

### III. CONTRATACIÓN PÚBLICA

#### A. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional acerca de la labor realizada en su 13.º período de sesiones

(Nueva York, 15 a 26 de julio de 1991) (A/CN.9/356) [Original: inglés]

#### ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN .....	1-13
DEBATES Y DECISIONES .....	14-196
I. DEBATE SOBRE LOS PROYECTOS DE ARTÍCULOS 28 A 35 DE LA LEY MODELO SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA (A/CN.9/WG.V/WP.30) .....	14-147
Artículo 28 Examen, evaluación y comparación de las ofertas . . . . .	14-41
Artículo 29 Rechazo de todas las ofertas . . . . .	42-50
Artículo 30 Negociaciones con los contratistas y proveedores . . . . .	51-52
Artículo 31 Procedimiento de licitación en dos etapas . . . . .	53-59
Artículo 32 Aceptación de una oferta y validez del contrato adjudicado . . . . .	60-76
Artículo 33 Expediente del procedimiento de licitación . . . . .	77-81
Artículos 33 <i>ter</i>	
a 33 <i>sexies</i> Procedimiento de solicitud de propuestas . . . . .	82-105
Artículo 34 Procedimiento de negociación competitiva . . . . .	106-123
Artículo 34 <i>bis</i> Solicitud de cotizaciones . . . . .	124-133
Artículo 35 Expediente que ha de guardarse de la contratación con una sola fuente . . . . .	134-147
II. DEBATE DE LOS PROYECTOS DE ARTÍCULOS 36 A 42 DE LA LEY MODELO SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA (A/CN.9/WG.V/WP.27) .	148-192
Artículo 36 Recurso de reconsideración . . . . .	150-158
Artículo 37 Reconsideración por la entidad adjudicadora o por el órgano que dio su aprobación . . . . .	159-169
Artículo 38 Recurso administrativo jerárquico . . . . .	170-175
Artículo 39 Algunas reglas aplicables a los procedimientos de recurso previstos en el artículo 37 [y en el artículo 38] .	176-181
Artículo 40 Recurso contencioso administrativo . . . . .	182-187
Artículo 41 Suspensión del proceso de contratación [y del cumplimiento del contrato adjudicado] . . . . .	188-190
Artículo 42 Responsabilidad disciplinaria, administrativa o penal de la entidad adjudicadora . . . . .	191-192
III. FUTURO PLAN DE TRABAJO, INCLUIDA LA PREPARACIÓN DE UN COMENTARIO .....	193-196

## 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<sup>1</sup>. El Grupo de Trabajo comenzó su labor sobre ese tema en su 10.º período de sesiones (17 a 25 de octubre de 1988) y examinó un estudio sobre la contratación pública preparado por la Secretaría<sup>2</sup>. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un anteproyecto de ley modelo sobre contratación pública y un comentario adjunto en el que se tuvieran en cuenta las deliberaciones y las decisiones del Grupo durante ese período de sesiones<sup>3</sup>.

2. En su 11.º período de sesiones (5 a 16 de febrero de 1990) el Grupo de Trabajo examinó un proyecto de ley modelo sobre contratación pública y un comentario adjunto preparado por la Secretaría (A/CN.9/WG.V/WP.24 y A/CN.9/WG.V/WP.25). El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara el texto de la Ley Modelo a la luz de las deliberaciones y de las decisiones del Grupo en ese período de sesiones. Se acordó que al hacer dicha revisión no había necesidad de tratar de perfeccionar la estructura ni la redacción del texto. Se convino también en que el comentario no se revisaría hasta que se hubiera aprobado el texto de la Ley Modelo, y que dicha revisión no se realizaría para el 12.º período de sesiones del Grupo de Trabajo. Además, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que para su 12.º período de sesiones<sup>4</sup> preparara proyectos de disposiciones sobre los recursos contra los actos y decisiones de la entidad adjudicadora y contra los procedimientos por ella aplicados.

3. En su 12.º período de sesiones (8 a 19 de octubre de 1990), el Grupo de Trabajo tuvo ante sí el segundo proyecto de los artículos 1 a 35 (A/CN.9/WG.V/WP.28), así como un proyecto de disposiciones sobre recursos contra los actos y decisiones de la entidad adjudicadora y contra los procedimientos por ella aplicados (proyectos de artículos 36 a 42, que figuran en el documento A/CN.9/WG.V/WP.27). En ese período de sesiones el Grupo de Trabajo examinó el segundo proyecto de los artículos 1 a 27. No tuvo tiempo suficiente para examinar los proyectos de artículos 28 a 35, ni los proyectos de artículos sobre los recursos contra los actos y decisiones de la entidad adjudicadora y contra los procedimientos por ella aplicados, y decidió examinar esos artículos en su 13.º período de sesiones. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara los artículos 1 a 27 a la luz de las deliberaciones sobre esos artículos y las decisiones adoptadas al respecto en el 12.º período de sesiones<sup>5</sup>. Pidió también a la Secretaría que le presentara un informe en su 13.º período de sesiones sobre las disposiciones de las leyes nacionales de contratación pública con respecto a la negociación competitiva, uno de los métodos de contratación distintos de la licitación permitidos en ciertas condiciones por la Ley Modelo, según había acordado el Grupo de Trabajo:

4. El Grupo de Trabajo, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 13.º período de sesiones en Nueva York del 15 al 26 de julio de 1991. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Bulgaria, Canadá, Cuba, Chile, China, Chipre, Egipto, España, Estados Unidos de América, Francia, India, Irán (República Islámica del), Iraq, Jamahiriya Árabe Libia, Japón, Kenya, Marruecos, México, Nigeria, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Uruguay y Yugoslavia.

5. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Brasil, Burkina Faso, Cabo Verde, Colombia, Ecuador, Filipinas, Haití, Honduras, Indonesia, Líbano, Pakistán, Perú, República de Corea, República Unida de Tanzania, Suecia, Suiza, Tailandia, Turquía, Uganda, Vanuatu, Venezuela, Vietnam y Yemen.

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

a) *Organizaciones de las Naciones Unidas*: Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial, Dependencia de Servicios Interinstitucionales de Adquisición;

b) *Organizaciones intergubernamentales*: Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano;

c) *Organizaciones internacionales no gubernamentales*: Asociación Internacional de Abogados, Cámara de Comercio Internacional.

7. El Grupo de Trabajo eligió la siguiente Mesa:

*Presidente*: Sr. Robert Hunja (Kenya)

*Relator*: Sr. Hussein Ghazizadeh (República Islámica del Irán).

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

a) Programa provisional (A/CN.9/WG.V/WP.29);

b) Contratación pública: recursos previstos en la Ley Modelo sobre contratación pública contra los actos y decisiones de la entidad adjudicadora y contra los procedimientos por ella aplicados (A/CN.9/WG.V/WP.27);

c) Contratación pública: proyectos de los artículos 1 a 35 de la Ley Modelo sobre contratación pública (A/CN.9/WG.V/WP.30);

d) Contratación pública: negociación competitiva. Nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.V/WP.31).

9. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Elección de la Mesa.
2. Aprobación del programa.
3. Contratación pública.
4. Otros asuntos.
5. Aprobación del informe.

10. Con respecto a su examen del tema 3 del programa, el Grupo de Trabajo decidió concentrar primero su atención en los proyectos de artículo 28 a 35 de la Ley Modelo sobre

<sup>1</sup>Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/41/17), párrafo 243.

<sup>2</sup>A/CN.9/WG.V/WP.22.

<sup>3</sup>A/CN.9/315, párrafo 125.

<sup>4</sup>A/CN.9/331, párrafo 222.

<sup>5</sup>A/CN.9/343, párrafo 229.

contratación pública (A/CN.9/WG.V/WP.30). Se decidió examinar el informe sobre la negociación competitiva (A/CN.9/WG.V/WP.31) en el momento de considerar los artículos de la Ley Modelo relacionados con la negociación competitiva.

11. Las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo vinculadas con su examen de los proyectos de artículos 28 a 35 de la Ley Modelo sobre contratación pública y del informe sobre la negociación competitiva figuran en el capítulo I del presente informe.

12. Luego de completar su examen de los proyectos de artículos 28 a 35 de la Ley Modelo y del informe sobre la negociación competitiva, el Grupo de Trabajo examinó los recursos previstos en la Ley Modelo contra los actos y decisiones de la entidad adjudicadora y contra los procedimientos por ella aplicados (A/CN.9/WG.V/WP.27).

13. Las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo vinculados con su examen de los proyectos de artículos 36 a 42 sobre los recursos previstos en la Ley Modelo contra los actos y decisiones de la entidad adjudicadora y contra los procedimientos por ella aplicados figuran en el capítulo II del presente informe.

## DEBATES Y DECISIONES

### I. Debate sobre los proyectos de artículos 28 a 35 de la Ley Modelo sobre contratación pública (A/CN.9/WG.V/WP.30)

#### *Artículo 28*

##### *Examen, evaluación y comparación de las ofertas*

#### *Párrafo 1*

14. En relación con el inciso *a*), el Grupo de Trabajo decidió mantener la tercera oración, en la que se permitía que las solicitudes de aclaración relativas a las ofertas y las respuestas a esas solicitudes se comunicasen por teléfono a condición de que se confirmasen por escrito, habida cuenta de que las comunicaciones telefónicas de esa índole estaban ampliamente difundidas. El Grupo de Trabajo observó que se habían agregado disposiciones similares sobre comunicaciones telefónicas a diversos artículos de la Ley Modelo y pidió a la Secretaría que considerase la posibilidad de refundir esas disposiciones en una sola.

15. Se propuso que en la última oración se prohibiese únicamente la modificación del precio de la oferta, pero no la modificación de otros aspectos de fondo. En apoyo de esa propuesta, se señaló que la prohibición de modificar aspectos de fondo de la oferta que no fuesen el precio planteaba cuestiones relacionadas con la aptitud de la oferta, la cual se contemplaba en otras disposiciones de la Ley Modelo, tales como el inciso *j*) del artículo 2, el inciso *c*) del párrafo 2 del artículo 28 y el párrafo 4 del artículo 28. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que redactase de nuevo la última oración para tener en cuenta la aptitud de la oferta, incluida la posibilidad de pequeños desvíos de conformidad con el

párrafo 4, y permitir, a tal efecto, la celebración de debates encaminados a aclarar cuestiones no relacionadas con el precio.

16. En relación con el inciso *b*), se señaló que la expresión “los errores exclusivamente aritméticos que aparezcan a simple vista en la oferta” podía plantear dificultades en algunos ordenamientos jurídicos. El Grupo de Trabajo decidió aplazar la adopción de una decisión en relación con el inciso *b*) hasta que hubiese examinado otros artículos de la Ley Modelo.

#### *Párrafo 2*

17. Se planteó la cuestión de determinar si la redacción del párrafo 2, en el que se obligaba a la entidad adjudicadora a “rechazar” una oferta en determinadas circunstancias, entrañaba para esa entidad adjudicadora el deber de realizar un acto formal de rechazo que fuese más allá de la mera actitud pasiva de no aceptación. Ese acto formal podría exigir, por ejemplo, que se comunicasen los motivos del rechazo de la oferta al contratista o proveedor. Se señaló que la imposición de ese deber de explicar los motivos del rechazo de la oferta resultaría más adecuada en el párrafo 2 que en el artículo 29. No obstante, se sugirió que, si esa disposición no tenía como objetivo la imposición de un deber por considerarse suficiente la mera abstención, sería más indicado que en el párrafo introductorio se utilizase la expresión “no aceptará una oferta” en lugar de “rechazará una oferta”. Por otra parte, se reconoció que la cuestión de determinar si era preciso realizar un acto formal de rechazo tenía especial importancia para los derechos y los recursos de los contratistas y proveedores lesionados y que, en consecuencia, esa cuestión se debería examinar en el contexto de los debates de los proyectos de artículos que se estaban analizando.

18. Se propuso que se suprimiese el inciso *d*), en el que se establecía que la entidad adjudicadora rechazaría las ofertas recibidas después de haber expirado el plazo para presentarlas, ya que en el párrafo 3 del artículo 24 se disponía que se devolverían sin abrir las ofertas recibidas fuera de plazo. Aunque se indicó que la legislación de algunos Estados exigía que las entidades oficiales acusasen recibo de la documentación que les fuese presentada, el Grupo de Trabajo convino en que se podía suprimir el inciso *d*), habida cuenta de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 24, al que se podía hacer remisión en el comentario al párrafo 2.

#### *Párrafo 3*

19. El Grupo de Trabajo decidió sustituir la expresión “la entidad adjudicadora podrá rechazar una oferta”, de la primera oración, por la expresión “la entidad adjudicadora rechazará una oferta”, con objeto de que el rechazo de una oferta tuviese carácter obligatorio y no meramente discrecional cuando el contratista o proveedor intentase influir indebidamente en la decisión de la entidad adjudicadora. Se consideró que ese enfoque se ajustaba más a los objetivos de la Ley Modelo.

#### *Párrafo 4*

20. Se manifestó la opinión de que, dado que la aptitud de la oferta se contemplaba en el párrafo 4, en el que se permitía que una oferta se considerase apta a pesar de que

contuviese pequeños desvíos de los requisitos exigidos, y en el inciso *j*) del artículo 2, en el que se definía el concepto de “oferta apta”, era necesario suprimir la definición del inciso *j*) del artículo 2 o velar por la congruencia de redacción entre ambas disposiciones. El Grupo de Trabajo observó que la remisión al párrafo 4 se había agregado al inciso *j*) del artículo 2 para hacer congruentes ambas disposiciones.

21. Se observó que no se podían cuantificar todos los tipos de desviaciones permitidas, tal como se exigía en la segunda oración. Por ello, el Grupo de Trabajo decidió agregar la expresión “en la medida de lo posible” después de las palabras “serán cuantificados”.

#### Párrafo 7

22. Se puso en tela de juicio la conveniencia de utilizar la expresión “la oferta más económica” en los incisos *a*) y *c*), ya que daba la impresión de que no se había tenido suficientemente en cuenta la aplicación, por parte de la entidad adjudicadora, de criterios que no guardaban relación con el precio para seleccionar la oferta. Se señaló que esa expresión, aunque resultaba adecuada en el apartado i) del inciso *c*), relativo a la selección de la oferta cuyo precio fuese más bajo, no resultaba tan adecuada en el contexto del apartado ii) del inciso *c*) y del inciso *d*), relativos a la selección de la oferta sobre la base de criterios distintos del precio. También se expresó inquietud en relación con la expresión “la oferta evaluada más económica” del apartado ii) del inciso *c*). Se expresaron recelos similares en relación con la expresión “la oferta más conveniente” que se había utilizado en el proyecto anterior. Se generalizó la opinión de que se debería utilizar un término más neutro, tal como “mejor” oferta.

23. Se expresó la opinión de que no quedaba claro cuándo eran aplicables los distintos criterios de selección de la oferta que se mencionaban en los apartados i) y ii) del inciso *c*) y en el inciso *d*). Se convino en que, para obviar esa falta de claridad, era preciso que se especificase en el párrafo 7 que la entidad adjudicadora tendría que indicar los criterios de selección en el pliego de condiciones.

24. Se propuso simplificar el párrafo 7 mediante la supresión del inciso *d*). En apoyo de esa propuesta, se sugirió que los criterios indicados en el inciso *d*) se considerasen incluidos en los del apartado ii) del inciso *c*). La propuesta no prosperó, ya que existía el convencimiento generalizado de que los criterios socioeconómicos del inciso *d*) eran distintos de los del apartado ii) del inciso *c*), relativo a las características funcionales y de explotación de bienes u obras que se podían cuantificar. Se sugirió que, en lugar de suprimir el inciso *d*), se estableciese en la Ley Modelo que la entidad adjudicadora sólo podría tener en cuenta los criterios socioeconómicos que figurasen en los reglamentos relativos a la contratación pública. No obstante, se generalizó la idea de que la determinación de los criterios socioeconómicos que se podían aplicar era un elemento básico de la Ley Modelo que se debería mantener. Esa idea se veía respaldada por el hecho de que la promulgación de reglamentos relativos a la contratación pública tenía carácter discrecional según el artículo 4. Se propuso que se ampliase el alcance del inciso *d*) para incluir consideraciones relativas a la defensa y la seguridad nacionales.

25. Para simplificar también el párrafo 7, se propuso que se refundiesen los incisos *d*) y *e*). Frente a ello, se adujo que existían diferencias conceptuales entre ambas disposiciones, ya que el inciso *d*) contemplaba criterios socioeconómicos y el inciso *e*) incluía la aplicación de un margen de preferencia que consistía en una fórmula matemática. No obstante, el Grupo de Trabajo aceptó la propuesta de suprimir la segunda oración del inciso *e*), que contenía pormenores sobre la aplicación del margen de preferencia. Se convino en que era más adecuado que esas disposiciones pormenorizadas figurasen en los reglamentos relativos a la contratación pública. De todos modos, se propuso también que, para más claridad, se incluyesen en un único inciso todos los criterios aplicables que figuraban en los incisos *c*) y *d*).

