



Asamblea General

Distr. limitada
28 de octubre de 2009
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo I (Contratación Pública)
17º período de sesiones
Viena, 7 a 11 de diciembre de 2009

Posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: texto revisado de la Ley Modelo*

Nota de la Secretaría

Adición

En la presente nota figura el texto propuesto para el capítulo VIII (Vías de recurso) de la Ley Modelo revisada, que contiene los artículos 61 a 66 de la versión revisada.

Las observaciones de la Secretaría figuran en las notas adjuntas a cada artículo.

* El presente documento se presenta con una antelación de menos de diez semanas respecto de la apertura del período de sesiones por razón de las consultas oficiosas, entre períodos de sesiones, solicitadas por la Comisión respecto del texto en su totalidad (A/64/17, párr. 281).



CAPÍTULO VIII. VÍAS DE RECURSO

Artículo 61. Recurso de reconsideración¹

Todo proveedor o contratista que sostenga haber sufrido o correr el riesgo de sufrir un daño o perjuicio imputable al incumplimiento de las disposiciones de la presente Ley² podrá interponer un recurso de conformidad con los artículos 62 a 66 e impugnar ante la instancia que proceda, conforme al derecho aplicable, toda decisión adoptada a raíz de ese recurso.

Artículo 62. Reconsideración por la entidad adjudicadora o por la autoridad que dio su aprobación³

1) Sin perjuicio de su derecho a solicitar directamente la reconsideración ante un órgano administrativo independiente de conformidad con lo previsto en el artículo 63 de la presente Ley, todo proveedor o contratista facultado para interponer un recurso de reconsideración con arreglo al artículo 61 podrá presentar un recurso ante la entidad adjudicadora o, en su caso, ante la autoridad que dio su aprobación⁴. Esos recursos se presentarán por escrito siempre y cuando:

a) Todo recurso relativo al pliego de condiciones de la convocatoria se interponga antes de que expire el plazo para la presentación de ofertas;

b) Todo otro recurso motivado por el proceso de contratación se interponga antes de la entrada en vigor del contrato adjudicado y dentro de un plazo de [...] días a partir de la fecha en que el proveedor o contratista que interponga el recurso tuvo conocimiento de las circunstancias que hayan motivado el recurso o de la fecha en que debiera haber conocido tales circunstancias, si ésta fuese anterior.

¹ El Grupo de Trabajo aprobó, sin cambio alguno, el texto de este proyecto de artículo, en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párr. 257). Un grupo de redacción informal, reunido en julio de 2009 y en el que participaron Alemania, Angola, Austria, los Estados Unidos de América, Francia, Marruecos, Nigeria, el Reino Unido, la República Checa, Senegal y Turquía, recomendó que en el comentario de la Guía se indicara respecto de este artículo que el art. 17 de la Ley Modelo exoneraría explícitamente a la entidad adjudicadora de responsabilidad monetaria por la cancelación del contrato adjudicado. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar esta recomendación a la luz del texto eventualmente acordado para el art. 17.

² El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la sugerencia que se hizo en las consultas periciales de que se ampliara el alcance limitado de esta disposición para hacerla aplicable al supuesto de que no haya habido competencia comercial equitativa.

³ En su 15º período de sesiones, el Grupo de Trabajo aprobó el texto de este artículo conforme fue revisado en ese período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 259 y 260). Se convino, en particular, que no se fijara la duración del plazo sino que se dejara un espacio entre corchetes para que cada Estado promulgante insertara el número de días. Se convino también en que la Guía indicara a este respecto cuál era el plazo fijado en el Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) de la OMC.

⁴ Se reformuló este párrafo a raíz de la sugerencia, que se hizo en el 15º período de sesiones del Grupo de Trabajo, de que se precisara en su texto la índole facultativa del recurso previsto en el art. 62 (A/CN.9/668, párr. 259).

2) A menos que el recurso se dirima por acuerdo mutuo entre las partes, la entidad adjudicadora o, en su caso, la autoridad que dio su aprobación emitirá, en un plazo de [...] días a partir de la fecha de la presentación del recurso, una decisión escrita que:

a) Deberá estar motivada; y

b) Si prospera en todo o en parte el recurso presentado, deberá indicar las medidas correctivas que se adoptarán.

