
P. Lugar de arbitraje .....	242
Q. Normas imperativas aplicables al proceso arbitral .....	242
R. Arbitraje multilateral .....	243
S. Suma depositada para sufragar las costas procesales .....	244
T. Otras cuestiones de procedimiento .....	244

## INTRODUCCIÓN

[...]

### I. CONSIDERACIONES GENERALES

#### A. Antecedentes

1. El reglamento de arbitraje al que remiten las partes suele dejar al tribunal un amplio margen de discrecionalidad y flexibilidad para la dirección del proceso. Esto es particularmente cierto para los trámites posteriores a la constitución del tribunal arbitral y previos a la emisión del laudo, que es cuando se intercambian diversos documentos, se celebran las vistas y se practican las pruebas. Un notable ejemplo de ello es el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, que dispone en su artículo 15 1):

“1. Con sujeción a lo dispuesto en el presente Reglamento, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que, en cada etapa del procedimiento, se dé a cada una de las partes plena oportunidad de hacer valer sus derechos.”

2. Este principio de flexibilidad y discrecionalidad está sujeto a dos tipos de limitaciones. En primer lugar, el tribunal no gozará de discrecionalidad en la medida en que el propio reglamento le imponga determinada solución. El Reglamento de la CNUDMI enuncia esta limitación en la frase introductoria del artículo 15 1): “Con sujeción a lo dispuesto en el presente Reglamento”. En segundo lugar, el tribunal deberá respetar las normas de derecho procesal que sean aplicables al arbitraje e imperativas para el tribunal.

3. Esta discrecionalidad o flexibilidad suele ser considerada beneficiosa y es una de las razones que hacen atractivo al arbitraje como método para resolver controversias comerciales. La utilidad de este principio está en que el

tribunal arbitral podrá adaptar la modalidad del proceso a las circunstancias de la controversia, dirigirlo conforme al estilo procesal preferido por las partes y los propios árbitros, y planificar las actuaciones.

4. De no planificar el tribunal el proceso o de ser la planificación insuficiente, las actuaciones pueden resultar, particularmente en el arbitraje internacional, imprevisibles, sorprendentes o difíciles de preparar para alguna de las partes, su letrado o algún miembro del propio tribunal, lo que daría ocasión a malentendidos, demoras y un mayor costo del proceso.

5. La planificación de las actuaciones puede ser particularmente útil en el arbitraje internacional, en el que es más probable que alguno de los árbitros o de las partes haya previsto de modo distinto el curso del proceso. Las peculiaridades nacionales de derecho procesal a los que los árbitros, las partes o los letrados estén acostumbrados explican fácilmente esa diversidad de previsiones. Cabe incluso que las expectativas difieran aun cuando los participantes en el arbitraje procedan de países con ordenamientos similares, debido a que los árbitros y otros profesionales del arbitraje comercial internacional se ven cada vez más expuestos a diversas prácticas procesales y a que muchos de ellos han desarrollado sus propios métodos procesales de índole ecléctica.

6. A fin de planificar la dirección de las actuaciones, algunos árbitros juzgan conveniente celebrar, en una etapa temprana del proceso, una reunión entre los participantes en el arbitraje. En esa reunión, denominada en adelante “reunión preparatoria”, se estudian algunas decisiones procesales idóneas y se aclaran detalles de procedimiento para que el proceso subsiguiente sea más pronosticable y ágil y menos costoso.

7. Muchos reglamentos de arbitraje internacionales muy difundidos no han previsto esa reunión preparatoria, pero

esté o no prevista en el reglamento aplicado se acostumbra a convocar en la práctica una reunión de esta índole. Ello indica que los tribunales consideran que la decisión de convocar esa reunión cae dentro de la competencia procesal genérica del tribunal arbitral de dirigir el proceso conforme juzgue apropiado.