26. A continuación el Grupo de Trabajo examinó el siguiente nuevo proyecto de texto de los incisos *c*), *e*) y *d*):

“*c*) La mejor oferta será:

- i) la oferta cuyo precio sea más bajo, habida cuenta de cualquier margen de preferencia que sea aplicable de conformidad con el inciso *e*); o
- ii) si la entidad adjudicadora así lo hubiera estipulado en el pliego de condiciones, la oferta evaluada como más económica, lo que se determinará según los criterios establecidos en el pliego de condiciones, que en la medida posible deberán ser objetivos y cuantificables;

*d*) Para determinar la oferta evaluada como más económica de conformidad con el apartado ii) del inciso *c*), la entidad adjudicadora podrá tener en cuenta únicamente lo siguiente:

- i) el precio de la oferta, ponderado con arreglo a cualquier margen de preferencia que sea aplicable de conformidad con el inciso *e*);
- ii) los costos de explotación, mantenimiento y reparación de los bienes o las obras, el plazo de entrega de los bienes o de terminación de las obras, las características funcionales de los bienes o de las obras, y las condiciones de pago y de garantía;
- iii) los criterios socioeconómicos, incluidos la posición de balanza de pagos o reservas de moneda extranjera de [este Estado], las compensaciones industriales, el contenido local, incluidos elaboración, mano de obra y materiales, el desarrollo económico regional, el estímulo de las inversiones o actividades internas, el fomento de la equidad en el empleo, la reserva de ciertos tipos de producción a los proveedores nacionales, la transferencia de tecnología y el desarrollo de las pericias en materia administrativa, científica y funcional; y
- iv) las consideraciones relativas a la defensa y la seguridad nacionales;

*e*) Al evaluar y comparar las ofertas, la entidad adjudicadora podrá conceder un margen de preferencia en beneficio de las ofertas de obras presentadas por contratistas y proveedores nacionales o de las ofertas de bienes

producidos en el país. El margen de preferencia se calculará conforme al reglamento de adquisiciones.”

27. El Grupo de Trabajo tomó nota de que la expresión “mejor oferta” se estaba utilizando de manera provisional hasta que se estableciese otra expresión más adecuada. Se consideró que la redacción del apartado i) del inciso c) era satisfactoria.

28. Se observó que en la nueva formulación propuesta para el apartado ii) del inciso c) no se indicaba cómo se cuantificarían los criterios distintos del precio. En consecuencia, se propuso que el apartado dispusiera que dichos criterios se expresaran en términos monetarios o que se les asignaran valores relativos. Esta propuesta suscitó una discusión acerca de si el apartado debería exigir tanto la asignación de valores relativos a los criterios distintos del precio como su expresión en términos monetarios. En apoyo de la asignación de valores relativos y de la expresión en términos monetarios, se manifestó que de brindarse a la entidad adjudicadora la posibilidad de escoger entre alternativas, se podría dar pie a la suposición de que la entidad adjudicadora tenía derecho de determinar la manera de cuantificar los criterios distintos del precio una vez recibidas las ofertas, en vez de exigir desde el comienzo una decisión acerca del método de cuantificación, y una indicación del método de cuantificación en el pliego de condiciones. Aunque el Grupo de Trabajo compartió la opinión de que era necesario comunicar el método de cuantificación de los factores distintos del precio en el pliego de condiciones, la opinión mayoritaria fue de que no era aconsejable exigir tanto la asignación de valores relativos como la expresión en términos monetarios. Se consideró que tal proceder podría suscitar dificultades porque algunos de estos criterios eran difíciles, si no imposibles, de cuantificar.

29. Se expresaron consideraciones similares con respecto a las palabras “en la medida posible” en la nueva formulación propuesta para el apartado ii) del inciso c). Se opinó que estas palabras deberían eliminarse ya que podrían permitir a la entidad adjudicadora eludir la obligación de cuantificar los criterios distintos del precio, y disminuirían así la objetividad y transparencia del procedimiento de licitación. Sin embargo, la opinión mayoritaria fue de que las palabras “en la medida posible” deberían conservarse con respecto a la obligación de expresar los criterios distintos del precio en términos monetarios.

30. Se opinó que en la nueva formulación propuesta para el apartado ii) del inciso c), debido en particular al uso del término “criterios”, no resultaba claro si se hacía referencia a las situaciones en que una entidad adjudicadora podría preferir el empleo de consideraciones distintas del precio, o a las fórmulas concretas que deberían aplicarse al aplicar consideraciones distintas del precio en la evaluación y comparación de las ofertas.

31. En vista de las deliberaciones y decisiones arriba indicadas, el Grupo de Trabajo acordó la siguiente formulación del apartado ii) del inciso c) a condición de que la entidad adjudicadora aclarara en el pliego de condiciones la manera en que se cuantificarían los criterios distintos del precio:

“ii) Si la entidad adjudicadora así lo hubiera estipulado en el pliego de condiciones, la oferta evaluada

como más económica, lo que se determinará según los factores establecidos en el pliego de condiciones, que en la medida posible deberán ser objetivos y cuantificables, y a los que asignarán valores relativos en el procedimiento de evaluación, o que se expresarán en términos monetarios siempre que ello sea posible.”

32. El Grupo de Trabajo consideró que los apartados i) y ii) del inciso d) eran aceptables.

33. Hubo acuerdo general de que la entidad adjudicadora no debería tener discreción absoluta en la selección de los criterios distintos del precio que se usarían para evaluar y comparar las ofertas, lo que sucedería de no incluirse disposiciones acerca de los tipos de criterios permitidos distintos del precio en la Ley Modelo o en la reglamentación de la contratación pública. A tal efecto, el Grupo de Trabajo consideró si la Ley Modelo debería enumerar los criterios permitidos distintos del precio y si tal enumeración en la Ley Modelo debería ser exhaustiva o ilustrativa, o si bastaría con disponer que la entidad adjudicadora se limitara a usar solamente los criterios enunciados en la reglamentación de la contratación pública. Se reconoció que la enumeración de esos criterios en la reglamentación de la contratación pública y no en la Ley Modelo tendría la ventaja de una mayor flexibilidad, ya que un Estado que promulgara la Ley y que deseara modificar la lista de criterios permitidos podría hacerlo más fácilmente si la lista estuviera incluida en la reglamentación y no en de la legislación. Al mismo tiempo, toda modificación de una enumeración en la reglamentación de la contratación pública estaría sujeta seguramente al escrutinio del público. Pese a esas ventajas, el Grupo de Trabajo decidió no adoptar una enumeración en la reglamentación de la contratación pública, ya que en el artículo 4 se disponía que la promulgación de reglamentos relativos a la contratación pública era optativa, y al depender de los reglamentos se corría el riesgo de que un elemento básico de los procedimientos promulgados por la Ley Modelo no sería adoptado por algunos de los Estados que promulgasen la Ley.

34. La decisión de enumerar los criterios permitidos distintos del precio en la Ley Modelo planteó la cuestión de si la enumeración en la Ley Modelo debería ser taxativa o si los Estados que la promulgasen deberían tener la posibilidad de ampliar la lista del apartado iii) del inciso d) para adaptar el procedimiento de licitación a sus necesidades y circunstancias concretas. Hubo acuerdo general en que era deseable tener esta flexibilidad, que podría lograrse indicando en corchetes al final del apartado que los Estados promulgantes podrían ampliar la lista. El Grupo de Trabajo acordó también que las palabras “los criterios socioeconómicos, incluidos” al comienzo del apartado iii) del inciso d) propuesto deberían reemplazarse porque se consideró que la expresión “socioeconómicos” no era una descripción apropiada de los criterios enumerados en el apartado y porque la palabra “incluidos” no dejaba claro si la lista de criterios en el apartado era exhaustiva o simplemente ilustrativa. Se decidió usar las palabras “otros factores, a saber,”. Se acordó además aceptar la adición de la defensa y seguridad nacionales como un criterio adicional distinto del precio en el apartado iv) del inciso d).

35. El Grupo de Trabajo aceptó la nueva formulación propuesta para el inciso e).

*Párrafo 8*

36. Se planteó la cuestión de si en el párrafo 8 se debía precisar el momento en que los precios de las ofertas expresados en distintas monedas debían convertirse a una única moneda a fin de evaluar y comparar las ofertas, y los tipos de cambio que debían aplicarse. El Grupo de Trabajo acordó que no era necesario hacer semejante modificación porque el momento y el tipo de cambio se indicaban en el inciso *q*) del párrafo 2 del artículo 17, y decidió que no era necesario incluir una referencia a esa disposición. El Grupo de Trabajo decidió además mantener las palabras “todos esos precios” y “la misma” que se habían añadido, para dejar claro que todos los precios de las ofertas debían convertirse a la misma moneda.

*Párrafo 8 bis*

37. Se opinó que no resultaba clara la naturaleza de la confirmación de la idoneidad del adjudicatario eventual mencionada en el párrafo, en vista de la práctica seguida en algunos Estados según la cual el concurso inicial o previo de idoneidad de los contratistas o proveedores es simplemente un examen previo de idoneidad para decidir si se les permitiría presentar ofertas. En este método el contratista o proveedor que presente la oferta ganadora se somete más adelante a un examen detallado de su idoneidad. Se sugirió que la Ley Modelo dejara abierta la posibilidad de tal procedimiento en dos etapas. Sin embargo, la opinión mayoritaria fue de que, por razones de equidad, la confirmación de la idoneidad se debería limitar a verificar si se habían producido cambios en la información presentada en el concurso inicial o previo de idoneidad. En consecuencia, el Grupo de Trabajo afirmó que la Ley Modelo debería dejar claro que los criterios usados para confirmar la idoneidad deberían ser los mismos que los usados en el concurso previo. Además, a fin de minimizar la incertidumbre acerca de la naturaleza de la confirmación, el Grupo de Trabajo acordó que era necesario volver a examinar el uso de las palabras “volver a evaluar” en el párrafo 6 del artículo 8 *bis*.

38. El Grupo de Trabajo consideró a continuación si la confirmación debía ser obligatoria cuando la entidad adjudicadora hubiera celebrado un concurso previo de idoneidad, y optativa cuando no hubiera habido tal concurso. Se observó que el párrafo 6 del artículo 8 *bis* otorgaba a la confirmación carácter discrecional, sin exigir una confirmación en ninguna de las dos situaciones. El Grupo de Trabajo acordó que la necesidad de confirmación dependía de las circunstancias particulares del procedimiento de licitación y que no correspondía que la Ley Modelo estableciera una exigencia general de confirmación para procedimientos de licitación en que la entidad adjudicadora hubiera celebrado concursos previos de idoneidad. En consecuencia, se decidió conformar el párrafo 8 *bis* con el método discrecional adoptado en el párrafo 6 del artículo 8 *bis*.

39. El Grupo de Trabajo observó que, de conformidad con el inciso *a*) del párrafo 2 del artículo 28 y el párrafo 1 del artículo 32, la entidad adjudicadora estaba obligada a rechazar la oferta seleccionada si el contratista o proveedor en cuestión no hubiera confirmado su idoneidad. Sin embargo, quedó pendiente la cuestión de si la Ley Modelo debería prescribir el proceder de la entidad adjudicadora en semejante caso. Según un punto de vista, la Ley Modelo, para

tratar con equidad a los demás contratistas y proveedores, debería obligar a la entidad adjudicadora a seleccionar la oferta evaluada en siguiente lugar como más económica. Sin embargo, la opinión mayoritaria fue que tal obligación sería demasiado restrictiva ya que existía la posibilidad de que, por diversos motivos, ninguna de las ofertas restantes fuera aceptable. Se consideró que sería más apropiado obligar a la entidad adjudicadora a seleccionar la oferta evaluada en siguiente lugar como más económica, con sujeción al derecho a rechazar todas las ofertas en virtud del artículo 29. El Grupo de Trabajo señaló que este método se ajustaría al enfoque discrecional del párrafo 4 del artículo 32, cuando el contratista o proveedor cuya oferta se hubiera aceptado no firmara un contrato requerido o no proporcionara alguna garantía requerida de cumplimiento.

40. Al examinar el párrafo 8 *bis* se propuso que, cuando el contratista o proveedor escogido no confirmara su idoneidad, la entidad adjudicadora estuviera obligada a recurrir a negociaciones competitivas, para que el rechazo de todas las ofertas con arreglo al párrafo 2 o 3 del artículo 28 o del artículo 29 permaneciera en la Ley Modelo como condición para usar ese método de contratación pública (véase el inciso *e*) del párrafo 1 nuevo del artículo 34). Sin embargo, se señaló que el artículo 29, en su redacción actual, se refería al rechazo de todas las ofertas, y que sería posible interpretar que no comprendía el caso en que un contratista o proveedor escogido no hubiera confirmado su idoneidad, y la entidad adjudicadora deseara en consecuencia rechazar todas las demás ofertas. Se acordó que el artículo 29 debería permitir claramente a una entidad adjudicadora rechazar todas las demás ofertas después de que un contratista o proveedor escogido no hubiera confirmado su idoneidad.

*Párrafo 9*

41. Se expresó preocupación porque el párrafo 9, que restringía la revelación de información relativa al examen, la aclaración, la evaluación y la comparación de las ofertas, parecía contradecir lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 33 con respecto a la revelación al público del expediente del procedimiento de contratación. Se propuso que, para minimizar esta aparente contradicción, sería necesario restringir la disponibilidad del expediente del procedimiento de licitación a los contratistas y proveedores que hubieran participado en el procedimiento de licitación. En respuesta a esta inquietud, se señaló que esas dos disposiciones trataban de cuestiones diferentes, en diferentes etapas del procedimiento de licitación. Mientras que el párrafo 2 del artículo 33 ponía a disposición del público el expediente del procedimiento de licitación luego de que hubiera entrado en vigor el contrato, en el párrafo 9 se prohibía, con razón, revelar información antes de ese momento para proteger la integridad del procedimiento de licitación. El Grupo de Trabajo observó que la aparente contradicción podría reducirse con la eliminación de la referencia del párrafo 2 del artículo 33 y decidió postergar una decisión final sobre el párrafo 9 hasta la consideración del párrafo 2 del artículo 33.

*Artículo 29**Rechazo de todas las ofertas**Párrafo 1*

42. El Grupo de Trabajo convino en general en que, con sujeción a cualquier aprobación que pudiese ser necesaria,

una entidad adjudicadora debía tener derecho a rechazar todas las ofertas y que ese derecho debería ser objeto de reservas en el pliego de condiciones. Se observó que era de interés público permitir esa flexibilidad a la entidad adjudicadora. El Grupo de Trabajo señaló que, en relación con su examen del párrafo 8 *bis* del artículo 28, se había decidido aclarar en el artículo 29 que el derecho a rechazar todas las ofertas abarcaba la situación en la cual el contratista o proveedor seleccionado no demostrase su idoneidad y la entidad adjudicadora deseara entonces rechazar todas las ofertas restantes.

43. Se formuló una propuesta por la que una entidad adjudicadora debería poder rechazar "cualquier oferta o todas ellas". En apoyo de esa propuesta, se señaló que la terminología sugerida se utilizaba en algunos países y que permitiría a una entidad adjudicadora rechazar, por ejemplo, a un contratista o proveedor que cumpliera los requisitos previos de idoneidad pero fuese inaceptable para la entidad adjudicadora habida cuenta de experiencias anteriores. En contra de esa propuesta, se señaló que el problema de un contratista o proveedor no apropiado podría considerarse más adecuadamente en la evaluación previa de idoneidad y que la adición del texto propuesto podría sugerir que una entidad adjudicadora tenía derecho a excluir de la selección a un contratista o proveedor que hubiese reunido los requisitos previstos de idoneidad por motivos distintos de los especificados en el pliego de condiciones. Tal resultado sería injusto y socavaría la integridad del proceso de licitación. No se aceptó la propuesta.

44. Se propuso suprimir, en el párrafo 1, las palabras "por cualquier motivo que no sea ni la mera intención de recurrir al procedimiento de negociación competitiva ni una intención fraudulenta". En apoyo de esa propuesta, se señaló que el principio consagrado en esas palabras podría considerarse en las negociaciones relacionadas con las condiciones para el uso de la negociación competitiva y la contratación con una sola fuente. Además, la inclusión de ese texto en el párrafo 1 podría llevar a la conclusión errónea de que el rechazo, por parte de un Estado, de todas las ofertas con el fin de entablar el procedimiento de negociación competitiva o recurrir a la contratación con una sola fuente podría dar lugar a recursos contra la entidad adjudicadora. Por último, se señaló que la posibilidad de que todas las ofertas pudiesen ser rechazadas era un riesgo comercial normal que los contratistas y proveedores tenían en cuenta cuando participaban en procedimientos de licitación. En contra de la propuesta, se señaló que dichas palabras expresaban un principio particularmente importante, el de que el rechazo de todas las ofertas no debía hacerse con la única finalidad de permitir al Estado abordar otros métodos de contratación, como la negociación competitiva y la contratación con una sola fuente. Se observó que tal rechazo iría en contra de la preferencia acordada en el artículo 7 al procedimiento de licitación y no sería equitativo para los contratistas o proveedores por cuanto su participación en el procedimiento de licitación entrañaba gastos para ellos. Además, debían mantenerse las palabras "una intención fraudulenta" por cuanto tenían por finalidad impedir la corrupción en el ejercicio del derecho a rechazar todas las ofertas y podrían ser de utilidad en la interpretación de la Ley Modelo. Como respuesta, se señaló que la cuestión del fraude o la corrupción era considerada adecuadamente en otras ramas del derecho como el derecho penal o el derecho administrativo.