3) Si la entidad adjudicadora o la autoridad que dio su aprobación no emite su decisión en el plazo indicado en el párrafo 2) del presente artículo, el proveedor o contratista que haya interpuesto el recurso o, en su caso, la entidad adjudicadora, podrá interponer de inmediato el recurso previsto en el artículo 63 o en el artículo 66. Al interponerse uno de esos recursos, la entidad adjudicadora o la autoridad que dio su aprobación dejará de ser competente para conocer de la reclamación.

Artículo 63. Recurso ante un órgano administrativo independiente^{*,5}

1) Todo proveedor o contratista facultado para interponer un recurso de reconsideración con arreglo al artículo 61 podrá interponer un recurso administrativo jerárquico ante [denominación del órgano administrativo]⁶.

2) Este recurso se presentará por escrito dentro de un plazo de [...] días a partir de la fecha en que el proveedor o contratista que interponga el recurso tenga conocimiento de las circunstancias que lo motiven o a partir de la fecha en que debiera haberlas conocido, si ésta fuese anterior, siempre y cuando los recursos relativos al pliego de condiciones se interpongan antes de que expire el plazo para la presentación de las ofertas.

3) La presentación [oportuna] de un recurso conforme a lo previsto en el artículo 62, dejará en suspenso el plazo para la presentación de recursos con arreglo al presente artículo por toda la duración del procedimiento abierto conforme al artículo 62, pero sin sobrepasarse el plazo máximo impuesto a la entidad

* Si la vía administrativa jerárquica contra los actos, decisiones y procedimientos de una entidad pública no está prevista en el ordenamiento de un país, cabrá omitir este artículo y ofrecer únicamente la vía de recurso contencioso administrativa o judicial (art. 66), a condición de que esa vía de recurso sea eficaz y permita recurrir en todo supuesto en que no se observen las reglas y procedimientos de contratación previstos en la presente Ley, de conformidad con lo establecido en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

⁵ En su 15º período de sesiones, el Grupo de Trabajo aprobó este artículo conforme fue revisado en ese período de sesiones a reserva de que se examinara una cuestión pendiente (véase la siguiente nota) (A/CN.9/668, párr. 265). Se convino en que se aclarara el significado del término “órgano administrativo independiente” en el contexto de este artículo, indicándose en particular si era preciso que ese órgano estuviera formado por expertos externos. Se observó que convendría que se indicara en la Guía que la falta de independencia de ese órgano podría entorpecer la contratación al dar lugar a la presentación de recursos por la vía judicial que demorasen la adjudicación del contrato (A/CN.9/668, párr. 262 g)).

⁶ Conforme sugirieron los expertos durante las consultas con la Secretaría, la Guía establecerá una distinción clara entre la interposición de este tipo de recurso y la apertura de una sesión informativa de clausura para todo concursante frustrado.

adjudicadora o, en su caso, a la autoridad que dio su aprobación para emitir su decisión de conformidad con el párrafo 2) del artículo 62 y comunicarla al proveedor o contratista de conformidad con el párrafo 3) del artículo 65⁷.

4) Al serle presentado un recurso el [denominación del órgano administrativo] deberá notificarlo sin dilación a la entidad adjudicadora y, en su caso, a la autoridad que dio su aprobación.

5) El [denominación del órgano administrativo] podrá conceder, salvo que desestime el recurso, uno o más de los siguientes remedios:

a) Declarar cuáles son las reglas o principios del derecho que han de aplicarse al caso⁸;

b) Prohibir a la entidad adjudicadora que tome una medida o decisión que sea contraria a derecho o que aplique un procedimiento contrario a derecho;

c) Exigir que la entidad adjudicadora, que haya actuado o procedido al margen de la ley o que haya adoptado una decisión contraria a derecho, actúe, proceda o adopte su decisión conforme a derecho;

d) Revocar en todo o en parte los actos o las decisiones contrarios a derecho de la entidad adjudicadora;

e) Revisar toda decisión contraria a derecho de la entidad adjudicadora o sustituirla por su propia decisión⁹;

f) [Exigir el pago de una indemnización por todo gasto razonable en que haya incurrido, en relación con el proceso de contratación, el proveedor o contratista que presentó el recurso contra un acto, decisión o procedimiento contrario a derecho de la entidad adjudicadora, y por toda otra pérdida o daño que haya sufrido, cuya cuantía [podrá] [deberá] limitarse a los gastos de la preparación de su oferta o [del recurso] [a las costas del recurso, o bien al conjunto de tales gastos y costas]¹⁰];

⁷ Conforme sugirieron los expertos durante las consultas con la Secretaría, la Guía explicará que la suspensión del curso normal de este plazo no constituye una suspensión del proceso de contratación conforme a lo previsto en el artículo 65.