8. La índole confidencial del arbitraje dificulta la evaluación de la difusión de esta práctica de la reunión preparatoria. Al decir de los profesionales estas reuniones son frecuentes en el arbitraje internacional. Parece ser que la práctica de la reunión preparatoria está particularmente difundida en los regímenes procesales en los que la función del tribunal arbitral es más la de un moderador de las actuaciones que la de un investigador activo, por lo que conforme a estos regímenes las partes han de asumir una parte considerable de las iniciativas procesales. No obstante, en vista de las ventajas que cabe esperar de una planificación del proceso, especialmente de ser probable que difieran las expectativas de las partes o de los árbitros sobre la manera de dirigir el proceso, puede ser útil celebrar una reunión preparatoria cualquiera que sea el marco del arbitraje.

9. Dado que no parece haber objeciones de principio a la práctica de la reunión preparatoria y que muchos comentaristas pregonan su utilidad, cabe prever como probable que la reunión preparatoria se difunda aún más en el arbitraje, incluso en lugares donde no haya sido habitual.

### B. La noción de "reunión preparatoria"

10. Se utiliza más de un término para designar a las reuniones preparatorias del arbitraje. En la práctica de diversos países se emplean expresiones muy variadas como las de "conferencia previa a la vista", "reunión preliminar", "examen previo al proceso", "conferencia administrativa" u otros términos similares. El empleo de uno u otro término puede depender en parte de la etapa del proceso en la que se vaya a celebrar la reunión. Por ejemplo, se califica de "preliminar" la reunión que se celebra al poco tiempo de presentarse la solicitud inicial de arbitraje, cuando el tribunal arbitral no conoce aún todos los elementos ni de la demanda ni de la contestación; en la práctica de algunas instituciones arbitrales se la denomina reunión "administrativa". Se suele denominar reunión "previa a la vista" la que se celebra cuando ya se conoce plenamente la demanda y la contestación y cuando la finalidad principal de la reunión sea la de preparar la vista. La llamada "recapitulación previa a la vista" suele tener por objeto examinar los preparativos de las partes para la vista a la luz de las decisiones procesales previamente adoptadas.

11. En las presentes Directrices se ha optado por "reunión preparatoria" como término genérico que refleja la finalidad de esta reunión en todas las etapas del proceso y vaya o no a ser administrado el arbitraje por una institución arbitral. No se ha optado por la denominación empleada por alguna institución o lugar de arbitraje tradicional por no haberse universalizado ninguna y por poder ser interpretada como un respaldo indebido a alguna práctica particular.

### C. Finalidad y carácter jurídico de las Directrices

12. La preparación de las Directrices se debe a que, en circunstancias apropiadas, puede ser conveniente celebrar una reunión preparatoria del proceso arbitral y a que la disponibilidad de unas directrices internacionales armonizadas ayudaría a los interesados a decidir si conviene o no celebrar una reunión preparatoria y sobre la manera de prepararla y celebrarla.

13. Estas Directrices explican cuáles deben ser los objetivos de una reunión preparatoria y sirven como recordatorio de los temas que deben considerarse en esas reuniones. Las Directrices no son una guía completa del contenido de las decisiones que tal vez hayan de adoptarse en esas reuniones. Si bien se mencionan a título ilustrativo algunas opciones para ciertas decisiones, las Directrices no pretenden ofrecer una gama completa de posibles soluciones. La práctica del arbitraje internacional está demasiado diversificada para poder reflejar en las Directrices todos sus aspectos o posibles soluciones. Por ello, para el buen desarrollo del proceso arbitral, los árbitros y las partes requerirán un conocimiento más perfecto de la normativa y la práctica del arbitraje que el que pueda darles la lectura de las Directrices.

14. Por no ser la reunión preparatoria una práctica que esté difundida por igual en todas las regiones y lugares de arbitraje, las Directrices contribuirán a difundir el conocimiento práctico del arbitraje, promoviendo así gradualmente una mejor comprensión y una mayor armonización del procedimiento arbitral internacional.