45. Tras celebrar deliberaciones, el Grupo de Trabajo decidió suprimir las palabras "por cualquier motivo que no sea ni la mera intención de recurrir al procedimiento de la negociación competitiva ni una intención fraudulenta".

#### *Párrafo 1 bis*

46. Se sugirió que se ampliase el párrafo 1 *bis* a fin de incluir otras razones, además de la del precio especificada en el texto actual. En apoyo de esa propuesta se manifestó que había varias razones más, como un cambio en la índole de las necesidades de contratación, por cuya causa la entidad adjudicadora podría querer rechazar todas las ofertas para entablar posteriormente el procedimiento de negociación competitiva. No obstante, la opinión prevaleciente era la de que el párrafo 1 *bis* era innecesario y podía suprimirse en vista de que el párrafo 1, al considerar el caso de rechazo de todas las ofertas por cualquier motivo, era suficientemente amplio para abarcar las circunstancias a que se hacía referencia en el párrafo 1 *bis* y de que las condiciones para el uso de métodos de contratación distintos de la licitación estaban establecidas en los artículos de la Ley Modelo que trataban de esos otros métodos. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió suprimir el párrafo 1 *bis*.

#### *Párrafo 2*

47. Se expresó la opinión de que las palabras "pero no estará obligada a justificar esos motivos" debían ser examinadas más detenidamente y, en consecuencia, debían figurar entre corchetes. Dichas palabras podrían plantear dificultades en aquellas jurisdicciones donde los tribunales tienen facultades inherentes para revisar las decisiones administrativas e indagar los motivos invocados para justificar acciones administrativas. Por otra parte, podrían plantearse casos en que fuese apropiado pedir a la entidad adjudicadora que justificase los motivos del rechazo de ofertas. Se sugirió además que el criterio asumido en el párrafo 2 podría afectar la capacidad de las partes agraviadas para plantear recursos y, en consecuencia, podría ser reconsiderado cuando el Grupo de Trabajo examinase las disposiciones sobre recursos.

48. No obstante, la opinión prevaleciente fue la de mantener las palabras, sin colocarlas entre corchetes. En apoyo de ese punto de vista, se manifestó que no debía exigirse a una entidad adjudicadora que justificase los motivos de su rechazo de todas las ofertas. Una entidad adjudicadora debía tener la libertad de no adjudicar un contrato por motivos económicos, sociales o políticos que no necesitaba justificar. Bastaría con que expusiera los motivos y no debería haber ningún recurso contra la entidad adjudicadora por el rechazo de todas las ofertas, en particular, en vista del hecho de que la entidad adjudicadora, de conformidad con el inciso x) del párrafo 2 del artículo 17, se reserva el derecho a rechazar todas las ofertas en el pliego de condiciones.

49. Tras celebrar deliberaciones, el Grupo de Trabajo decidió aprobar el párrafo 2 con la redacción actual.

#### *Párrafo 3*

50. El Grupo de Trabajo aprobó el párrafo 3 tal como estaba redactado. Se pidió a la Secretaría que considerase la inclusión de la referencia a la comunicación telefónica en una disposición general.

### Artículo 30

#### *Negociaciones con los contratistas y proveedores*

51. Se expresó una opinión en el sentido de que el artículo 30 era innecesario y debía eliminarse, puesto que en los trámites indicados en la Ley Modelo para el procedimiento de licitación, en particular en el párrafo 1 del artículo 28, se excluían claramente las negociaciones y puesto que la Ley Modelo preveía el empleo bajo determinadas condiciones de métodos de contratación que incluían la negociación. Sin embargo, la opinión dominante fue que era importante afirmar el principio de que no tenían que entablarse negociaciones entre la entidad adjudicadora y un contratista o proveedor sobre una oferta, especialmente habida cuenta de que las entidades adjudicadoras y los contratistas y proveedores tenían a menudo la impresión de que podían negociar incluso cuando se había escogido como método de contratación la licitación.

52. Se señaló que debía eliminarse la referencia al párrafo 1 *bis* del artículo 29 en vista de la anterior decisión del Grupo de Trabajo de eliminar esta disposición de la Ley Modelo (véase el párrafo 5 *supra*), y que la referencia al párrafo 4 del artículo 31 tenía una importancia menor, habida cuenta de que el Grupo de Trabajo había decidido tratar la licitación en dos etapas como método separado de contratación.

### Artículo 31

#### *Procedimiento de licitación en dos etapas*

##### *Párrafo 1*

53. Se propuso que en el párrafo 1 y en otros párrafos de este artículo se añadiera el término "especificaciones de ejecución" como una de las indicaciones posibles de los objetivos de un proyecto determinado.

##### *Párrafos 2, 3 y 4*

54. El Grupo de Trabajo aprobó el texto de los párrafos 2, 3 y 4 sin modificaciones.

##### *Párrafo 5*

55. El Grupo de Trabajo consideró que el párrafo 5 era satisfactorio en general y decidió mantener la referencia entre corchetes al derecho que asiste a la entidad adjudicadora de eliminar o modificar cualquier criterio de evaluación que figure en el pliego de condiciones. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que formulara de nuevo la referencia a la pérdida de la garantía de licitación para que reflejara el hecho de que esta referencia sólo era aplicable cuando la entidad adjudicadora exigía que se depositara una garantía de licitación en la primera etapa de una licitación en dos etapas.

##### *Párrafo 6*

56. Se propuso que se suprimiera el requisito de que una entidad adjudicadora debía señalar en el expediente del procedimiento de contratación los hechos pertinentes en los que se basaba para invocar las disposiciones del párrafo 1 del artículo 31. Se dijo en apoyo de esta opinión que no debía

exigirse a la entidad adjudicadora que revelara hechos que pudiesen violar el derecho a la intimidad de los contratistas y proveedores o hechos que pudieran perjudicar los intereses comerciales de los contratistas y proveedores. Se señaló que era suficiente exigir a la entidad adjudicadora que revelara las circunstancias en las que se basaba para invocar las disposiciones del párrafo 1 del artículo 31. Otra propuesta consistió en que se eliminara el párrafo 6, puesto que en el párrafo 5 del artículo 7 se trataba de modo suficiente la necesidad de incluir en el expediente del procedimiento de contratación una relación de las circunstancias en las que se basaba la entidad adjudicadora para seleccionar un método de contratación diferente de la licitación, y si esta exigencia se mantenía en el artículo 31, debería repetirse en las disposiciones relativas a todos los demás métodos de contratación distintos de la licitación.

57. Sin embargo, la opinión dominante fue que el párrafo 6 debía mantenerse. Se señaló en apoyo de esta opinión que era improbable que se plantearan problemas de intromisión en la intimidad o perjuicios a los intereses comerciales de los contratistas y proveedores en relación con la información a que se hacía referencia en el párrafo 6, puesto que tenía que ver con una decisión sobre el método de contratación que se había de utilizar que se había adoptado antes de seleccionar a los contratistas y proveedores. La disposición era importante, puesto que serviría de mecanismo de control al exigir a la entidad adjudicadora que decidiese utilizar la licitación en dos etapas que dejase constancia de los hechos en los que se basaba su decisión. El expediente podría ser también un instrumento útil de referencia en otros casos en los que la entidad adjudicadora estuviera considerando la conveniencia de la licitación en dos etapas.

58. Sin embargo, habida cuenta de la preocupación suscitada, el Grupo de Trabajo decidió eliminar las palabras "en la que se señalarán los hechos pertinentes" y formular de nuevo el párrafo 6 para que exigiera la inclusión en el expediente de una declaración sobre los "motivos y circunstancias" en los que se basaba la entidad adjudicadora para invocar el párrafo 1 del artículo 31. Se acordó que en una etapa posterior podría considerarse la posibilidad de fundir en una sola disposición de carácter general todas las disposiciones de la Ley Modelo que actualmente se referían a los expedientes de procedimientos que comprendían distintos métodos de contratación, en cuyo caso podría resultar innecesaria la disposición del párrafo 6.

59. Se pidió a la Secretaría que considerara la posibilidad de reestructurar el artículo 31, así como otros artículos que se ocupaban de métodos de contratación distintos de la licitación, con el fin de indicar las condiciones de utilización de los métodos y las disposiciones relativas a los procedimientos que se debían seguir para esos métodos en artículos separados.

### Artículo 32

#### *Aceptación de una oferta y validez del contrato adjudicado*

##### *Párrafos 1, 2 y 3*

60. Se planteó la duda de si el párrafo 1, en que se preveía que se seleccionara la oferta más económica, era coherente

con el párrafo 1 del artículo 29, en el que se autorizaba a la entidad adjudicadora para que rechazara todas las ofertas. Se convino en rectificar esa aparente falta de coherencia añadiendo las palabras "conforme a lo dispuesto en el artículo 29" al principio del párrafo 1.

61. El Grupo de Trabajo hizo notar que en la segunda oración del párrafo 1 se planteaba la misma duda formulada en el contexto del párrafo 8 *bis* del artículo 28 y del párrafo 1 del artículo 29, a saber, si en la Ley Modelo debía o no indicarse lo que debía hacer la entidad adjudicadora en caso de que el contratista o proveedor seleccionado no confirmara su idoneidad. Se convino en que en el párrafo 1 se reflejara el enfoque decidido anteriormente según el cual la entidad adjudicadora, sin perjuicio de su derecho de rechazar todas las demás ofertas de conformidad con el artículo 29, debía seleccionar la más económica de ellas.

62. Se tomó nota de que algunos Estados se atenían a la norma consignada en el párrafo 2, según la cual el contrato adjudicado adquiría validez al expedirse el aviso de aceptación de la oferta, en tanto que otros Estados se atenían a la norma expuesta en el párrafo 3, según la cual el contrato adjudicado pasaba a ser válido al firmarse el contrato tras el aviso de aceptación. Hubo acuerdo general en que en la Ley Modelo se previeran ambos métodos, por lo que se consideró básicamente aceptable el enfoque utilizado en los párrafos 2 y 3.

63. Hubo opiniones encontradas respecto de la mención, en la segunda oración del inciso *a)* del párrafo 3, de la legislación aplicable como fuente de la exigencia de que se firme un contrato escrito. Algunos consideraron que la mención general de la legislación aplicable era satisfactoria porque destacaba la pertinencia de una legislación distinta de la Ley Modelo para determinar la validez formal del contrato adjudicado. Otros opinaron que, si se hacía una referencia general a la legislación aplicable, sin indicar expresamente las disposiciones del caso, la entidad adjudicadora no estaría segura de cuál legislación habría de regir la validez del contrato adjudicado. Esa incertidumbre podía hacer particularmente difícil la tarea de preparar el pliego de condiciones. Se sugirió que, para eliminar esa incertidumbre, la mención general de la legislación aplicable se sustituyera por una norma en virtud de la cual la validez del contrato adjudicado se rigiera por la legislación del Estado de la entidad adjudicadora. También se señaló que, si en la Ley Modelo no se indicaba la legislación aplicable a la validez del contrato adjudicado, sería necesario que en la Ley Modelo se especificara si era o no necesario un contrato firmado para que entrara en vigor el contrato adjudicado.

64. Hubo oposición a que en la Ley Modelo se indicara expresamente la legislación aplicable a la validez del contrato adjudicado, pues se consideró que la cuestión de la legislación aplicable a la validez de los contratos abarcaba normas del derecho internacional privado generalmente reconocidas que habían sido objeto de tratados multilaterales. Se señaló, asimismo, que la inclusión en la Ley Modelo de una norma en el sentido de que la validez del contrato adjudicado debía regirse por la legislación del Estado de la entidad adjudicadora tal vez no fuera suficiente para garantizar la aplicabilidad de esa legislación en un caso determinado y que tal vez esa norma no fuera compatible con el

principio de la libre elección de la legislación del caso. Se señaló que ninguna entidad adjudicadora prudente permitiría que la validez de un contrato público estuviera regida por legislación alguna que no fuera la suya propia. Si la entidad adjudicadora deseaba asegurarse de que la validez del contrato adjudicado estaría regida por la legislación de su Estado, debía indicarlo en el pliego de condiciones, con lo que impondría esa norma al contratista o proveedor seleccionado quien, al participar en los procedimientos de licitación, habría aceptado los términos y condiciones formulados en el pliego de condiciones. Ese enfoque coincidiría con el principio de la libertad de contratación, que gozaba de reconocimiento general.

65. En vista de las consideraciones que anteceden, se coincidió en que la necesidad de hacer referencia al derecho aplicable como posible fuente del requisito de la firma de un contrato podría obviarse modificando los párrafos 2 y 3 para disponer que un contrato adjudicado fuera válido al expedirse el aviso de aceptación, salvo que el pliego de condiciones estipulara la necesidad de la firma del contrato adjudicado. Esa estipulación en el pliego de condiciones podría originarse en las disposiciones obligatorias del derecho aplicable a la entidad adjudicadora, o simplemente en la práctica establecida de la entidad adjudicadora. Se coincidió además en que en el comentario se debía aconsejar a las entidades adjudicadoras que consideraran la posibilidad de indicar en el pliego de condiciones el derecho aplicable a la validez del contrato adjudicado.

66. Se opinó que la Ley Modelo debía incorporar la práctica de algunos Estados, con arreglo a la cual la entidad adjudicadora, tras enviar el aviso de aceptación de una oferta o firmar un contrato, debe obtener la aprobación final del contrato como condición previa al inicio de la validez del contrato. También se expresó la opinión contraria de que esos requisitos de aprobación, por lo menos en la medida en que fueran aplicables tras la aceptación de una oferta o la iniciación de la validez de un contrato adjudicado, no eran convenientes y no debían ser alentados por la Ley Modelo. Según se dijo, esos requisitos causaban incertidumbre a contratistas y proveedores respecto del momento en que el contrato adjudicado recibiría la aprobación definitiva y podría comenzar la ejecución. El riesgo para contratistas y proveedores aumentaba cuando en el pliego de condiciones se determinaba que el contratista elegido debía dar una fianza de buena ejecución al recibir el aviso de aceptación o firmar el contrato, antes de la aprobación final. Frente a una incertidumbre tal respecto de la duración real del plazo en que tendrían que mantener el precio de la oferta y frente a otros riesgos análogos, podría ocurrir que contratistas y proveedores no tuvieran motivación para participar en llamados a licitación o se vieran obligados a aumentar los precios de su oferta. También se mencionó que permitir a los Estados imponer tales requisitos de aprobación final limitaría el grado de uniformidad logrado por la Ley Modelo en torno a una cuestión importante.

67. También se opinó que la Ley Modelo debía permitir imponer un requisito de aprobación en las últimas etapas del proceso de selección, pero que la aprobación debería obtenerse en un momento anterior, antes de expedir el aviso de aceptación. Se dijo que ese método tendría la ventaja de evitar las demoras y el incremento de riesgos y costos que

se produciría si hubiera un requisito de aprobación final. También tendría en cuenta el hecho de que, con arreglo a los párrafos 2 y 3, la validez del contrato adjudicado podrá iniciarse al expedirse el aviso de aceptación o firmarse el contrato.

68. La opinión más generalizada era que la Ley Modelo debía reconocer el derecho de un Estado a subordinar la iniciación de la validez del contrato adjudicado a la aprobación final, que se expediría tras la aceptación de una oferta. Varios Estados consideraban imprescindible que la validez de un contrato adjudicado estuviera sujeta a la aprobación final. Según se dijo, así ocurría, en particular, cuando había que firmar un contrato, ya que no se podía esperar que la autoridad facultada para aprobarlo expidiera su aprobación sobre la base de una versión preliminar o incompleta del contrato. Una manera de reflejar esa decisión era indicar en el comentario que los Estados, al aplicar la Ley Modelo, tenían la libertad de incorporar requisitos de aprobación que no figuraran en la Ley Modelo. Otra propuesta consistía en considerar concedida la aprobación en caso que no se anunciara una decisión en un plazo especificado de tiempo, con la posibilidad de que la entidad adjudicadora obtuviera una prórroga. Otra propuesta consistía en añadir un inciso *a bis*) del tipo que aparece a continuación, en que se tuvieran en cuenta las consideraciones en torno a la demora, así como los dos medios posibles de que adquiriera validez un contrato adjudicado:

“Cuando se requiera que el contrato sea aprobado por una autoridad superior o por el gobierno, la aprobación se dará a conocer en un plazo razonable después de expedido el aviso al contratista o proveedor. El contrato no será válido o, según el caso, no se ejecutará antes de concedida la aprobación.”