⁸ En el 15º período de sesiones del Grupo de Trabajo se pidió a la Secretaría en respuesta a la sugerencia de incorporar en el encabezamiento del párrafo 5) el texto de su apartado a), que estudiara el historial del texto de esta disposición. El Grupo de Trabajo decidió aplazar el examen de esa sugerencia hasta después de haber examinado las conclusiones de ese estudio de la Secretaría (A/CN.9/668, párr. 264). La Secretaría presentó en una nota los resultados de esa investigación, A/CN.9/WG.I/WP.68, sección D.

⁹ El Grupo de Trabajo tal vez desee revisar este apartado a fin de que su texto haga mención de las medidas correctivas, que es el término que se utiliza tanto en el Acuerdo sobre la Contratación Pública (ACP) de la OMC sobre Contratación Pública (1994) como en el texto provisionalmente convenido de la versión revisada de ese Acuerdo.

¹⁰ En su 15º período de sesiones el Grupo de Trabajo convino en mantener, en el apartado f) del párrafo 5), solo la variante I, cuyo texto debería alinearse con lo dispuesto a este respecto en otros instrumentos internacionales, tal como el art. XX 7) c) del ACP de la OMC y el art. XVIII 7) b) del proyecto de versión revisada del ACP. El Grupo de Trabajo convino en trasladar la variante II del párr. 5) f) a la Guía en cuyo texto se explicaría la motivación de ese traslado, indicándose en particular el hecho de que prever la indemnización del lucro cesante previsto constituía un incentivo para presentar recursos, lo que perturbaría el curso normal de la contratación. Se sugirió también que la Guía explicara la evolución en la normativa aplicable a este respecto, refiriéndose en particular a los instrumentos pertinentes de la OMC. Por las

[Exigir el pago de una indemnización en que haya incurrido, en relación con el proceso de contratación, el proveedor o contratista que presentó el recurso contra un acto, decisión o procedimiento contrario a derecho de la entidad adjudicadora]¹¹;

- g) Ordenar que se clausure el proceso de contratación que se haya abierto;
 - h) Anular el contrato adjudicado de forma ilegal y, de haberse publicado un aviso de la adjudicación de ese contrato, podrá ordenar que se publique un aviso de su anulación.
- 6) El [denominación del órgano administrativo] emitirá por escrito en un plazo de [...] días una decisión motivada en la que dé a conocer los remedios que conceda.
- 7) Esa decisión será firme, salvo que se interponga una acción con arreglo al artículo 66.

Artículo 64. Ciertas reglas aplicables a los procedimientos abiertos a raíz de los recursos previstos en los artículos 62 y 63¹²

- 1) Al serle presentado un recurso con arreglo a lo previsto en el artículo 62 o en el artículo 63, el órgano ante el que se recurra dará pronto aviso del recurso y de su contenido a todos los proveedores o contratistas que participen en el proceso de contratación¹³ respecto del cual se haya presentado el recurso, así como a toda autoridad gubernamental cuyos intereses se vean o pudieran verse afectados.
- 2) Todo proveedor o contratista o toda autoridad interesada tendrá derecho a participar en el procedimiento que se abra. El proveedor o contratista o la autoridad

razones indicadas en la secc. C de la nota A/CN.9/WG.I/WP.68, la Secretaría tropezó con dificultades al tratar de dar curso a las instrucciones del Grupo de Trabajo. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar los textos presentados en estos dos últimos pares de corchetes a la luz de las cuestiones suscitadas en la mencionada nota de la Secretaría. Los textos insertos en estos dos pares de corchetes reflejan asimismo las divergencias entre el texto del art. XX 7) c) del ACP y el texto del art. XVIII 7) b) de la versión revisada de este acuerdo.