### D. Conexión entre las Directrices y el reglamento de arbitraje

15. Las Directrices no son una norma a la que sea posible hacer remisión y de remitirse a ellas como pauta para una reunión preparatoria no se obligaría en nada ni al tribunal ni a las partes respecto de la selección de los temas o la adopción de las decisiones de esa reunión. Por ello, la reunión preparatoria se habrá de celebrar conforme al reglamento de arbitraje al que las partes hagan remisión.

16. El recurso a las Directrices no supone modificación alguna del reglamento a cuyo régimen las partes hayan sometido el arbitraje. No obstante, durante la reunión preparatoria se podrá precisar algún detalle o requisito que complementa o que incluso modifique en algo el régimen de ese reglamento.

[17. Dado que el procedimiento arbitral está fundado en la autonomía de las partes para convenir en un reglamento o para facultar a los árbitros para seleccionarlo, nada cabe aducir en principio contra la complementación o modificación de ese reglamento. No obstante, ese principio admite dos reservas. En primer lugar, de ser administrado el arbitraje por una institución arbitral, esa institución podrá reservarse el derecho de denegar su aprobación a cualquier modificación propuesta. De hecho, algunas instituciones se han mostrado reacias a permitir que el régimen de su reglamento sea modificado. En segundo lugar, conviene

pensarlo bien antes de modificar alguna regla de un reglamento. Las partes deben recordar que las reglas de un reglamento forman un cuerpo, de modo que la modificación de alguna de ellas podría afectar al régimen en su conjunto de forma imprevista o inadecuada. Además, al definir el reglamento los deberes y prerrogativas del tribunal, los árbitros se sentirán afectados por su eventual modificación, por lo que se recomienda no modificar regla alguna sin haber consultado con el tribunal.]

18. Debe tenerse presente que la reunión preparatoria no podrá adoptar ninguna decisión que contradiga en algo alguna norma imperativa de la ley aplicable al arbitraje.

## II. CONVOCATORIA Y DIRECCIÓN DE LA REUNIÓN PREPARATORIA

19. Cabe señalar de entrada que, de celebrarse una reunión preparatoria, su organización y orden del día y la manera de celebrarla deberán ser conformes a las circunstancias del caso y al principio de flexibilidad o discrecionalidad por el que se rige en general el arbitraje. Más aún, el tribunal arbitral deberá velar por evitar que la reunión preparatoria suponga alguna carga administrativa o costa procesal indebida.

20. La reunión preparatoria suele ser convocada a iniciativa del tribunal arbitral o de su presidente, generalmente tras haber consultado con las partes. La facultad del tribunal arbitral para convocar una reunión preparatoria dependerá de las prerrogativas procesales del tribunal definidas por la norma procesal aplicable o por el reglamento al que se haya hecho remisión. El derecho procesal y los reglamentos de arbitraje acostumbra a facultar al tribunal para convocar esa reunión. En algunos reglamentos de arbitraje se regula expresamente la convocatoria de reuniones preparatorias del tipo previsto en las Directrices.

21. Tal vez alguna parte dude de la utilidad, o se oponga a la celebración, de una reunión preparatoria. Esa actitud será tenida en cuenta por el tribunal arbitral al considerar la conveniencia de celebrarla, ya que una actitud negativa podría ser indicio de que la reunión no alcanzaría plenamente sus objetivos.

22. Puede haber casos, sin embargo, en los que el tribunal decida celebrar una reunión preparatoria pese a las reservas u objeciones de una de las partes. Tal sería el caso si el tribunal desea no adoptar alguna decisión procesal sin haber dado oportunidad a las partes de expresar su parecer al respecto. De no acudir alguna de las partes a la reunión preparatoria, el tribunal arbitral decidirá si procede celebrarla y tomar las decisiones procesales sin oír el parecer de esa parte. Para que una reunión procesal pueda celebrarse en ausencia de una de las partes será preciso, conforme a los principios generales del procedimiento arbitral, que esa parte haya recibido el correspondiente aviso y no haya aducido algún motivo suficiente para no comparecer. La suficiencia del motivo alegado deberá ser valorada a la luz de las circunstancias del caso y de las normas de equidad. De no comparecer alguna parte a la que se dio aviso sin que ésta haya notificado su intención de no comparecer, sería prudente no hacer nada sin haber tratado de averiguar el motivo para la ausencia de esa parte.