69. El inciso propuesto gozó de aceptación general. A fin de limitar las demoras, se propuso establecer un plazo concreto de tiempo dentro del cual debiera darse a conocer la aprobación en lugar de utilizar la expresión “en un plazo razonable”. Esa propuesta no se aceptó, ya que en general se opinó que había que tener presente que el plazo necesario para la aprobación podría variar de un caso a otro, según las circunstancias, tales como la cuantía y la índole del contrato adjudicado y el nivel gubernamental del que tuviera que proceder la aprobación. Sin embargo, el Grupo de Trabajo coincidió en que, a fin de disminuir el riesgo de demoras, la Ley Modelo debería, tal vez en el inciso y) del párrafo 2 del artículo 17 o como nuevo apartado iv) del inciso b) del párrafo 3 o como inciso c) del párrafo 3 del artículo 32, estipular que la entidad adjudicadora especificara en el pliego de condiciones el plazo que habría de transcurrir para obtener las aprobaciones necesarias y vinculara el período de validez de las ofertas y de cualquier fianza necesaria a ese período de tiempo. Ese criterio establecería un mayor equilibrio entre los derechos y las obligaciones de contratistas o proveedores y los de la entidad adjudicadora al excluir la posibilidad de que un contratista o proveedor seleccionado quedara obligado a la entidad adjudicadora durante un período potencialmente indefinido de tiempo sin ninguna seguridad respecto de la eventual iniciación de la validez del contrato de adquisición. El Grupo de Trabajo observó que si se añadiera un nuevo inciso *a bis*) al párrafo 3 habría que introducir cambios en el inciso b) del párrafo 3 y en el inciso y) del párrafo 2 del artículo 17.

70. Se expresó la opinión de que, a los fines de establecer una diferenciación clara entre las cuestiones relacionadas con la aceptación de una oferta y las relacionadas con la validez de un contrato adjudicado, habría que considerar la posibilidad de abordar esas dos categorías de cuestiones, que ahora estaban agrupadas en el artículo 32, en artículos separados.

71. Se puso en tela de juicio la utilidad de la formulación de los apartados i), ii) y iii) del inciso b) del párrafo 3, que establecían normas de conducta para la entidad adjudicadora y el contratista o el proveedor para el período de tiempo transcurrido entre la expedición del aviso de aceptación y la firma del contrato. Se señaló que el significado de esas disposiciones, que parecían basarse en los principios del derecho internacional que rigen la conducta de los firmantes de un tratado durante el período previo a la ratificación y la entrada en vigor, no era claro en el contexto de los procedimientos de adjudicación. En particular, se puso en tela de juicio el grado en que esas normas, en contraste con las normas contenidas en alguna otra ley del Estado que promulgara la Ley Modelo, serían aplicables a un contratista o proveedor que se negara a firmar un contrato adjudicado. También se puso en tela de juicio el significado de las palabras “objeto o propósito” que figuraban en el apartado i) del inciso b) del párrafo 3.

72. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió volver a la declaración de principios más general que figuraba en el borrador anterior (documento A/CN.9/WG.V/WP.24), con lo que resultó necesario suprimir los apartados i), ii) y iii) del inciso b) del párrafo 3. También se coincidió en que debería quedar claramente asentado que el inciso b) del párrafo 3 estaba sujeto a la posibilidad de que la iniciación de la validez del contrato adjudicado dependiera de una aprobación final.

#### Párrafo 4

73. El Grupo de Trabajo observó que la redacción del párrafo 4 debería modificarse con arreglo a la decisión del Grupo de Trabajo de que, en caso de que el contratista o proveedor elegido no confirmara su idoneidad, la entidad adjudicadora tendría que seleccionar la próxima oferta en orden de conveniencia, con sujeción a su derecho a rechazar todas las ofertas restantes (véase el párrafo 2 *supra*). Se observó además que el empleo de las palabras “podrá aceptarse” en la primera oración no era coherente con las palabras “se deberá cursar el aviso previsto ...” en la segunda oración y debían sustituirse por las palabras “se aceptará”. Por lo demás, el Grupo de Trabajo determinó que el párrafo 4 era aceptable.

#### Párrafo 5

74. El Grupo de Trabajo aprobó el texto del párrafo 5 sin modificaciones.

#### Párrafo 6

75. Se propuso que la definición de la palabra “expedido” en el inciso b) fuera calificada por la condición de que contratistas y proveedores han de tener el derecho a probar que no han recibido aviso. Se expresaron dudas respecto de esa propuesta, dada la índole cuestionable de las pruebas que podían aducirse para probar la no recepción, a menos que se

obligara a la autoridad adjudicadora a servirse de un método de comunicación que previera el acuse de recibo.

76. También se propuso que se eliminara el inciso *b*) y que la definición de "expedido" figurara en el comentario. Se señaló que el concepto de expedición estaba bien detallado en muchos ordenamientos jurídicos y que el término utilizado en la Ley Modelo se interpretaría en consecuencia. Al tiempo que aceptó la propuesta de eliminar el inciso *b*), el Grupo de Trabajo observó que la posibilidad de incluir en la Ley Modelo una disposición general sobre comunicaciones podría dar la oportunidad de definir la expresión "expedir".

### Artículo 33

#### *Expediente del procedimiento de licitación*

77. El Grupo de Trabajo examinó en particular la cuestión relativa al contenido y objeto del expediente del procedimiento de licitación que debía constituir la entidad adjudicadora y observó que estaba estrechamente vinculada con la cuestión del grado en que dicho expediente debía revelarse. Tomó nota también de que la cuestión relativa al objeto o utilización del expediente guardaba íntima relación con los aspectos que se habían atendido en las disposiciones de la Ley Modelo relativas a las vías de recurso. El Grupo de Trabajo, por lo tanto, continuó y completó su examen del requisito de constitución de expedientes tras haber examinado los artículos 36 a 42. Habida cuenta de que los requisitos relativos a la constitución de expedientes figuraban en varias disposiciones de la Ley Modelo en relación con diversos métodos de contratación, el Grupo de Trabajo decidió que sería deseable consolidar esas disposiciones en una sola relativa al contenido y el grado de divulgación de los expedientes de todos los métodos de contratación.

78. Se hizo ver que era menester señalar una distinción entre la cuestión del posible uso de la información que constara en el expediente con el fin de acogerse a los recursos que estatúa la Ley Modelo y la cuestión de los recursos a los que se podría hacer valer si la entidad adjudicadora no constituía un expediente o si había lagunas o información incorrecta en el expediente. En cuanto a los recursos de este último tipo, había que hacer otra distinción entre los que podrían invocar las partes privadas y las medidas correctivas que podrían ser indispensables para garantizar la transparencia. En cuanto a los recursos al alcance de las partes privadas, se convino en que dichas partes deberían tener derecho a obligar a la entidad adjudicadora a constituir un expediente, pero no a recibir una indemnización por daños en caso de incumplimiento de la entidad adjudicadora de sus obligaciones en materia de expedientes. Se convino, asimismo, en que debía considerarse la posibilidad de reconocer una excepción a los plazos para interponer recursos de revisión conforme a la Ley Modelo en la medida en que el contratista o proveedor agraviado se hubiera visto impedido de ejercer su derecho de interponer recurso a raíz de un incumplimiento de la entidad adjudicadora de sus obligaciones de constituir expediente.

79. Se tomó nota de que el expediente del procedimiento de licitación interesaría a tres categorías de usuarios y que la información que interesaba a esas distintas categorías de usuarios acusaba variaciones según el objeto al cual se destinara la información que constaba en el expediente. Esas

categorías comprendían al público en general, los contratistas y proveedores que participaban de alguna manera en el procedimiento de licitación y los órganos gubernamentales que ejercieran una función de auditoría o fiscalización sobre la entidad adjudicadora. En consecuencia, se acordó que la Ley Modelo debería establecer una distinción entre las partes de un expediente que debían estar a disposición de cualquier persona, las que debían estar a disposición de los contratistas y proveedores agraviados y las que debían reservarse exclusivamente a los auditores por razones de interés público.

80. En cuanto al público en general, se convino en que bastaría con que el expediente contuviera una breve descripción de los bienes o las obras objeto de adjudicación, los nombres y direcciones de los contratistas y proveedores que hubieran presentado ofertas u otros tipos de propuestas y la indicación de qué contratista o proveedor se había seleccionado. Se convino en que el expediente que se pondría a disposición de contratistas y proveedores debía incluir información adicional relativa a cuestiones como la idoneidad o falta de idoneidad de los contratistas o proveedores, el precio y un resumen de cada oferta o propuesta y del contrato adjudicado, un resumen de la evaluación y comparación de las ofertas o propuestas y la información relativa al rechazo de ofertas o propuestas. Aunque se convino en que debían mantenerse las restricciones relativas a la divulgación de información que se imponían por imperio de los incisos *a*) y *b*) del párrafo 2, en la Ley Modelo se debía indicar que la divulgación de información podría quedar sujeta a la orden de un tribunal competente. Esa excepción permitiría el uso excepcional de la información restringida cuando un tribunal lo considerara necesario, por ejemplo en el caso de las vías de recurso. La información que se consignaría en el expediente para la tercera categoría de usuarios comprendería, por ejemplo, la relación exigida en el párrafo 5 del artículo 7 de las circunstancias en que se había fundado la entidad adjudicadora para justificar la aplicación de un método específico de contratación pública.

81. El Grupo de Trabajo convino en que el expediente se debería poner a disposición de las diversas categorías de usuarios al terminar los procedimientos de licitación conforme a lo dispuesto en el párrafo 2 y, hasta que volviera a revisarse la disposición, en retener las dos alternativas que figuraban entre corchetes. Convino, además, en que la cuestión del acceso a la información consignada en el expediente antes de esa oportunidad no se legislaría en la Ley Modelo, pero se dejaría librada a las disposiciones de otras ramas del derecho, como la legislación sobre acceso a la información y el derecho de la prueba.

### Artículos 33 ter a 33 sexies

#### *Procedimiento de solicitud de propuestas*

82. El Grupo de Trabajo examinó la siguiente propuesta de una versión racionalizada de las disposiciones contenidas en los artículos 33 *ter* a 33 *sexies* en cuanto a las condiciones y los procedimientos para la solicitud de propuestas:

### "Artículo 33 ter

#### *Solicitud de propuestas*

1) (Con aprobación de ...) la entidad adjudicadora al adjudicar un contrato podrá recurrir al procedimiento de

solicitud de propuestas y recabar propuestas de cuantos contratistas o proveedores sea posible, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

a) que la entidad adjudicadora no haya tomado decisión alguna sobre las peculiaridades o especificaciones de los bienes o de las obras que hayan de contratarse y recabe propuestas sobre los diversos medios posibles de satisfacer sus necesidades;

b) que la selección del contratista o proveedor adjudicatario se funde en la eficacia de los medios propuestos y en el precio de la propuesta; y

c) que la entidad adjudicadora haya establecido los criterios que permitan evaluar las propuestas y haya determinado las ponderaciones relativas que se asignarán a cada criterio y la manera de aplicarlos en la evaluación de las propuestas;

2) Los criterios a que se refiere el inciso c) del párrafo 1 servirán para determinar:

a) la idoneidad del contratista o proveedor;

b) la eficacia de la propuesta presentada por el contratista o proveedor; y

c) el precio ofrecido por el contratista o proveedor para ejecutar su propuesta, así como los respectivos costos del ciclo de ejecución de la propuesta.

3) La solicitud de propuestas publicada por la entidad adjudicadora incluirá por lo menos la siguiente información:

a) el nombre y domicilio de la entidad adjudicadora;

b) la descripción de la necesidad de contratación incluida cualquier especificación técnica y demás parámetros a que hubieren de ajustarse las propuestas, así como el lugar en que debieren ejecutarse, en su caso, las obras;

c) los criterios para evaluar la propuesta, la ponderación relativa que debe asignarse a cada criterio, expresada dentro de lo posible en términos monetarios, y la manera de aplicar los criterios a la evaluación de la propuesta; y

d) el formato deseado y las instrucciones necesarias, incluidos los plazos pertinentes, que sean aplicables a la propuesta.

4) La entidad adjudicadora abrirá todas las propuestas procurando no revelar su contenido a contratistas y proveedores de la competencia.

5) La entidad adjudicadora podrá entablar negociaciones con los contratistas o proveedores en relación con sus propuestas y podrá recabar o autorizar revisiones de esas propuestas, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

a) que las negociaciones entre la entidad adjudicadora y un contratista o proveedor sean confidenciales; y

b) que de conformidad con el párrafo 8, una parte en las negociaciones no revele a otra persona la información técnica o de precios u otra información de mercado relacionada con esas negociaciones sin el consentimiento de la otra parte.

6) Una vez finalizadas las negociaciones, la entidad adjudicadora podrá pedir a los contratistas o proveedores

que presenten, en una fecha determinada, la mejor oferta final en relación con sus propuestas.

7) La entidad adjudicadora aplicará los siguientes procedimientos para evaluar las propuestas:

a) sólo se tendrán en cuenta los criterios que se mencionan en el párrafo 2 y que se estipulen en la solicitud de propuestas;

b) la eficacia de la propuesta para satisfacer las necesidades de la entidad adjudicadora se evaluará por separado de su precio; y

c) la entidad adjudicadora sólo considerará el precio de la propuesta después de finalizar la evaluación técnica.

8) [Disposición sobre el registro de solicitudes para la entrega de propuestas.]”

83. Se expresó la opinión de que la versión presentada en la propuesta dejaba ciertas lagunas, en particular porque no mantenía la disposición del párrafo 2 del artículo 33 *ter*, que incorporaba mediante una referencia ciertas disposiciones del artículo relativo al procedimiento de licitación. Por ejemplo, como la propuesta no contenía ninguna disposición sobre la aceptación de las propuestas ni sobre la entrada en vigor del contrato adjudicado, y no existía ninguna referencia que hiciera aplicable el artículo 32, la Ley Modelo no indicaría el momento de entrada en vigor del contrato adjudicado en el contexto del procedimiento de solicitud de propuestas. Se señaló, respondiendo a estas observaciones, que la Ley Modelo tampoco contenía disposiciones de ese tipo respecto de otros métodos de contratación pública como la contratación con una sola fuente, la negociación competitiva y la solicitud de cotizaciones.

84. Se convino en que el procedimiento de solicitud de propuestas debía considerarse, conforme a la Ley Modelo, un método de contratación completamente independiente de la licitación y, por lo tanto, no resultaría oportuno incorporar a ese respecto disposiciones relativas a las licitaciones. La cuestión de la entrada en vigor de los contratos adjudicados a través de este procedimiento podría quedar librada a la ley aplicable.

#### *Párrafo 1*

85. Se propuso modificar la oración inicial del párrafo de tal modo que, además del requisito de que la solicitud de propuestas se dirigiera a cuantos contratistas fuera posible, se exigiera formularla como mínimo a tres contratistas o proveedores si era posible hacerlo. Se dijo que tal modificación resultaría innecesaria porque, en la clase de grandes proyectos a la que por lo general se aplicaría el procedimiento de solicitud de propuestas, la entidad adjudicadora, por su propio interés, procuraría obtener el mayor número posible de propuestas. Sin embargo, prevaleció el criterio de que la modificación propuesta era conveniente porque el solo hecho de exigir el envío de la solicitud de propuestas “a cuantos contratistas y proveedores sea posible” no garantizaría que en todos los casos la entidad adjudicadora gestionara propuestas de un número suficiente de contratistas y proveedores para generar un grado mínimo de competencia.

86. Otra iniciativa tendiente a promover la competencia en el procedimiento de solicitud de propuestas fue que la enti-

dad adjudicadora tuviera que publicar un aviso relativo al procedimiento. Se formularon objeciones a tal exigencia de publicación sobre la base de que quitaría nitidez a la distinción entre el procedimiento de solicitud de propuestas y el de licitación, al obligar a la entidad adjudicadora a evaluar propuestas de contratistas y proveedores cuyas ofertas podría no interesarle tomar en consideración. Por otra parte, se expresó preocupación por el tiempo mucho mayor que llevaría a la entidad adjudicadora la evaluación de las propuestas. Sin embargo, predominó la opinión de que sería conveniente que la entidad adjudicadora tuviera que dar publicidad, en general, al procedimiento de solicitud de propuestas a fin de acentuar la competencia; pero que tal requisito debería quedar sujeto a ciertas restricciones. Una propuesta tendiente a concretarlas en forma relativamente limitada fue la de exigir únicamente que la entidad adjudicadora se pusiera en comunicación con los contratistas y proveedores más importantes del sector respectivo. Esta propuesta no fue considerada viable porque suponía un alto grado de apreciación subjetiva. También se propuso disponer la publicación, pero con carácter discrecional. Se señaló que tal criterio tendría un valor limitado porque la versión propuesta no impedía que la entidad adjudicadora publicara avisos si lo deseaba. Otra iniciativa fue que la entidad adjudicadora tuviera que ponerse en comunicación con las asociaciones profesionales de los contratistas y proveedores que actuaran en los sectores interesados en el proyecto respectivo.