¹¹ El texto propuesto por el grupo de redacción informal, en julio de 2009, está basado en el de la variante I del texto correspondiente de la Ley Modelo de 1994. El texto así sugerido se presentó acompañado de una nota en la que se explicaba que, a raíz de una decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en febrero de 2009, se trasladaría la variante II del párr. 5 f) de la Ley Modelo de 1994 a la Guía, explicándose que ese traslado se hacía por razón de que prever una indemnización del lucro cesante previsto perturbaría el curso normal de la adjudicación al facilitar un incentivo adicional para la interposición de un recurso (A/CN.9/668, párr. 262 f)). Dicho traslado a la Guía de la variante II dejaba que fuera el Estado promulgante el que decidiera si habría de ampliarse el alcance de la indemnización por daños.

¹² En su 15º período de sesiones, el Grupo de Trabajo aprobó el texto de este artículo conforme fue revisado en ese período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 267 y 268).

¹³ En el 15º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se convino en que se aclarara en la Guía que la fórmula “participando en el proceso de adjudicación” podría referirse a distintos grupos de participantes según cual fuera el momento en que se interpusiera el recurso, indicándose además que todo concursante cuya oferta haya sido rechazada pudiera no estar habilitado para participar en el recurso interpuesto si ese recurso concernía a una etapa ulterior del procedimiento que no guardara relación con el motivo por el que se hubiera rechazado su oferta (A/CN.9/668, párr. 267 c)).

interesada que no participe en ese procedimiento no podrá interponer ulteriormente un recurso por igual motivo.

3) Todo participante en un procedimiento de reconsideración gozará de acceso a todas las actuaciones y tendrá derecho a ser oído por el órgano que sustancie las actuaciones antes de que dicho órgano se pronuncie sobre el recurso, así como a hacerse representar y asesorar, y gozará además del derecho a solicitar que [el procedimiento tenga lugar a puertas abiertas¹⁴ y que] puedan presentarse testigos. No se divulgarán datos cuya divulgación sea contraria a derecho, pueda entorpecer la acción de la justicia, sea contraria al interés público, vaya en detrimento de intereses comerciales legítimos de los proveedores o contratistas o ponga trabas a la libre competencia¹⁵.

4) Si el recurso se presenta ante la autoridad que dio su aprobación o ante [denominación del órgano administrativo], la entidad adjudicadora deberá proporcionar en su debido momento al órgano que haya de sustanciarlo todos los documentos que sean del caso, inclusive el expediente del proceso de contratación, siempre y cuando se adopten medidas adecuadas para impedir que se divulguen datos a personas ajenas al procedimiento en curso cuya divulgación sea contraria a derecho, pueda entorpecer la acción de la justicia, sea contraria al interés público, vaya en detrimento de intereses comerciales legítimos de los proveedores o contratistas, ponga trabas a la libre competencia o comprometa intereses esenciales de seguridad o defensa nacional¹⁶.

5) El órgano que dirima el recurso de reconsideración dará copia de su decisión a los participantes en el procedimiento, dentro de los [...] días siguientes a la fecha de su adopción. Además, una vez emitida esa decisión, su texto y la documentación del recurso deberán ser puestos a disposición del público, para su consulta, siempre y cuando no se divulgue ningún dato cuya divulgación sea contraria a derecho, pueda entorpecer la acción de la justicia, sea contraria al interés público, vaya en detrimento de intereses comerciales legítimos de los proveedores o contratistas, ponga trabas a la libre competencia o comprometa intereses esenciales de defensa o seguridad nacional¹⁷.

¹⁴ El grupo de redacción informal propuso, en julio de 2009, que se colocara este miembro del texto entre corchetes, a fin de dar margen para que se exima de la obligación de revelar información al público por motivos de seguridad o defensa nacional o de otra índole.

¹⁵ En su 15º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en estudiar la inclusión eventual, en los párrs. 3) y 4), de ciertas excepciones a la obligación de divulgar información basadas en la confidencialidad de los datos, explicándose en la guía que dichas consideraciones de confidencialidad no deberían ser obstáculo para que el recurso se sustanciara y dirimiera con equidad (A/CN.9/668, párr. 267 b)). Se reformuló, este párrafo insertándose en él la segunda oración. La disposición así insertada deberá ser interpretada a la luz de toda disposición similar que figure en otros artículos de la versión revisada de la Ley Modelo, tal como su art. 20 2) b). En su 15º período de sesiones, el Grupo de Trabajo aplazó el examen de las excepciones propuestas a la divulgación (A/CN.9/668, párr. 131).