[23. Normalmente participarán en la reunión preparatoria las propias partes y los abogados o algún otro representante de las partes. En ocasiones, sin embargo, el tribunal arbitral tal vez indique en la invitación que, en vista de los temas a examinar, bastará con que los abogados de las partes estén presentes. Por ejemplo, podría bastar con la presencia de los abogados de irse a examinar únicamente cuestiones de procedimiento o reglas prácticas relativas a los escritos de las partes o a las medidas de apoyo administrativo.]

24. A menudo, la decisión de planificar el proceso arbitral significa que los participantes habrán de reunirse en el lugar del arbitraje o en algún otro lugar apropiado. En ocasiones, especialmente de irse a considerar únicamente algunas cuestiones procesales, tal vez sea suficiente que las consultas se celebren por algún medio de telecomunicación bajo la coordinación del presidente del tribunal arbitral.

### A. Casos en los que sería conveniente una reunión preparatoria

25. Aun cuando sea habitual y necesario planificar el proceso, la celebración de una reunión preparatoria pudiera no ser necesaria. De hecho, en muchos arbitrajes el tribunal planifica el proceso sin convocar para ello ninguna reunión especial. Tal vez se decida no convocar una reunión preparatoria de conocer los participantes bastante bien cómo se ha de desarrollar el proceso, de no ser probable que los participantes discrepen sobre cómo ha de celebrarse el proceso o de ser el caso relativamente sencillo. En esos casos las Directrices podrán ser útiles para recordar al tribunal cuáles son las cuestiones que convendría resolver pronto.

26. La conveniencia de convocar una reunión preparatoria dependerá de que el tiempo y el gasto que ocasione vayan a ser compensados por los beneficios previsibles en términos de mayor pronosticabilidad del proceso, mejor comprensión de sus trámites por los participantes, mayor eficiencia de las vistas y mejor atmósfera procesal. Además del tiempo y gasto que suponga esa reunión deberán tenerse en cuenta otras dos consideraciones.

27. Tal vez se considere que las partes no tienen una idea lo bastante clara del proceso que se ha de celebrar por lo que convendría un intercambio personal de opiniones que las orientara lo antes posible. Lo mismo cabría decir de no estar los árbitros, las partes y la asistencia letrada habituados al mismo estilo procesal, por lo que diferirán sus expectativas sobre el curso de los trámites a seguir (véase lo dicho en el párrafo 5 *supra*).

28. También sería de tener en cuenta la complejidad procesal del caso en términos, por ejemplo, de la duración previsible de las vistas, del número de testigos que hayan de deponer, de la amplitud o índole de las pruebas periciales que se hayan de practicar, de la probabilidad de que se celebren vistas en más de un lugar, del número de pruebas a valorar, de la amplitud de la documentación que haya de ser tramitada, o de los problemas lingüísticos que habrán de ser resueltos. Cuanto más complejo sea el caso, tanto más conveniente será convocar una reunión preparatoria para coordinar y planificar los trámites y para adaptarlos a las circunstancias del caso.

## B. Etapa en la que conviene celebrar la reunión preparatoria

29. No cabe enunciar ninguna directriz general sobre la etapa del proceso arbitral en la que sería más conveniente celebrar la reunión preparatoria. De no contener la solicitud de arbitraje inicial del demandante todos los supuestos de hecho y de derecho del caso, cabe preguntarse si procede que, a raíz de ella, el tribunal arbitral convoque una reunión preparatoria o si no sería preferible demorarla hasta poco después de que las partes hayan presentado todos sus alegatos. En algunos casos, se considera conveniente celebrar la reunión antes de que las partes hayan completado la presentación de su caso. En otros casos, se considera preferible convocar la reunión poco después de que las partes hayan presentado sus escritos de demanda y de contestación.