87. En vista de las consideraciones y deliberaciones mencionadas, el Grupo de Trabajo convino en añadir al párrafo 1 una disposición del siguiente tenor:

“La entidad adjudicadora publicará un aviso en un periódico especializado de gran circulación invitando a presentar propuestas, a menos que por razones de economía o eficiencia estime que no es oportuno hacerlo.”

88. El Grupo de Trabajo expresó su interpretación de que la publicación del aviso no conferiría derecho alguno a los contratistas o proveedores, en particular ningún derecho a que se evaluaran sus propuestas.

89. Se convino en sustituir las palabras “no haya tomado decisión alguna” por “no haya podido decidir totalmente”. Se estimó que la nueva redacción evitaría la idea de que la entidad adjudicadora podría contratar mediante una solicitud de propuestas cuando hubiera estado en condiciones de decidir y simplemente hubiera omitido tomar las medidas necesarias para hacerlo, acerca de los tipos de bienes que hubiera de contratar. Se añadió la palabra “totalmente” a fin de no excluir la utilización de la solicitud de propuestas cuando la entidad adjudicadora estuviera sólo parcialmente en condiciones de decidir sobre las peculiaridades o especificaciones de los bienes o las obras que hubiera de contratar.

90. Se manifestaron dudas sobre la conveniencia de mantener los incisos *b*) y *c*) en el texto del párrafo 1. Se dijo que la ubicación de esos incisos, relativos a los procedimientos de utilización de la solicitud de propuestas, podría generar confusión porque el párrafo 1 se refería a las condiciones para la utilización de la solicitud de propuestas y esos procedimientos estaban formulados en otro lugar del texto propuesto. En apoyo de la estructura del texto se manifestó que la inclusión de los incisos *b*) y *c*), aunque no era rigurosamente necesaria, tenía el propósito de precisar desde el

primer momento esas características esenciales del procedimiento de solicitud de propuestas. También se puso en duda la necesidad de mantener el inciso *a*), sobre la base de que tenía un carácter tan general que podría constituir igualmente una correcta descripción de los criterios aplicables a la elección del contratista o proveedor en otros métodos de contratación. El Grupo de Trabajo decidió mantener el inciso *a*) y, sin perjuicio de seguir considerando el punto, mantener también la ubicación de los incisos *b*) y *c*). También se convino en que la referencia que figuraba en el inciso *b*) a “la eficacia de los medios propuestos” tendría que ajustarse a la que figuraba en el inciso *b*) del párrafo 2, a “la eficacia de la propuesta”.

91. Se expresó preocupación en el sentido de que no era claro el significado de las palabras “los criterios que permiten evaluar las propuestas”, que figuraban en el inciso *c*). Para resolver este problema se propuso añadir una disposición del siguiente tenor, con una enumeración no taxativa de los tipos de criterios aplicables:

“Los criterios a los que se refiere el inciso *c*) del párrafo 1 podrán incluir la estructura de la obra proyectada, la identificación de los principales problemas técnicos y esbozos de soluciones, el cronograma propuesto, y los métodos de control del tiempo y la calidad que habrán de emplearse.”

92. La inclusión de una disposición de este tipo dio lugar a objeciones fundadas en que tal lista, por más que se considerase no taxativa, se podría interpretar en algunas jurisdicciones en el sentido de que limitaba las facultades de la entidad adjudicadora obligándola a aplicar únicamente criterios análogos a los enunciados. En vista de tal posibilidad, el Grupo de Trabajo decidió que sería preferible no incluir la disposición propuesta y, en cambio, incluir en el comentario una explicación sobre la referencia a los criterios.

#### *Párrafo 2*

93. Se convino en sustituir las palabras “servirán para determinar”, incluidas en el encabezamiento del párrafo, por una expresión como “se referirán a”, en vista de que el inciso *c*) mencionaba el precio y para aclarar que el precio mismo podía constituir un criterio.

94. Se propuso eliminar del párrafo 2 la mención de la idoneidad del contratista o proveedor, que figuraba en el inciso *a*) como uno de los criterios ponderados con los que se evaluarían las propuestas. En apoyo de esta iniciativa se dijo que la idoneidad de un contratista o proveedor no era cuantificable y debía abordarse en el procedimiento de solicitud de propuestas como un requisito mínimo independiente que determinaría sólo si se admitía o no al contratista o proveedor. Según este punto de vista, el criterio de la idoneidad para evaluar y comparar las propuestas suponía un alto grado de subjetividad y aumentaba los riesgos de corrupción. Se objetó este planteo sobre la base de que la entidad adjudicadora podría legítimamente tener en cuenta la idoneidad como criterio de evaluación, porque determinado contratista o proveedor podía inspirarle más confianza que otro en cuanto a su capacidad de cumplir su propuesta. El Grupo de Trabajo convino en mantener la idoneidad como criterio de evaluación en vista de las garantías contra las prácticas abusivas que figuraban en la Ley Modelo. Al mis-

mo tiempo, se convino en que la Ley Modelo debía autorizar a la entidad adjudicadora a excluir de la participación en el procedimiento de solicitud de propuestas a los contratistas o proveedores a los que no se considerara dignos de confianza o idóneos. Podría obtenerse ese resultado disponiendo que la entidad adjudicadora tendría el derecho de tomar en consideración únicamente las propuestas que deseara. Para distinguir tal disposición del criterio de la idoneidad como factor de evaluación, se convino en modificar el inciso *a)* de modo que se refiriese al grado comparativo de idoneidad técnica y de gestión de los contratistas y proveedores.

95. El Grupo de Trabajo aprobó sin modificaciones los incisos *b)* y *c)*.

#### *Párrafo 3*

96. El Grupo de Trabajo aprobó sin modificaciones el inciso *a)*.

97. Se convino en modificar el inciso *b)* sustituyendo la expresión "cualquier especificación técnica y demás parámetros" por "cualesquiera parámetros técnicos o de otra índole", a fin de evitar la incongruencia con el inciso *a)* del párrafo 1, en el cual se establecía que la entidad adjudicadora podía recurrir al procedimiento de solicitud de propuestas cuando no hubiera podido decidir totalmente acerca de las especificaciones de los bienes o de las obras.

98. Si bien se recordó que el Grupo de Trabajo había resuelto, en relación con sus deliberaciones sobre el artículo 28, que la expresión de los criterios de evaluación en términos monetarios constituía un método particularmente adecuado para la evaluación y comparación de ofertas, se manifestaron dudas sobre la viabilidad del requisito incluido en el inciso *c)*, conforme al cual los criterios de evaluación en el procedimiento de solicitud de ofertas tendrían que expresarse, dentro de lo posible, en términos monetarios. En particular se preguntó cómo se evaluarían y compararían las propuestas cuando sólo algunos de los criterios de evaluación pudieran expresarse en términos monetarios. Se señaló que cuando no pudieran expresarse todos los criterios de evaluación de esa manera, sería preciso traducir todos los criterios al sistema de "puntaje de méritos". Se sostuvo que la expresión de los criterios de evaluación en términos monetarios se prestaba para un grado mayor de objetividad en la evaluación y comparación de las ofertas. El Grupo de Trabajo convino en que el método establecido en el texto era aceptable en cuanto recomendaba la expresión de los criterios de evaluación en términos monetarios pero permitía que la entidad adjudicadora procediera en otra forma cuando ello no fuese posible. Al mismo tiempo, el Grupo de Trabajo observó el carácter decisivo del requisito de que se informara a los contratistas y proveedores, en la solicitud de propuestas, acerca de los criterios de evaluación y la forma en que se aplicarían. Se convino igualmente en que la referencia a la expresión en términos monetarios debería figurar inmediatamente a continuación de las palabras "los criterios para evaluar la propuesta", para evitar la idea de que la ponderación relativa de los criterios pudiera expresarse en términos monetarios.

99. El Grupo de Trabajo aprobó sin modificaciones el inciso *d)*.

#### *Párrafo 4*

100. El Grupo de Trabajo aprobó sin modificaciones el párrafo 4.

#### *Párrafo 5*

101. El Grupo de Trabajo aprobó sin modificaciones los incisos *a)* y *b)*.

102. Se señaló que podrían plantearse situaciones en las que la entidad adjudicadora quisiera alterar los criterios de evaluación establecidos en la solicitud de propuestas. En ciertos casos, la entidad adjudicadora podría verse impulsada a introducir tales modificaciones debido a datos obtenidos de las propuestas o de las negociaciones con los contratistas y proveedores. Se planteó la cuestión del grado en que la Ley Modelo debería permitir que se modificaran los criterios de evaluación, y de si tales modificaciones podrían permitir que un contratista o proveedor se enterara del contenido de las propuestas de sus competidores. Se convino en permitir que se modificaran los criterios de evaluación establecidos en la solicitud de propuestas a condición de que tales modificaciones se aplicaran y comunicaran a todos los contratistas y proveedores participantes. También se convino en que esas modificaciones se permitirían incluso después de la apertura de negociaciones, pero cualquier modificación tendría que llevarse a cabo de modo que preservase el carácter confidencial de las negociaciones. También se convino en añadir al párrafo 5 un nuevo inciso en el que se establecería el requisito de que cualquier modificación o aclaración de la solicitud de propuestas tendría que comunicarse a todos los contratistas y proveedores participantes.

103. Se propuso que la Ley Modelo obligara a la entidad adjudicadora, si deseaba negociar con un contratista o proveedor acerca de su propuesta, a dar oportunidad a todos los contratistas o proveedores que hubieran formulado propuestas no rechazadas. Se convino en aceptar la propuesta e incorporarla en un nuevo inciso del párrafo 5.

#### *Párrafo 6*

104. El Grupo de Trabajo convino en incluir en el procedimiento de solicitud de propuestas el método de la "mejor oferta final". Sin embargo, se convino en que este método debería ser obligatorio a fin de fomentar la competencia y la transparencia de los procedimientos. En consecuencia, se resolvió sustituir las palabras "podrá pedir" por "pedirá". También se convino en que el pedido de la mejor oferta final se formulara a todos los contratistas y proveedores que todavía participaran en el procedimiento, y en que debía aclararse que la mejor oferta final se refería a todos los aspectos de la propuesta y no únicamente al precio.

#### *Párrafo 7*

105. Se sugirió que el inciso *a)* hiciera referencia al inciso *c)* del párrafo 3, en lugar del párrafo 2. También se dijo que el inciso podría aludir a la forma de aplicación de los criterios y tener en cuenta la posibilidad de modificación de los criterios establecidos en la solicitud de propuestas.

### Artículo 34

#### *Procedimiento de negociación competitiva*

106. El Grupo de Trabajo recordó que, en su 12.º período de sesiones, había solicitado a la Secretaría que le informara en el período de sesiones en curso sobre las disposiciones de las leyes nacionales de contratación pública relativas al método de contratación que en la Ley Modelo se denominaba negociación competitiva. Se observó que el Grupo de Trabajo tenía ante sí el correspondiente informe (documento A/CN.9/WG.V/WP.31).

107. El Grupo de Trabajo comenzó su examen del artículo 34 con un intercambio de opiniones sobre la conveniencia de estipular la negociación competitiva como uno de los métodos de contratación distintos de la licitación. Se opinó que las condiciones de aplicación de la negociación competitiva se habían expresado con excesiva generalidad y atribuían a la entidad adjudicadora una discreción excesiva para decidir si prescindiría del procedimiento de licitación. Se manifestó, además, que cualquier necesidad de contratación por negociación que pudiera tener la entidad adjudicadora ya estaba atendida adecuadamente por otros dos métodos de contratación pública, a saber, la licitación en dos etapas y la solicitud de cotizaciones, y que, en consecuencia, el artículo 34 podía eliminarse en su totalidad. Se dijo además que la Ley Modelo, en su forma actual, podría crear confusión entre los funcionarios encargados de la contratación pública, porque existía una yuxtaposición entre las condiciones de aplicación de la negociación competitiva estipuladas en el artículo 34 y las condiciones de aplicación de la licitación en dos etapas y de la solicitud de cotizaciones. Para resolver el problema de la yuxtaposición, se sugirió que se considerara la posibilidad de que esos tres métodos de contratación pública fueran opciones entre las que podría escoger la entidad adjudicadora.

108. Tal como había sucedido en anteriores períodos de sesiones del Grupo de Trabajo, prevaleció la tesis de que en la Ley Modelo se debía prever el procedimiento de la negociación competitiva. Hubo acuerdo en que el mero hecho de que la aplicación de la Ley Modelo en un caso determinado pudiera revelar una yuxtaposición entre las condiciones de aplicación de diversos métodos de contratación pública no significaba que esos métodos pudieran, en general, considerarse como opciones en el marco de la Ley Modelo. Se señaló, además, que el párrafo 3 del artículo 7 resolvía el problema de la yuxtaposición mediante el establecimiento del orden de prelación entre los métodos de contratación distintos de la licitación que se debía observar en casos de yuxtaposición. Sin embargo, el Grupo de Trabajo opinó que era necesario precisar mejor las condiciones de aplicación de la negociación competitiva.

#### *Párrafo 1 (nuevo)*

109. En su 12.º período de sesiones el Grupo de Trabajo había decidido que las condiciones de aplicación de los métodos de contratación pública distintos de la licitación deberían enunciarse en los artículos que trataran de esos métodos y, con arreglo a esa decisión, el Grupo de Trabajo acordó incluir las condiciones de aplicación de la negociación competitiva en el párrafo 1 (nuevo).

110. Hubo un amplio acuerdo sobre el contenido general del inciso a). Sin embargo, se estimó que la norma estaba redactada con mucha generalidad y que podía interpretarse que abarcaba una variedad de situaciones de contratación pública en las que resultaría más apropiado recurrir a métodos de contratación más competitivos. Se convino en que era menester reformular el inciso para subrayar con mayor claridad que para poder justificar el uso del procedimiento de negociación competitiva los bienes debían ser de naturaleza especial o de particular complejidad técnica.

111. Se propuso modificar el inciso b) para aclarar que la urgencia constituía una razón para recurrir al procedimiento de negociación competitiva sólo cuando fuera imposible iniciar un procedimiento de licitación. Al respecto se sugirió que bien podría hacerse una referencia concreta a las circunstancias en las que sería imposible seguir los procedimientos de licitación enunciados en el artículo 12. Se decidió que esa modificación sería innecesaria puesto que en el inciso b) ya se aludía implícitamente a aspectos concretos de la licitación, tales como los procedimientos estipulados en el artículo 12. Sin embargo, el Grupo de Trabajo convino, en que el inciso debería limitar el recurso a la negociación competitiva por motivos de urgencia a aquellos casos que fueran imprevisibles y que no se debieran a un proceder dilatorio de la entidad adjudicadora.

112. Se cuestionó la necesidad de mantener las palabras "salvo que en el contrato se incluya la producción de bienes en cantidades suficientes para asegurar su viabilidad comercial o para amortizar gastos de investigación y desarrollo" al final del inciso c). Se acordó en mantener esas palabras porque su propósito era cerciorarse de que el contrato celebrado por la entidad adjudicadora tuviera auténticos fines de investigación y no fines comerciales. El Grupo de Trabajo aprobó el párrafo sin modificaciones.

113. Se observó que en su redacción actual el inciso d) limitaba el uso de la negociación competitiva cuando la contratación se relacionara con la defensa o la seguridad nacionales únicamente a los casos en que fuera necesario guardar secreto. Se sugirió que tal método era demasiado restrictivo porque podría haber casos de contratación en los que intervinieran consideraciones de defensa o seguridad nacional en los que no fuera necesario guardar secreto y en los que la entidad adjudicadora podría considerar que la negociación competitiva era el método de contratación más apropiado. Se expresaron dudas acerca de la propuesta de ampliar el alcance del inciso d), fundadas en la preocupación de que podría llevar a evadir los procedimientos de licitación cuando la defensa o la seguridad nacionales fueran consideraciones periféricas. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo aceptó la propuesta de eliminar la mención de la necesidad de guardar secreto y de mencionar únicamente la defensa y la seguridad nacionales. Se consideró que ese enfoque ampliaría la posibilidad de aplicar la Ley Modelo.