¹⁶ Se revisó este párrafo a raíz del acuerdo del Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, de que se eliminara toda ambigüedad en lo referente a los “documentos que sean del caso” y se insertaran en este párrafo excepciones a la divulgación basadas en la confidencialidad de los datos, debiéndose explicar en la Guía que las razones de confidencialidad no deberían ser obstáculo para la equidad del juicio y de las actuaciones (A/CN.9/668, párr. 267 a) y b)). Véase lo concerniente a las disposiciones de confidencialidad en la nota anterior.

¹⁷ *Ibid.*, en lo que respecta a las disposiciones sobre confidencialidad.

6) Se hará constar en el expediente del proceso de contratación toda decisión que adopte el órgano que dirima el recurso, así como las razones y las circunstancias que la justifiquen.

Artículo 65. Suspensión del proceso de contratación¹⁸

1) La presentación [oportuna] de un recurso dejará en suspenso el proceso de contratación durante el período que determine el órgano encargado de dirimirlo¹⁹:

a) Siempre que el recurso no sea temerario y formule una reclamación cuyo contenido, de ser corroborado, demuestre 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;

b) A menos que la entidad adjudicadora certifique que el proceso de contratación debe seguir adelante por consideraciones urgentes de interés público. Esta certificación, que deberá enunciar las razones que justifiquen la urgencia de esas consideraciones, y que será consignada en el expediente del proceso de contratación, no será impugnada por la vía administrativa sino únicamente por la vía contencioso-administrativa²⁰.

2) El órgano que conozca del recurso podrá prorrogar el plazo de suspensión inicial, a fin de salvaguardar los derechos del proveedor o contratista que presente el recurso o entable la acción en tanto se dirime el recurso, siempre y cuando la suspensión no exceda del plazo de que disponga dicho órgano para adoptar su decisión a tenor del artículo 63 o del artículo 64, según sea el caso.

3) Toda decisión por la que se suspenda la contratación o se prorrogue esa suspensión deberá ser comunicada sin demora a todos los participantes en el procedimiento de reconsideración, indicándose la duración de la suspensión o de la prórroga. Cuando se decida no suspender el proceso de contratación por los motivos indicados en el párrafo 1) del presente artículo, el órgano que entienda del recurso deberá notificar al proveedor o contratista interesado la decisión adoptada y las razones que la justifiquen. Deberá hacerse constar en el expediente del proceso de contratación toda decisión que se adopte con arreglo al presente artículo y las razones y circunstancias que la justifiquen.

¹⁸ En su 15º período de sesiones, el Grupo de Trabajo aprobó, sin cambio alguno, el texto de este artículo, que está basado en el art. 56 de la Ley Modelo de 1994 (A/CN.9/668, párr. 269).

¹⁹ Conforme sugirió el personal pericial en sus consultas con la Secretaría, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar lo que sucederá al expirar el plazo de suspensión del proceso de contratación; y quién determinará, y con arreglo a qué criterios, si el recurso presentado cumple con los requisitos indicados en el apartado a) de este mismo párrafo.

²⁰ Conforme sugirió el personal pericial en sus consultas con la Secretaría, se explicará en el comentario de la Guía que se incluyó esta disposición por estimarse que la determinación, por el órgano administrativo que entendiera del recurso, acerca de los motivos de interés público involucrados no podía ser vinculante para un tribunal judicial.

Artículo 66. Recurso contencioso-administrativo²¹

El [denominación del tribunal o tribunales judiciales] será competente para conocer de los recursos que se interpongan con arreglo a los artículos 61 y 65²² y de todo recurso contencioso-administrativo que se interponga contra la decisión de un órgano que haya dirimido un recurso interpuesto por la vía administrativa o contra el hecho de que ese órgano no se haya pronunciado dentro del plazo prescrito en el artículo 62 ó 63.

²¹ En su 15º período de sesiones, el Grupo de Trabajo aprobó, sin cambio alguno, el texto de este artículo, que está basado en el art. 57 de la Ley Modelo de 1994 (A/CN.9/668, párr. 269).

²² En el curso de sus consultas el personal pericial sugirió a la Secretaría que se hiciera esta remisión adicional para autorizar una nueva suspensión adicional del proceso de adjudicación al expirar el plazo de la suspensión decretada por el órgano que entienda del recurso.