30. La etapa en que se celebre la reunión preparatoria influirá en el alcance de los temas que habrán de examinarse en ella. Cuando la reunión se celebre antes de haberse presentado plenamente los alegatos de las partes, el temario de la reunión será más limitado y es poco probable que aborde, salvo en términos poco precisos, cuestiones como la definición de los puntos controvertidos, la programación de la práctica de la prueba, la declaración de las cuestiones o de los hechos no controvertidos, o la preparación de las vistas. Como tema probable de una reunión temprana cabe citar la preparación de la documentación complementaria de los escritos de demanda y de contestación.

31. En supuestos excepcionales, es decir casos de arbitraje muy complejos, cabría celebrar más de una reunión preparatoria. Dado que los gastos y el tiempo requeridos son un grave obstáculo, la conveniencia de celebrar más de una reunión se dará más fácilmente de residir los participantes cerca del lugar del arbitraje. Tal vez se haya planeado desde un principio más de una reunión o tal vez sea el desarrollo del proceso lo que decida al tribunal a convocar una reunión adicional. Cabría, por ejemplo, convocar una reunión adicional para ver si las partes han conseguido aplicar cierta decisión procesal anterior y adoptar medidas correctoras de ser preciso.

32. A menudo las decisiones adoptadas a raíz de una reunión preparatoria obligan a dejar cierto intervalo entre la reunión y la próxima etapa del proceso arbitral. Durante ese intervalo, las partes deberán aplicar las decisiones adoptadas y prepararse para el proceso. No obstante, con frecuencia se preparan y programan medidas procesales en una reunión celebrada con escasa o ninguna antelación a la vista sobre el fondo de la controversia, pero el alcance de esa labor preparatoria tan cercana a la vista ha de ser limitado ya que no podrá abordar cuestiones procesales cuya preparación lleve tiempo.

## C. Decisiones adoptadas en una reunión preparatoria

[33. La reunión preparatoria tiene por objeto facilitar la adopción de decisiones sobre el curso que se ha de dar a las actuaciones arbitrales subsiguientes. La mayoría de esas decisiones serán de índole procesal, pero algunas tal vez incidan sobre el fondo de la controversia (por ejemplo, la determinación de los puntos controvertidos, o el acuerdo

entre las partes de que ciertos hechos o cuestiones no son controvertidos).]

34. Existen diversas maneras de tomarse y consignarse las decisiones. Conforme a una de ellas, el tribunal arbitral adopta sus decisiones tras haber consultado con las partes y emite su decisión en forma de un mandato procesal. Conforme a otra, que será posible de estar las partes dispuestas a llegar a un acuerdo sobre una o más cuestiones, se ha de consignar el contenido de ese acuerdo o bien en un documento firmado por las partes o bien en un documento preparado y emitido por el propio tribunal en el que se refleje el acuerdo de las partes.

35. Difieren entre sí estas dos maneras de proceder en que suele ser más expeditivo que el tribunal adopte por sí mismo las decisiones sin tratar de llegar a un acuerdo con las partes sobre el texto de las mismas. Difieren también en cómo se ha de proceder para modificar una decisión emanada de una reunión preparatoria ya que, mientras que la decisión procesal del tribunal arbitral podrá ser modificada por el propio tribunal, el acuerdo procesal de las partes sólo podrá modificarse de convenir en ello las partes.

36. El grado de pormenorización de las decisiones procesales varía en la práctica, ya que algunos árbitros tienden a formular un conjunto completo y pormenorizado de decisiones procesales mientras que otros prefieren formular decisiones más genéricas que el tribunal pormenorizará según convenga en el curso del proceso. Al decidir al respecto, conviene no olvidar que es más probable que una decisión específica y detallada haya de ser modificada de cambiar las circunstancias.

## III. LISTA ANOTADA DE POSIBLES TEMAS PARA UNA REUNIÓN PREPARATORIA

37. Para que las partes puedan preparar y participar eficientemente en una reunión preparatoria es conveniente que se les dé por adelantado el orden del día de la reunión. El orden del día suele ser preparado por el tribunal arbitral o por su presidente que, en ocasiones, solicitará el parecer de las partes sobre los puntos que deban figurar en el mismo.