114. Se preguntó si la inclusión de consideraciones de defensa y seguridad nacionales como motivo para usar el procedimiento de negociación competitiva era compatible con el párrafo 2 del artículo 1, que excluía la aplicación de la Ley Modelo a la contratación que fuera de interés para la defensa o la seguridad nacionales, salvo que la entidad adjudicadora hubiera declarado su aplicabilidad y la medida en que se aplicara. En particular, se expresó inquietud por el

hecho de que la yuxtaposición de ambas disposiciones podría llevar a confusión acerca de si la Ley Modelo se aplicaba, en general, a la contratación relacionada con la defensa nacional. El Grupo de Trabajo observó que el párrafo 2 del artículo 1, que trataba del ámbito de aplicación de la Ley Modelo, permitía que la entidad adjudicadora aplicara la Ley Modelo a la contratación relacionada con la defensa o la seguridad nacionales. La referencia a la defensa o la seguridad nacionales en el inciso *d*) no estaba vinculada con el ámbito de aplicación de la Ley Modelo, sino que permitía a la entidad adjudicadora, usar el procedimiento de negociación competitiva, una vez que hubiera decidido aplicar la Ley Modelo. Se convino en que debería volver a examinarse la formulación del inciso *d*) a fin de determinar si sería posible esclarecer la relación entre el inciso *d*) y el párrafo 2 del artículo 1, quizás mediante la adición en el inciso *d*) de una remisión al párrafo 2 del artículo 1. Se acordó, además, que en el comentario debería indicarse que las consideraciones relativas a la defensa y la seguridad nacionales se habían añadido como posibles motivos para el uso de la negociación competitiva a fin de propiciar la aplicación lo más amplia posible de la Ley Modelo a la contratación en la esfera de la defensa y seguridad nacionales.

115. Se propuso modificar el inciso *e*) para disponer que, cuando el procedimiento de negociación competitiva se hubiera emprendido debido al fracaso del procedimiento de licitación, el contrato adjudicado no pudiera fijar un precio más alto que el precio ofrecido en el procedimiento de licitación y que los términos contractuales del contrato adjudicado deberían ser los mismos. No se aceptó la propuesta ya que se consideró que restringiría excesivamente a la entidad adjudicadora. Además se plantearon cuestiones sobre si tal método era factible en la práctica, particularmente debido a que los precios bien podrían aumentar en el intervalo entre la conclusión del procedimiento de licitación frustrado y el comienzo del procedimiento de negociación competitiva. La propuesta de añadir un factor de inflación para atender a esa posibilidad no encontró apoyo. Se acordó que el inciso *e*) se mantendría en su actual redacción y que la mención de las circunstancias que harían poco probable la adjudicación de un contrato mediante un nuevo procedimiento de licitación era salvaguardia suficiente contra el uso abusivo del procedimiento de negociación competitiva. Se pidió a la Secretaría que examinara el inciso *e*) para determinar si era necesario introducirle cambios en vista de la anterior decisión del Grupo de Trabajo sobre el derecho de la entidad adjudicadora de rechazar todas las ofertas cuando el contratista o proveedor escogido no hubiera reconfirmado su idoneidad.

116. Como en el caso del examen de otras disposiciones de la Ley Modelo en las que se hacía referencia a las reglamentaciones de contratación pública, se puso en duda si la remisión a las normas relativas a la contratación pública en el inciso *f*) era apropiada, y cuáles serían sus consecuencias, en vista de la discreción otorgada en el artículo 4 a los Estados que promulgaran la Ley para dictar reglamentos relativos a la contratación pública. Resultó innecesario considerar esa cuestión con respecto al inciso *f*) cuando el Grupo de Trabajo decidió eliminar ese inciso debido a que el procedimiento de solicitud de cotizaciones era un método de contratación más competitivo y, por ende, más apropiado para los contratos de bajo valor que el método más complejo y confidencial de la negociación competitiva.

#### *Párrafo 1 bis (nuevo)*

117. Se convino en que, en vista de la decisión de no mantener el inciso *f*) del párrafo 1 (nuevo), no era necesario mantener el párrafo 1 *bis* (nuevo).

#### *Párrafo 1*

118. Se señaló a la atención del Grupo de Trabajo que en los regímenes sobre contratación pública de algunos Estados se disponía que en las negociaciones la entidad adjudicadora debía exigir que, en una fecha cierta de las últimas etapas del procedimiento de contratación pública, los contratistas y proveedores intervinientes presentaran su "oferta mejor y final" y que la selección de un contratista o proveedor debía basarse en esas ofertas finales. Se sugirió que ese procedimiento introduciría elementos de disciplina y competencia en las negociaciones y que se debería considerar la posibilidad de incluirlo en el párrafo 1. No obstante, se expresaron reservas respecto de incluir un requisito general de oferta mejor y final. Si bien se reconoció que, en algunas circunstancias ese procedimiento bien podría ser útil, se corría el peligro de que en algunos casos restringiera excesivamente la posición de negociación de la entidad adjudicadora y limitara sus posibilidades de obtener el mejor valor. Se expresó asimismo preocupación porque un efecto no deseado del procedimiento de oferta mejor y final fuera el propiciar una colusión entre contratistas o proveedores. En vista de las consideraciones antes consignadas, el Grupo de Trabajo convino en que la Ley Modelo debería prever un procedimiento de oferta mejor y final, pero que su uso debía dejarse librado a la discreción de la entidad adjudicadora. Asimismo, el Grupo de Trabajo señaló su entendimiento de que el concepto de oferta mejor y final se aplicaba no sólo al precio sino también a los aspectos técnicos y a todos los demás aspectos de las ofertas. Se convino en que en el comentario se deberían analizar los factores que la entidad adjudicadora habría de tener en cuenta al determinar si recurriría o no al procedimiento de oferta mejor y final. El Grupo de Trabajo aprobó el texto del párrafo 1, sujeto a la adición del procedimiento de oferta mejor y final.

#### *Párrafo 2*

119. El Grupo de Trabajo aceptó la propuesta de agregar la palabra "aclaraciones" a la lista de elementos de información a que se hacía referencia en el párrafo 2. A reserva de esa modificación, el Grupo de Trabajo aprobó el párrafo 2.

#### *Párrafo 3*

120. Se opinó que no se veía con claridad si el párrafo 3, tal como estaba redactado, en particular por la referencia a "terceros", sólo prohibía a la entidad adjudicadora y a los contratistas y proveedores intervinientes la divulgación de información a personas que no intervinieran en el procedimiento de negociación competitiva. Se expresó, en particular, la preocupación de que se interpretara que el párrafo no prohibía divulgar información sobre las negociaciones por los contratistas y proveedores intervinientes. Si bien se reconoció que, por lo general, sería más probable que la entidad adjudicadora estuviese tentada a compartir información con un determinado contratista o proveedor acerca de sus negociaciones con otro contratista o proveedor más de lo que lo que podrían estar los contratistas y proveedores competidores a

compartir esa información entre sí, se observó que se corría el peligro de colusión entre los contratistas o proveedores participantes. Se convino en que la restricción consignada en el párrafo 3 sobre la divulgación de información a terceros por parte de los participantes en las actuaciones tenía por objeto abarcar la hipótesis de intercambio de información entre contratistas y proveedores, así como la divulgación por una entidad adjudicadora a un contratista o proveedor de información relativa a negociaciones con otro contratista o proveedor. Se sugirió que se podría aclarar el significado previsto del párrafo haciendo referencia a "ninguna otra persona" o a "ningún otro contratista o proveedor o a terceros" en lugar de hacer una simple referencia a "terceros".

121. Se sugirió que la restricción sobre divulgación de información estaba formulada en términos demasiado amplios y, en consecuencia, bien podría ser contraria a la legislación de algunos Estados en lo concerniente al acceso a la información y que solamente debería restringirse la divulgación de información "confidencial". En apoyo del texto actual, se señaló que la necesidad de proteger el carácter confidencial del procedimiento de negociación competitiva significaba que, en particular durante las negociaciones, ningún tercero debía tener derecho a recibir información acerca de las negociaciones entre la entidad adjudicadora y un contratista o proveedor. Se señaló que, en los Estados que habían sancionado normas sobre acceso a la información, esas normas resolverían cualquier conflicto con la Ley Modelo. Según ese punto de vista, el grado en que debería hacerse pública la información estaba considerado adecuadamente en el párrafo 4. El Grupo de Trabajo, aunque estuvo de acuerdo con la orientación general del texto actual, reconoció que bien podría ser útil tratar de circunscribir su alcance al tipo de información que se deseaba proteger. Dicha información era la referente a los aspectos técnicos y de precios de las negociaciones y no se relacionaba con asuntos que sí se podrían divulgar útilmente sin perjuicio para el procedimiento, como la identidad de los contratistas y proveedores participantes. En cuanto a la forma exacta de modificar la redacción del párrafo 3, la propuesta de agregar la palabra "confidencial" no recibió apoyo por cuanto se temía que suscitara cuestiones complicadas respecto de qué información era confidencial, en particular porque en el párrafo 3 se disponía que todo el proceso de negociación era confidencial. Se convino en que se podía hacer referencia concreta a la información de carácter técnico y de precios y a otra información de mercado. Se sugirió asimismo que se podría lograr mayor claridad si se estipulaba que el párrafo 3 se refería al período previo a la terminación del procedimiento de negociación competitiva, en tanto que el párrafo 4 se refería a la divulgación de información después de terminado el procedimiento de negociación competitiva.

122. Se pidió a la Secretaría que revisase el párrafo 3 con objeto de que reflejase las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo.

#### *Párrafo 4*

123. Se convino en aplazar el examen del régimen de constitución de expedientes en relación con el procedimiento de negociación competitiva hasta tanto el Grupo de Trabajo examinase una disposición general relativa a los requisitos de constitución de expedientes en general.

### *Artículo 34 bis* *Solicitud de cotizaciones*

#### *Párrafo 1*

124. Se propuso que se modificara la referencia a los tipos de bienes respecto de los cuales podría ser conveniente que se solicitaran cotizaciones de modo que en ella se incluyeran los bienes fácilmente identificables o disponibles a precio de lista, con el objeto de indicar claramente que se trataba de bienes para los que existía un mercado. Se observó que la expresión "precio de lista" no era suficientemente precisa. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo con la intención general de la propuesta y pidió a la Secretaría que determinara cómo podría aplicarse en la práctica.

125. Se opinó que habría que considerar la conveniencia y los efectos que tendría el indicar en los reglamentos sobre contratación pública el monto por debajo del cual podrían solicitarse cotizaciones, en vista de que en el artículo 4 se indicaba que la promulgación de reglamentos sobre contratación pública no era obligatoria. Se indicó que en algunos ordenamientos jurídicos si el Estado no promulgaba reglamentos sobre contratación pública las entidades adjudicadoras no podían solicitar cotizaciones. Se recordó que se había hecho referencia al efecto que tendría el hecho de que un Estado no promulgara reglamentos sobre contratación pública en relación con otras disposiciones de la Ley Modelo, y que el Grupo de Trabajo había decidido seguir analizando este tema en términos generales.

126. Se propuso que en el comentario se indicase que las entidades adjudicadoras que emplearan este método de contratación debían tomar las medidas necesarias para que los bienes normalizados que fueran a ser objeto de contratación pública cumplieran con los requisitos de calidad establecidos.

#### *Párrafo 2*

127. El Grupo de Trabajo aprobó el texto del párrafo 2 sin modificaciones.

#### *Párrafo 3*

128. El Grupo de Trabajo trató de determinar si en el párrafo 3 se debía exigir que la entidad adjudicadora solicitase cotizaciones a un número mínimo especificado de contratistas o proveedores. Si bien el Grupo de Trabajo reconoció que el indicar un número mínimo, como se había hecho en el proyecto, tenía la ventaja de que se señalaba claramente cuáles eran las obligaciones de la entidad adjudicadora, en general se convino en que no se podría establecer una regla que rigiera todos los casos, porque existía la posibilidad de que la entidad adjudicadora no pudiera conseguir siempre el número mínimo de cotizaciones; por ejemplo, cuando el número de contratistas o proveedores que pudieran satisfacer las necesidades de la entidad adjudicadora fuera inferior al mínimo. En un intento por aplicar un método flexible y aprovechar a la vez algunas de las ventajas que ofrecía el establecimiento de un número mínimo, se convino en exigir a la entidad adjudicadora que solicitara cotizaciones a todos los contratistas que pudiera, como mínimo a tres.

129. Se preguntó si sería necesario mantener en la última oración la prohibición de realizar negociaciones. Se sugirió

eliminar esa frase, en vista de que en la práctica se realizaban negociaciones en relación con la solicitud de cotizaciones. A juicio de la mayoría, no debía eliminarse la prohibición de realizar negociaciones, porque era un importante elemento de este método de contratación. También se indicó que se deberían prohibir las negociaciones, porque en la Ley Modelo se prevenían otros métodos de contratación pública en los que se tomaba debidamente en consideración la necesidad que podría tener la entidad adjudicadora de recurrir a negociaciones en el proceso de contratación pública.

#### *Párrafo 4*

130. Se propuso que se empleara la expresión “la cotización más baja fiable”, en lugar de la expresión “el precio más bajo”, para que la entidad adjudicadora no se viera obligada a aceptar la cotización más baja cuando ésta no fuera fiable por otros motivos. Por ejemplo, podría ser necesario actuar con tal flexibilidad cuando un contratista o proveedor que ofreciera el precio más bajo no pudiera asegurar que haría entrega de los bienes dentro del plazo fijado. El Grupo de Trabajo aceptó la propuesta. Asimismo, se señaló que, debido a los términos en que estaba redactado el artículo, éste podría tener el efecto no intencional de sugerir que la entidad adjudicadora tenía la obligación de aceptar el precio más bajo, incluso en caso de que fuera muy alto. Se sugirió que para aclarar esa disposición se podría indicar que la entidad adjudicadora sólo estaba obligada a aceptar el precio más bajo fiable en caso de que efectivamente se adjudicara un contrato.

131. Se indicó que, de acuerdo con los términos en que estaba redactado el párrafo 4, la entidad adjudicadora tenía una sola alternativa: aceptar la cotización más baja aun en el caso de que la hubiese presentado un contratista o un proveedor que la entidad adjudicadora supiera que no era digno de confianza. Para evitar atarle las manos de esa manera a la entidad adjudicadora, se sugirió intercalar la palabra “responsable” antes de “contratista o proveedor”. Se puso en duda la necesidad de introducir esa enmienda, por considerarse que el procedimiento de solicitud de cotizaciones permitía a la entidad adjudicadora determinar si los contratistas y proveedores eran dignos de confianza antes de solicitarles que presentaran cotizaciones. Sin embargo, el Grupo de Trabajo reconoció que en algunos casos existía la posibilidad de que una entidad adjudicadora descubriera que un contratista o proveedor no era digno de confianza sólo después de que el contratista o proveedor le presentara la cotización más baja. Se convino en que, en tales casos y también cuando la entidad adjudicadora tuviera que limitarse a los contratistas o proveedores incluidos en determinados registros o listas, dicha entidad debería poder rechazar la cotización más baja cuando la presentara un contratista o proveedor que no fuera digno de confianza. En cuanto a la redacción del párrafo, se propuso que se empleara el término “calificado” en lugar de “responsable”, pero se objetó el empleo de ese término porque podría reducir el carácter no formal del procedimiento de solicitud de cotizaciones. También se formularon algunas objeciones a la propuesta de emplear el término “competente”. Se solicitó a la Secretaría que redactara un texto en el que se hiciera referencia a la fiabilidad del contratista o proveedor.

132. Se preguntó si la expresión “precio más bajo” se refería también a otros elementos además del costo de los

bienes; por ejemplo, el costo del transporte y del seguro. Se indicó que esa expresión podría interpretarse en el contexto de la evaluación de las cotizaciones que realizara la entidad adjudicadora para determinar cuál debería seleccionar, a fin de adquirir los bienes al precio total más bajo, y que la pregunta planteada se relacionaba con la redacción. Se solicitó a la Secretaría que analizara si la determinación de los elementos que debían incluirse en el precio se aplicaba también a otros métodos de contratación pública y, en tal caso, si habría que incluir una definición de “precio” en el artículo 2. Asimismo, se sugirió que, en la medida en que no planteara problemas de fondo, se podría hacer referencia a los componentes del precio en el comentario.

#### *Párrafo 5*

133. Se convino en aplazar el examen de las exigencias relativas a los expedientes que pudieran aplicarse a la solicitud de cotizaciones hasta que el Grupo de Trabajo estudiara una disposición general sobre la materia.

#### *Artículo 35*

##### *Expediente que ha de guardarse de la contratación con una sola fuente*

#### *Párrafo 1 (nuevo)*

134. De conformidad con la decisión adoptada en el 12.º período de sesiones de que las condiciones para aplicar métodos de contratación distintos de la licitación figuraran en los artículos que se ocupan de esos métodos, el Grupo de Trabajo acordó incluir las condiciones de aplicación de la contratación con una sola fuente en el párrafo 1 (nuevo). Al mismo tiempo se acordó que el título del artículo sería “contratación con una sola fuente”.