38. Suele ser aconsejable que el tribunal arbitral dirija la reunión preparatoria conforme al orden del día anunciado. Para asegurar la buena marcha de la reunión deben evitarse temas que los participantes no hayan preparado, si bien puede ser conveniente conservar cierto grado de flexibilidad para que pueda examinarse algún tema no anunciado de desearlo el tribunal.

39. Las secciones A a T del presente capítulo son una lista de temas que el tribunal arbitral podría incluir en el orden del día de una reunión preparatoria. La lista trata de ser completa para servir de recordatorio del mayor número posible de circunstancias. Se recuerda, no obstante, que al preparar el orden del día deberán tenerse presentes las circunstancias particulares del caso y que en muchos arbitrajes bastará con considerar unas cuantas de las cuestiones mencionadas en la lista. La lista no pretende ser exhaustiva y puede haber otras cuestiones que los participantes deseen examinar en una reunión del tipo considerado por estas Directrices.

### [A. Régimen del proceso arbitral]

*Orden del día:* De no haber convenido las partes en un reglamento de arbitraje, preguntar si desean hacerlo.

#### *Observaciones*

1. En ocasiones las partes se olvidan de estipular en la cláusula compromisoria el reglamento por el que habrá de regirse el proceso arbitral. Ello puede ser debido a que al concertar el acuerdo de arbitraje las partes no prestaron atención a este aspecto o a que no deseaban prolongar la negociación o deseaban que fuera el tribunal arbitral o el derecho procesal aplicable el que decidiera este asunto.

2. Es aconsejable cerciorarse de que ambas partes desean considerar la posibilidad de convenir en un reglamento de arbitraje, ya que de lo contrario la iniciativa del tribunal al respecto daría lugar a una discusión innecesaria o crearía la impresión de que el tribunal no está satisfecho con el contenido del acuerdo de arbitraje o de que los árbitros tropiezan con alguna dificultad. De descubrirse, suscitada ya la cuestión, que no es fácil llegar a un acuerdo, sería aconsejable que el tribunal corte las deliberaciones al respecto y proceda sobre la base de la cláusula compromisoria o del derecho procesal aplicable.]

### [B. Competencia y composición del tribunal arbitral]

*Orden del día:* Averiguar si alguna parte tiene algo que objetar a la competencia o a la composición del tribunal arbitral.

#### *Observaciones*

No es siempre aconsejable suscitar la cuestión de la competencia o de la composición del tribunal arbitral, pues con ello se puede dar la impresión errónea de que están en duda la competencia o la composición del tribunal, lo que podría ser utilizado por alguna parte para obstaculizar el proceso. Su posible ventaja estaría en que toda cuestión, duda u objeción que alguna parte pueda abrigar al respecto sería abordada y resuelta en una fase temprana del proceso. Además, el dejar constancia de que se ha resuelto alguna cuestión de competencia o composición del tribunal o de que no se ha planteado cuestión alguna al respecto, podrá servir a alguna de las partes para invalidar alguna objeción ulterior de la otra parte al respecto.]

### C. Posibilidad de resolver por acuerdo de controversia

*Orden del día:* Averiguar si las partes están dispuestas a informar al tribunal arbitral de cualquier negociación emprendida para solucionar la controversia y si esa negociación debe afectar al calendario del proceso arbitral.

#### *Observaciones*

[1. Las partes tal vez no estén de acuerdo en que el tribunal sea informado de alguna negociación ya celebrada o

por celebrar para resolver la controversia. Sucede a menudo que alguna o las dos partes desean llevar esa negociación por separado del arbitraje y no desean que el tribunal arbitral sea informado ni de la negociación ni de su contenido. En otros casos, las partes tal vez deseen que el tribunal arbitral esté al corriente de la negociación en curso o que se tiene previsto entablar para resolver la controversia. Puede ser conveniente informar al tribunal de esa negociación para que la tenga en cuenta al fijar las fechas del arbitraje y en ocasiones las partes tal vez deseen los buenos oficios de los árbitros en la negociación para facilitar el acuerdo.]

[2. De intervenir algún árbitro en la solución de una controversia, difieren los pareceres sobre si su intervención en una tentativa infructuosa de negociar una solución afectará a la idoneidad del árbitro para el ejercicio de su función. Existe el parecer de que las funciones de árbitro y de conciliador no son incompatibles con tal de que la participación del árbitro en la negociación no comprometa su imparcialidad. Conforme a otro parecer, la intervención de una persona como conciliador puede restarle imparcialidad para actuar como árbitro en la misma controversia y existe el parecer de que esa persona debería quedar automáticamente descalificada como árbitro.]

3. Si las partes desean informar al tribunal del estado de su negociación, tal vez deseen que, en aras de una mayor brevedad y eficacia, la reunión preparatoria se limite a indagar lo siguiente:

a) si ha habido o va a haber negociaciones para llegar a una solución, sin entrar a examinar las condiciones eventuales de esa solución, y si esas negociaciones afectarán al calendario del proceso arbitral; y

b) de juzgarse oportuno, averiguar si las partes estarían dispuestas a considerar una tentativa de conciliación en la que un conciliador independiente e imparcial las ayudara a llegar a un acuerdo. De desearlo las partes, tal vez convenga examinar posibles métodos de conciliación (por ejemplo, el método previsto en el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI).

### D. Definir los puntos controvertidos y el orden para su examen

*Orden del día:*

- i) definir los puntos controvertidos entre las partes;
- ii) definir con mayor precisión, de ser ello preciso, la reparación o el remedio que se desea;
- iii) considerar el orden en el que se resolverán los puntos controvertidos.

#### *Observaciones*

##### *Punto i)*

1. Es conveniente que los puntos controvertidos sean definidos lo antes posible en el proceso. Así las partes y sus asesores podrán determinar mejor los hechos no controvertidos y concentrarse en la controversia de fondo para resolver tal vez algunas de las reclamaciones. Con ello, se

ayudará además a los participantes a determinar el método más adecuado para resolver su controversia. Por ejemplo, si la controversia concierne cuestiones de hecho, las partes tendrán interés en obtener pruebas relevantes y el dictamen de algún perito; de no discutirse los hechos sino ciertas cuestiones de derecho, el proceso podría llevarse tal vez sobre la base únicamente de documentos.

2. Para determinar los puntos controvertidos el tribunal podrá valerse de los escritos de las partes. Ahora bien, la habilidad del tribunal para proceder con la debida celeridad dependerá de cómo las partes hayan presentado sus casos. La práctica difiere en lo relativo al contenido, el estilo y la longitud de las exposiciones de las partes, y a la etapa del proceso en que las partes deberán dar a conocer los hechos y presentar las pruebas y los argumentos jurídicos en apoyo de su posición. En algunos regímenes procesales, los alegatos iniciales se limitan básicamente a los hechos, demorándose la argumentación jurídica del caso e incluso la prueba para alguna etapa ulterior del proceso e incluso para la vista. En otros regímenes, se deberá hacer una presentación más completa en la fase inicial del arbitraje, ya que la demanda debe alegar los hechos, hacer remisión a las pruebas y presentar los argumentos jurídicos. La práctica también diverge respecto de la pormenorización de los hechos, de las pruebas y de los argumentos presentados en los escritos de las partes. Para facilitar la determinación de los puntos controvertidos por el tribunal arbitral, conviene dar a las partes en una fase temprana cierta orientación y algunas sugerencias para la preparación de sus escritos señalándoles, por ejemplo, respecto de la estructura, el alcance y la pormenorización deseables (véase más adelante, J, "Disposiciones relativas a la presentación de escritos", punto iv)).

3. Otro método para determinar los puntos controvertidos sería que el tribunal pidiera a las partes que le presenten una lista con esos puntos. De ser poco probable que las partes consigan preparar una lista conjunta, cabría pedir a cada parte una lista de los puntos a su entender controvertidos.