135. Se expresó una opinión en el sentido de que la referencia a un número elevado de circunstancias que permitirían contratar con una sola fuente tenía el riesgo de aumentar el grado de repetición de las condiciones de aplicación de distintos métodos de contratación y que algunas condiciones de aplicación de la contratación con una sola fuente tenían una utilidad dudosa y, por lo tanto, podían suprimirse. En respuesta a ello se señaló que el párrafo 3 del artículo 7, que determinaba un orden de preferencia entre los métodos de contratación distintos de la licitación, se ocupaba adecuadamente de la posibilidad de repeticiones.

136. Se propuso que se suprimiera el inciso *a)* aduciendo que el valor bajo de una contratación no debía justificar el recurso a la contratación con una sola fuente. Se señaló que la disposición no establecía la obligación de conseguir un precio ventajoso y que la Ley Modelo ofrecía un método más competitivo que podía utilizarse para contrataciones de bajo valor, a saber, la solicitud de cotizaciones, y que este método podía aplicarse sin mucho esfuerzo adicional. Habida cuenta de lo precedente se acordó suprimir el inciso *a)*.

137. Se acordó conservar el inciso *b)* en su forma actual. Sin embargo, se planteó la cuestión de la relación entre el inciso y la práctica que había en algunos Estados de pedir licencias.

138. En relación con el inciso *c*), se expresó la opinión de que la urgencia no debía ser motivo válido para recurrir a la contratación con una sola fuente cuando la condición que determinaba el procedimiento de urgencia era previsible y podía haberse evitado o cuando se debía a la conducta dilatoria de la entidad adjudicadora. Se acordó modificar el inciso *c*) de conformidad con esta opinión. Se acordó además que el inciso *c*) en su formulación actual no se distinguía suficientemente del motivo de urgencia para aplicar el procedimiento de negociación competitiva de conformidad con el inciso *b*) del párrafo 1 (nuevo) del artículo 34. Por lo tanto, el Grupo de Trabajo decidió limitar el inciso *c*) a situaciones de catástrofe. Se expresó una opinión en el sentido de que el inciso *c*) podía restringirse todavía más si el importe de las contrataciones que pudieran adjudicarse a una sola fuente se limitaba solamente a lo que fuera necesario hasta que llegara el momento de poder aplicar un método más competitivo de contratación.

139. Se expresó la preocupación de que el inciso *d*) podría tener el efecto de alentar a las entidades contratantes, en nombre de la normalización y contra sus propios intereses, a continuar contratando los mismos tipos de bienes u obras. Esto excluiría innecesariamente la posibilidad de un enfoque competitivo de las contrataciones que podría desembocar en la contratación de bienes más adecuados, y podría reducir las oportunidades para desarrollar la producción local. El Grupo de Trabajo tuvo en cuenta esta preocupación y acordó formular de nuevo el inciso *d*) para aclarar que se aplicaba únicamente a los casos en que no había alternativa viable. Debía exigirse a la entidad adjudicadora que considerara entre otros criterios si la contratación original era adecuada, el volumen de contratación propuesto en relación con la contratación original, el carácter razonable del precio, y la idoneidad de alternativas a los bienes en cuestión. Se expresó una opinión en el sentido de que las palabras "hubieran de adquirirse" utilizadas en el inciso *d*) no se correspondían con la palabra "concederá" utilizada en las primeras líneas del párrafo 1 (nuevo).

140. El Grupo de Trabajo decidió no añadir los incisos propuestos *d bis*) y *d ter*). El texto del inciso *e*) se aprobó sin modificaciones.

141. Se acordó modificar el inciso *f*) de conformidad con la modificación acordada en relación con el inciso *d*) del párrafo 1 (nuevo) del artículo 34. Se propuso que en el comentario se indicase que la finalidad de incluir el inciso *f*) era facilitar la aplicación de la Ley Modelo a contrataciones que afectaran a la seguridad nacional o la defensa nacional.

142. En relación con el inciso *g*), se expresó una opinión en el sentido de que la disponibilidad de criterios socioeconómicos como motivo de contratación con una sola fuente aumentaría mucho el riesgo de una aplicación abusiva del método de contratación con una sola fuente. Según esta opinión, si un Estado deseaba promover políticas socioeconómicas podía hacerlo con eficacia mediante procedimientos de licitación que fuesen competitivos y abiertos al examen público y que, por lo tanto, permitiesen con mayor probabilidad utilizar de modo eficaz los fondos públicos. En respuesta a ello se señaló que los Estados no aceptarían generalmente renunciar al derecho a contratar con una sola fuente por motivos socioeconómicos. Los gobiernos se en-

contraban siempre con situaciones especiales en las que había poderosos motivos socioeconómicos y políticos para adjudicar una contratación sin ningún tipo de procedimiento competitivo. Podía ser, por ejemplo, el caso de una instalación productiva que empleara una proporción muy grande de población activa en una zona determinada y que estuviera en peligro de cerrar.

143. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, el Grupo de Trabajo acordó que la Ley Modelo incluyera una disposición que actuara como válvula de seguridad en situaciones excepcionales, de conformidad con el inciso *g*), pero incluyendo ciertos procedimientos para garantizar la transparencia. Se señaló que el Grupo de Trabajo había acordado evitar la utilización del término "socioeconómico" en el artículo 28, debido a su vaguedad, y que por motivos semejantes este término debía evitarse en el inciso *g*) (véase el párrafo 34 *supra*). Se propuso la siguiente nueva formulación del inciso *g*):

"*g*) cuando sea preciso adjudicar el contrato a un determinado contratista o proveedor a fin de promover políticas expresamente señaladas en el apartado iii) del inciso *c*) del párrafo 7 del artículo 28 y se obtenga la aprobación después de un anuncio público y de una oportunidad adecuada de introducir comentarios."

El Grupo de Trabajo consideró esta nueva formulación aceptable, siempre que se añadiera la siguiente frase destinada a clarificar la naturaleza excepcional del inciso *g*):

"... y que no puedan promoverse estas políticas mediante la contratación de otro contratista o proveedor."

144. Se acordó que la referencia a las circunstancias previstas en el inciso *h*) resultaba innecesaria después de la modificación del inciso *f*) y que por lo tanto podía suprimirse el inciso *h*).

145. Se expresaron dudas sobre la conveniencia de conservar el inciso *i*). Se expresó en particular la opinión de que la disposición podía impedir la aplicación de métodos competitivos de contratación al permitir a una entidad que adjudicara un contrato a un contratista o proveedor dispuesto a construir o adquirir instalaciones o una capacidad especiales, sin obligar a la entidad adjudicadora a determinar si otros contratistas o proveedores estarían dispuestos a hacer lo mismo y quizás a un precio más favorable. Se señaló además que el inciso *i*) era innecesario en los casos en los que sólo había realmente un contratista o proveedor que pudiera satisfacer las necesidades de la entidad adjudicadora. Se acordó por lo tanto suprimir el inciso *i*).

#### *Párrafo 1 bis (nuevo)*

146. Se acordó suprimir el párrafo 1 *bis* (nuevo) como consecuencia de la supresión del inciso *a*) del párrafo 1 (nuevo).

#### *Párrafos 1 y 2*

147. Se acordó aplazar el examen de las condiciones relativas a los expedientes de procedimientos de contratación con una sola fuente hasta que el Grupo de Trabajo hubiera examinado la posibilidad de incluir una disposición general que rigiera las condiciones para expedientes de todos los

métodos de contratación. Se planteó si había requisitos de procedimiento relativos a la contratación con una sola fuente, aparte de las condiciones para expedientes, que pudieran tratarse de modo provechoso en la Ley Modelo. En respuesta a ello se indicó que incluir detalles adicionales de procedimiento podía aumentar el riesgo de complicar excesivamente la Ley Modelo.

## II. Debate de los proyectos de artículos 36 a 42 de la Ley Modelo sobre contratación pública (A/CN.9/WG.V/WP.27)

148. A efectos de examinar el recurso contra los actos y decisiones de la entidad adjudicadora, o contra los procedimientos por ella aplicados, en el marco de la Ley Modelo, el Grupo de Trabajo tuvo ante sí un informe del Secretario General (A/CN.9/WG.V/WP.27) en el cual se proponían tres posibles enfoques en cuanto al régimen aplicable al procedimiento de recurso. El primer enfoque consistía en preparar disposiciones para que fueran adoptadas por los Estados que promulgaran la Ley Modelo como parte integrante de la misma. Los proyectos de artículos 36 a 42 se presentaron al Grupo de Trabajo para que examinara ese enfoque. El segundo enfoque era preparar disposiciones referidas al procedimiento de recurso, pero tratando de que tuvieran una función diferente de las del cuerpo principal de la Ley Modelo, por cuanto los artículos 36 a 42 servirían de orientación a los Estados para evaluar la idoneidad y eficacia de sus procedimientos de recurso. Esas disposiciones contendrían todos los elementos que, a juicio de la Comisión, fueran componentes fundamentales de un procedimiento de recurso adecuado y eficaz. En virtud del tercer enfoque, la Ley Modelo sobre contratación pública no contendría disposiciones de carácter legislativo sobre procedimientos de recurso. En cambio, cuando aprobara la Ley Modelo, la Comisión la acompañaría con una exposición sobre la necesidad de contar con un procedimiento de recurso eficaz, en la forma de una recomendación dirigida a los Estados que enunciaría los elementos que considerara fundamentales. Se presentó al Grupo de Trabajo la posible formulación de esa recomendación.

149. El Grupo de Trabajo comenzó su examen de la cuestión del procedimiento de recurso con el debate de los tres enfoques posibles. En sustento del primer enfoque se adujo que si la Ley Modelo no contuviera disposiciones mínimas sobre vías de recurso como las propuestas en los artículos 36 a 42 ello obraría en menoscabo de la eficacia de la Ley Modelo como paradigma de una sana práctica de contratación pública, tanto para los Estados que hubieran sancionado disposiciones legislativas sobre contratación pública como para los Estados que carecieran de tales disposiciones. Sin embargo, se expresaron objeciones respecto del primer enfoque porque las vías de recurso tocaban aspectos conceptuales y estructurales fundamentales de diversos ordenamientos jurídicos y regímenes de administración del Estado, lo cual hacía difícil formular un régimen de vías de recurso susceptible de aplicación universal. En cuanto al segundo enfoque, se dijo que no se advertía con claridad en qué medida se diferenciaba del tercero. Se cuestionó la utilidad del tercer enfoque aduciendo que una mera recomendación no sería un medio suficientemente eficaz de asegurarse de que los Estados que promulgaran la Ley Modelo

instituyeran también los necesarios procedimientos de recurso. Se hizo ver que el enunciado de una recomendación por parte de la Comisión, que la Secretaría había propuesto que se inspirara en una directriz aprobada por el Consejo de las Comunidades Europeas (CE) que trataba del recurso previsto para los casos comprendidos en las directrices de la CE sobre contratación pública, sería menos eficaz que la aprobación de la directriz por el Consejo de las CE. La diferencia radicaba, en particular, en que la directriz de las CE estaba sujeta al régimen de aplicación de la Comunidad. Tras una deliberación, el Grupo de Trabajo decidió aplazar la decisión respecto de cuál de los tres enfoques adoptaría hasta que terminara su examen de los proyectos de artículos 36 a 42.

### *Artículo 36*

#### *Recurso de reconsideración*

150. Se convino en que las disposiciones sobre procedimientos de recurso en la Ley Modelo deberían incluir una norma similar a la del artículo 36, en la cual se indicaran en general las partes que tendrían derecho a interponer recurso. Se observó que esa norma, que en algunos ordenamientos jurídicos se denominaba norma de legitimación, por lo común se definía en relación con el interés de una parte en el acto de una entidad gubernamental, o con el perjuicio sufrido a raíz de un acto de una entidad gubernamental, y que no se refería al fondo de las reclamaciones sustantivas involucradas en el acto. Sin embargo, recibió amplio apoyo la opinión de que varios de los elementos esenciales de la norma enunciada en el artículo 36 tenían una redacción demasiado general y, por ende, podían crear incertidumbre en cuanto al alcance de los procedimientos de recurso estipulados en la Ley Modelo. En particular, se expresó la inquietud de que la mención de "toda persona" no tenía precisión suficiente, que la referencia al interés o perjuicio que se debía invocar para tener derecho a interponer el recurso debía circunscribirse mejor, que la referencia a actos o decisiones ilícitos de la entidad adjudicadora, o de procedimientos ilícitos por ella aplicados, adolecía de una generalidad excesiva y bien podría, por lo tanto, abarcar aspectos del proceso de contratación pública que no dieran lugar a recursos privados, y que al autorizar que el recurso se podía interponer en cualquier fase del proceso de contratación, o una vez terminado éste, se dejaba sin esclarecer qué aspectos del proceso de contratación pública caerían dentro del ámbito del artículo 36 y si había o no limitaciones de plazo para interponer el recurso.

151. En cuanto a la forma en que debería hacerse referencia a las partes cuyos recursos serían admisibles, el Grupo de Trabajo convino en que, en lugar de hablar de "toda persona natural o jurídica", el artículo 36 debía hablar de "todo contratista o proveedor". Se consideraba preferible ese término porque estaba definido en el artículo 2 e incluía a los eventuales contratistas y proveedores. Se preguntó qué consecuencias tendría la inclusión de una referencia a la nacionalidad, habida cuenta de la decisión que el Grupo de Trabajo había adoptado en su 11.º período de sesiones en relación con el artículo 11 de evitar, en general, la mención de la nacionalidad de los contratistas y proveedores, de modo de evitar la necesidad de definir el concepto de nacionalidad. Se sugirió, también, que la mención de la nacionalidad bien podría tener el efecto no deseado de sugerir que los con-

tratistas y proveedores extranjeros tenían derecho de impugnar la decisión de una entidad adjudicadora de restringir la participación en los procedimientos de contratación a los contratistas y proveedores nacionales. Se adujo en respuesta que la referencia a la nacionalidad en el artículo 36 tenía por objeto excluir la nacionalidad como requisito previo de la legitimación y que, por lo tanto, era innecesario definirla y no debía guardar relación con el derecho de la entidad adjudicadora, en el marco de la Ley Modelo, a llevar adelante un procedimiento de contratación pública enteramente reservado a contratistas y proveedores nacionales. Se convino en que no debía hacerse ninguna referencia a la nacionalidad.

152. Se expresaron opiniones divergentes en cuanto al tipo de acto, decisión o procedimiento por parte de la entidad adjudicadora que legitimaba a un contratista o proveedor para interponer un recurso. De acuerdo con una opinión, la actual referencia a un "acto o decisión ilícito por parte de la entidad adjudicadora, o a algún procedimiento ilícito por ella aplicado" era satisfactoria, porque no restringía el derecho de recurso del contratista o proveedor en razón de la naturaleza del acto, decisión o procedimiento en cuestión. Con arreglo a esa opinión, todos los actos de la entidad adjudicadora debían ser recurribles y no debía privarse al contratista o proveedor de su derecho a interponer recurso fundado en la naturaleza del acto recurrido. Se dejaría entonces librado al órgano que entendiera en el recurso el determinar en instancias individuales el mérito de los recursos interpuestos. Prevalció, con todo, la idea de que la medida en que las disposiciones de la Ley Modelo daban lugar al derecho de presentar recurso y a vías de recurso debía circunscribirse mejor, porque no todas las disposiciones de la Ley Modelo imponían obligaciones que, de no ser cumplidas por la entidad adjudicadora, podían considerarse como causal que sustentara un derecho privado de recurso por parte del contratista o proveedor agraviado.

153. Se observó que algunas disposiciones de la Ley Modelo imponían a la entidad adjudicadora la obligación de adoptar determinada medida o seguir un procedimiento específico; otras disposiciones, en cambio, dejaban el asunto librado a la discreción de la entidad adjudicadora. Se convino en que la distinción entre obligación y discreción y, cuando se impusiera la obligación, el objeto de esa obligación debía servir de fundamento para distinguir entre disposiciones que daban un derecho privado de recurso y las que no lo daban. Conforme a esa tesis, las disposiciones que obligaban a la entidad adjudicadora a ejercer su discreción no darían lugar a recursos privados, salvo en la medida en que la entidad adjudicadora no hubiere ejercido en modo alguno su discreción o la hubiera ejercido en forma arbitraria. Además, había algunas disposiciones relativas a las facultades discrecionales de la entidad adjudicadora que en modo alguno deberían dar lugar a un recurso privado. Por ejemplo, conforme al enfoque aprobado por el Grupo de Trabajo, las disposiciones de la Ley Modelo relativas a la clasificación y selección de contratistas y proveedores imponían a la entidad adjudicadora obligaciones que daban un derecho privado de recurso, en tanto que disposiciones como el artículo 7, relativo a la selección por la entidad adjudicadora de un método de contratación, y el artículo 3 bis, relativo a la relación entre la Ley Modelo y las obligaciones internacionales del Estado que promulgara la Ley Modelo, correspondían a cuestiones discrecionales que tenían por

objeto el interés público general y, por lo tanto, no podía considerarse que dieran lugar a derechos privados. Se convino, también, en que la reconsideración y los recursos por incumplimiento de las obligaciones impuestas a la entidad adjudicadora respecto del mantenimiento de expedientes del procedimiento de contratación sólo se podrían examinar debidamente cuando el Grupo de Trabajo se hubiera pronunciado en cuanto al propósito y contenido de esos expedientes.