4. Para fines de consulta, suele ser conveniente sistematizar en una lista los puntos controvertidos, con alguna breve indicación de la divergencia. En casos más complejos cabría preparar diversas listas: una, por ejemplo, para las cuestiones de responsabilidad, y otra, que cabría presentar más tarde, para las diversas cuestiones por las que se reclamen daños.

5. Cuando el caso sea particularmente complejo, y no se hayan presentado aún los escritos de demanda y de contestación, la conveniencia de celebrar alguna consulta temprana para armonizar la preparación de los escritos de demanda y de contestación y para determinar los puntos controvertidos sería un buen motivo para convocar una reunión preparatoria tan pronto como se haya constituido el tribunal arbitral. (Véase lo relativo al momento oportuno en II, "Convocatoria y dirección de la reunión preparatoria", párrafos 29 a 32 *supra*.)

*Punto ii)*

[6. La reparación o remedio que el demandante o el contrademandante soliciten deberá ser lo bastante preciso para que el tribunal pueda dictaminar al respecto. No existe

uniformidad de criterios respecto a la precisión con la que se ha de definir en la demanda la reparación o el remedio solicitado. Cabe prever cierta imprecisión de la demanda de no estar el demandante seguro del alcance de sus derechos a tenor de la ley aplicable, prefiriendo por ello que sea el tribunal arbitral quien determine el alcance, e incluso el tipo de la reparación otorgable al demandante.]

[7. Sería aconsejable que el demandante se cerciore de que, su demanda, de ser aceptada, esté formulada en términos conducentes a que se conceda la reparación debida. De no formularse la demanda conforme a los criterios del tribunal, podría suceder que éste sólo se pronuncie sobre aquellos puntos que la demanda haya formulado con precisión.]

8. De estimar el tribunal arbitral que la reparación o el remedio solicitados no son lo bastante precisos, la reunión preparatoria sería tal vez el momento de explicar a las partes la precisión con la que han de formular sus reclamaciones.

*Punto iii)*

9. Tras haber aclarado los puntos controvertidos, el tribunal arbitral tal vez desee fijar el orden en el que serán examinados. Ese orden tal vez venga determinado por la consideración de que alguna cuestión sea preliminar a otra. Por ejemplo, la solución de una cuestión de competencia sería preliminar al examen de cualquier otro punto controvertido o de cuestionarse la existencia de un contrato o la responsabilidad por su incumplimiento, la solución de esa controversia sería preliminar a la eventual concesión de daños por su incumplimiento. Cuando se pide indemnización por diversos conceptos o se alega el incumplimiento de diversos contratos, el orden de examinar y dictaminar sobre cada punto controvertido puede depender del tiempo requerido para cada uno de ellos, de la magnitud del perjuicio invocado, de las probabilidades de éxito de una u otra demanda o del interés relativo de las partes.

[10. Una vez decidido el orden de examen de los puntos controvertidos, el tribunal arbitral tal vez decida emitir un laudo sobre determinada cuestión, dejando las demás cuestiones para un laudo ulterior. En derecho procesal y contractual se habla de laudo "parcial", "provisional" o "interlocutorio" para designar a esos laudos por los que se resuelve alguna de las cuestiones sometidas al tribunal arbitral. El empleo de una u otra denominación dependerá de la cuestión resuelta por el laudo o de que el laudo sea o no definitivo respecto de esa cuestión.]

[11. El tribunal arbitral podrá, por ejemplo, limitar el alcance de su decisión a una sola cuestión como pudiera ser la competencia del tribunal, alguna medida cautelar, la existencia del contrato en el que se funde la demanda, la responsabilidad del demandado, o algún segmento de los daños reclamados. Cabría por ejemplo emitir un laudo sobre determinada cuestión de ser procedente adelantar la decisión sobre algún punto aislado de la demanda, de preverse que la solución arbitral de cierta cuestión ayudará a las partes a negociar entre ellas la solución de las restantes, o de desearse que las partes tengan la posibilidad de impugnar a tiempo alguna decisión preliminar.]