154. Se formularon diversas propuestas en cuanto a la forma precisa de indicar en la Ley Modelo qué disposiciones imponían obligaciones cuyo incumplimiento daría lugar a que se entablara una acción. Una propuesta, basada en la técnica legislativa utilizada en algunos Estados, fue que el artículo 36 sólo mencionara el incumplimiento por la entidad adjudicadora de las obligaciones que le imponía la Ley Modelo. Otra propuesta, conforme a la técnica legislativa de otros Estados, fue que se incluyera en la Ley Modelo una lista de los artículos de los que dimanaban obligaciones cuyo incumplimiento daría lugar a acción. Se expresó la inquietud de que el riesgo inherente a una lista de esa índole era que se pasaran por alto algunas disposiciones. Otra dificultad que se mencionó en relación con esa lista fue que en algunos ordenamientos jurídicos se podría considerar que se mezclaban erróneamente las normas de fondo con las cuestiones de legitimación. Se señaló, sin embargo, que, al menos en los Estados en los cuales era común el uso de la lista, habría menos probabilidades de que ese método pudiera chocar con las normas procesales vigentes del derecho administrativo general. Para poder dar cabida a ambos tipos de enfoques, se sugirió que la Ley Modelo presentara opciones a los Estados que la promulgaran y que les autorizara a adoptar el método que fuera más apropiado. A ese fin, se podrían mencionar las opciones en la Ley Modelo o mantener sólo la disposición simple en el texto en la Ley Modelo y enunciar en el comentario la lista de disposiciones que dieran derecho de recurso, con la indicación de que el Estado que promulgara la Ley Modelo podría, si así lo deseara, incorporar la lista al texto de la Ley Modelo.

155. Se sugirió, también, que en los diversos capítulos de la Ley Modelo en los que se considerara apropiado prever recursos, en particular en los capítulos sobre idoneidad y selección de los contratistas y proveedores, se podrían incorporar disposiciones que indicaran que esos capítulos daban lugar a derechos privados de recurso, en cuyo caso se podría dejar que las cuestiones de procedimiento se resolvieran conforme al derecho administrativo general aplicable del Estado que promulgara la Ley Modelo. Se sugirió que ese enfoque tendría la ventaja de poner el acento en las normas sustantivas sobre el derecho de recurso y las vías de recurso en el contexto específico de la contratación pública, cosa que no podría hacerse por conducto del derecho administrativo general del Estado que promulgara la Ley Modelo, con lo cual se evitaría que hubiera conflicto con las esferas generales del derecho administrativo.

156. De conformidad con la decisión del Grupo de Trabajo de que el derecho de recurso sólo debía aplicarse a ciertas disposiciones de la Ley Modelo, en particular la idoneidad y selección de contratistas y proveedores, se convino en que el concepto de interés o perjuicio que la persona debería invocar para tener derecho de recurso debía estar vinculado

con una pérdida o perjuicio real o potencial sufrido cuando la entidad adjudicadora hubiera violado obligaciones establecidas en dichas disposiciones. En forma concomitante, la pérdida real o potencial sufrida a raíz del incumplimiento de disposiciones que atribuyeran una facultad discrecional a la entidad adjudicadora quedaría excluida de ese concepto.

157. En cuanto a la oportunidad en que se podría solicitar la reconsideración, se planteó la cuestión de saber si el artículo 36 debería abarcar los actos de la entidad adjudicadora anteriores al comienzo del procedimiento de contratación. Como ejemplo concreto se citó la exclusión por la entidad adjudicadora de un contratista o proveedor de la lista de contratistas o proveedores que la entidad adjudicadora llevara con independencia de cualquier procedimiento específico de contratación pública. También se planteó la cuestión relativa a si podría interpretarse que el artículo 36 se refería no sólo a la reconsideración vinculada con el procedimiento de contratación pública, sino también la reconsideración en relación con controversias sobre la ejecución del contrato adjudicado. En respuesta a esos interrogantes se hizo ver que el artículo 36 debía referirse exclusivamente a los aspectos del procedimiento de contratación pública que se trataba en la Ley Modelo y que así debía aclararse.

158. Tras una deliberación, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara el artículo 36 a fin de reflejar el debate y las decisiones del Grupo de Trabajo, incluida la decisión de establecer los métodos optativos mencionados en el párrafo 154 *supra* para enunciar una lista de las obligaciones cuyo incumplimiento daría derecho a recurso o de hacer referencia a esas obligaciones.

#### *Artículo 37*

##### *Reconsideración por la entidad adjudicadora o por el órgano que dio su aprobación*

#### *Párrafo 1*

159. Se expresó la opinión de que no era pertinente que la Ley Modelo dispusiera que se presentara el recurso en primera instancia a la entidad adjudicadora o al órgano que dio su aprobación. De acuerdo con esa opinión, había pocas probabilidades de que la entidad adjudicadora o el órgano que dio su aprobación revocara su anterior decisión y, por lo tanto, teniendo en cuenta los gastos y el tiempo que requeriría seguir ese procedimiento, la Ley Modelo no debía exigir la vía prevista en el artículo 37. También se señaló que el procedimiento contemplado en el artículo 37 estaría en contradicción con la legislación de algunos Estados que concedía a las partes lesionadas acceso directo a la vía judicial. Con todo, prevaleció la opinión de que el enfoque básico del párrafo 1 era útil y debía conservarse. Se consideró conveniente que se diera a la entidad adjudicadora la oportunidad de reconsiderar la decisión, ya que podría haber muchos casos en los que una entidad adjudicadora estaría dispuesta por voluntad propia a corregir los errores que hubiera cometido. Ese criterio, que era el que se aplicaba generalmente, evitaría que se sobrecargara innecesariamente al poder judicial con casos que podrían haber resuelto las propias partes. También se señaló que, si no existiera tal procedimiento, los contratistas y proveedores lesionados que no desearan recurrir por la vía judicial u otros procedimien-

tos de revisión no dispondrían de ninguna vía de recurso. No recibió ningún apoyo una propuesta en el sentido de que se hiciera facultativa la reconsideración inicial por la entidad adjudicadora o el órgano que dio su aprobación.

160. El Grupo de Trabajo observó que tanto las palabras iniciales del párrafo 1 ("Salvo que el contrato objeto de adjudicación sea ya efectivo") como el párrafo 3 se habían puesto entre corchetes para invitar al Grupo de Trabajo a considerar si debían mantenerse esas disposiciones, según las cuales cesaría la competencia de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación para escuchar una reclamación en cuanto adquiriese validez el contrato adjudicado. También se señaló que la Secretaría había indicado que el criterio en que se basaban esas disposiciones era el de que, una vez que fuera efectivo el contrato objeto de adjudicación, no había en la práctica ninguna medida correctiva que pudiera exigir el jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación (aparte de la indemnización), a menos que se autorizara la anulación del contrato objeto de adjudicación en esa etapa del proceso de revisión.

161. El Grupo de Trabajo reconoció que podía haber casos en los que resultara apropiada la anulación de un contrato adjudicado que fuese ya válido. Así podría ocurrir, por ejemplo, cuando se adjudicase un importante contrato a un contratista o proveedor determinados como consecuencia de un fraude. Sin embargo, se consideraba en general que la anulación de los contratos adjudicados desbarataba especialmente el proceso de contratación pública y era, en términos generales, contraria al interés público y, por lo tanto, no debía contemplarse en la Ley Modelo. Los casos en que procediera la anulación se tratarían adecuadamente en el contrato o el derecho penal aplicables. Se convino en que se debía indicar en el comentario que la falta de disposiciones sobre anulación en la Ley Modelo no significaba que no pudiera preverse aquella en otros textos jurídicos. En consecuencia, se decidió conservar el texto entre corchetes al comienzo del párrafo 1 sin que se formulara ninguna objeción al respecto.

#### *Párrafo 2*

162. Recibió apoyo la idea de que se limitase el período de tiempo en el que cabría presentar el recurso al jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación. Al mismo tiempo, se señaló que la duración de ese período podría determinarse con arreglo al carácter del recurso. Por ejemplo, no sería necesario someter a un plazo muy estricto la solicitud de una indemnización por los gastos efectuados al preparar una oferta, mientras que estaría justificado que se estableciera un límite de tiempo estricto para la presentación de un recurso relativo a la suspensión del proceso de contratación pública.

#### *Párrafo 3*

163. El Grupo de Trabajo aprobó los conceptos enunciados en el párrafo 3.

#### *Párrafo 4*

164. Se planteó la cuestión de si el plazo propuesto de 20 días era suficiente para dar tiempo al jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación a realizar

las investigaciones necesarias previas a la emisión de la decisión por escrito. Ello podría plantear sobre todo un problema en el caso de una burocracia compleja. Se propuso que se modificara la disposición para hacer referencia a 20 días laborables, con lo cual se resolvería por lo menos la incertidumbre en cuanto al efecto de los días feriados y los fines de semana. Otra propuesta, que no recibió ningún apoyo, consistió en que se permitiera a la entidad adjudicadora dar a conocer una decisión verbal en un breve plazo y se previera un plazo mayor para la decisión por escrito. Se pidió a la Secretaría que examinara más detenidamente la cuestión del plazo a la luz de las deliberaciones del Grupo de Trabajo.

165. Al examinarse el párrafo 4, se planteó la cuestión de si el jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación debían suspender el proceso de contratación pública al recibir una solicitud de revisión. Se expresó la preocupación de que tal requisito desbarataría el proceso de contratación pública y se prestaría a prácticas abusivas, como la de que los contratistas y proveedores hicieran reclamaciones innecesarias con objeto de forzar a efectuar pagos a una entidad adjudicadora que desease evitar la interrupción del proceso de contratación pública. Al mismo tiempo, se reconoció la conveniencia de que se incluyera alguna disposición sobre la suspensión para preservar los derechos legítimos de los contratistas y proveedores lesionados. El Grupo de Trabajo observó que entre las posibles cuestiones que habría que tratar en una disposición sobre la suspensión se contaban la identidad del que debía dar la orden de suspensión, los hechos que habría que probar para obtener una orden de suspensión, la duración de ésta y los elementos del proceso de contratación que se tendrían que suspender. El Grupo de Trabajo señaló que el artículo 41 trataba de la suspensión del proceso de contratación y decidió aplazar el debate sobre la suspensión hasta que examinara dicho artículo.

166. Se expresaron dudas con respecto a la referencia en el inciso b) del párrafo 4 a la concesión de una indemnización por el jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación. Se señaló en particular que ese pago de una indemnización podría prestarse a abusos. También se indicó que, en muchos casos, la entidad adjudicadora o el órgano que dio su aprobación podrían carecer de autoridad para efectuar el pago y que la viabilidad de ese criterio podría depender del tamaño de la entidad en cuestión y de si contaba con un órgano de revisión cuasiindependiente. Se propuso que, a fin de evitar esos problemas, se otorgara la facultad de conceder una indemnización a un tribunal u a otro órgano independiente. Frente a ello se expresó la opinión de que podía mantenerse la referencia al pago de una indemnización porque en sí no tenía nada de particular que se permitiese al jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación indemnizar a los contratistas o proveedores lesionados. Ese criterio podría evitar litigios innecesarios. Se señaló además que el inciso b) era permisivo y que, por lo tanto, correspondería a las autoridades financieras y presupuestarias del Estado de que se tratase determinar si esa indemnización directa resultaba apropiada. Se propuso que se modificara el inciso b) a fin de resaltar el carácter excepcional de dichos pagos. Otra propuesta consistió en que se encomendara a un órgano independiente la responsabilidad de recomendar al jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación que pagase o no la indemnización.

167. El Grupo de Trabajo convino en que la Ley Modelo debía permitir que el jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación pagara una indemnización. No obstante, se acordó también que no era necesario mencionar dicha indemnización en la Ley Modelo.

#### *Párrafo 5*

168. Se sugirió que se considerara la posibilidad de incluir en el párrafo 5 una cláusula por la que se exigiera la remisión automática de una petición de revisión a la instancia inmediatamente superior en los casos en que el jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación emitiera una decisión no favorable. El Grupo de Trabajo aprobó los conceptos enunciados en el párrafo 5.

#### *Párrafo 6*

169. El Grupo de Trabajo aprobó los conceptos enunciados en el párrafo 6.

### *Artículo 38*

#### *Recurso administrativo jerárquico*

170. El Grupo de Trabajo observó que el artículo 38 establecía un recurso administrativo jerárquico y que los Estados en cuyo ordenamiento jurídico no se estatuyera el recurso administrativo jerárquico contra actos, decisiones y procedimientos administrativos podrían optar por omitir el artículo 38 e instituir solamente el recurso contencioso administrativo (artículo 40). Se propuso que esa opción se expresara en la Ley Modelo, poniendo el artículo 38 entre corchetes o añadiendo una nota apropiada.

#### *Párrafo 1*

171. Respecto de la referencia a "toda persona" en las palabras iniciales del párrafo, se convino en que esta referencia, así como cualquier otra referencia en el artículo relativa a posibles recurrentes, debería conformarse a la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo respecto del artículo 36 como norma general de legitimación (véanse los párrafos 150 a 158 *supra*).

172. Asimismo, se convino en que en el párrafo 1 se debería establecer un plazo para la presentación de recursos que fuera suficientemente breve como para no obrar en desmedro del procedimiento de licitación. Se convino además en que el artículo 38 debía exigir que se notificara del recurso a la entidad adjudicadora o al órgano que hubiera dado su aprobación, de modo que ese órgano pudiera cumplir la obligación dimanada del párrafo 1 del artículo 39 de notificar a todos los contratistas y proveedores de que se había presentado ese recurso.

#### *Párrafo 2*

173. Se expresó la inquietud de que las palabras iniciales que facultaban al órgano que entendiera en el recurso a conceder uno o más de los remedios enunciados en los incisos a) a h) inclusive serían inaceptables en los Estados en los cuales esos órganos carecían de esa facultad y sólo podían formular recomendaciones. Con el objeto de atender

esas inquietudes, se acordó que las palabras “podrá conceder” se reemplazaran con las palabras “podrá [conceder] [recomendar]”.

174. Se estimó que la lista de posibles remedios era demasiado limitada en un respecto y tenía demasiada latitud en otro. Se convino en que la posibilidad de desestimar el recurso se debía enunciar expresamente como una de las medidas que podía adoptar el órgano administrativo que entendiera en el recurso. Se convino, además, en eliminar el inciso *f*), en consonancia con la decisión anterior del Grupo de Trabajo de que en la Ley Modelo no debía contemplarse la anulación o resolución de un contrato adjudicado, luego de su entrada en vigor, pues ello debía quedar librado a otras ramas del derecho (por ejemplo, el derecho de los contratos o el derecho penal).

#### *Párrafos 3 y 4*

175. El Grupo de Trabajo aprobó los conceptos enunciados en los párrafos 3 y 4.

### *Artículo 39*

*Algunas reglas aplicables a los procedimientos de recurso previstos en el artículo 37 [y en el artículo 38]*

#### *Párrafo 1*

176. Se sugirió que debía exigirse a la entidad adjudicadora o al órgano que diera su aprobación que cumpliera su obligación de notificar conforme al párrafo 1 sin tardanza después de haber recibido la notificación de un recurso al amparo del artículo 37.

#### *Párrafo 2*

177. Se expresaron diversas preocupaciones en cuanto a las variantes A y B del párrafo 2. Se consideró que la variante A era inapropiada, habida cuenta de la decisión del Grupo de Trabajo en relación con la anulación del contrato adjudicado (véase el párrafo 161 *supra*). También se expresó la inquietud de que la variante A estaba redactada de un modo que impediría en forma injustificada que el contratista o proveedor adjudicatario participara en el procedimiento de recurso. También se expresó la inquietud de que las palabras “por una persona” no eran congruentes con la decisión del Grupo de Trabajo relativa a la norma general de legitimación que instituía el artículo 36.

178. En cuanto a la variante B se manifestó la preocupación de que la primera oración era demasiado amplia por cuanto autorizaría a contratistas o proveedores con reclamaciones temerarias a participar en el procedimiento de recurso. Otra preocupación expresada fue que esa primera oración no determinaba con suficiente precisión la categoría de personas, en relación con el tipo o etapa del procedimiento de contratación, cuyos intereses resultaban afectados.

179. También se expresó la inquietud de que el derecho a participar en un procedimiento de recurso era un derecho básico que la Ley Modelo no debía restringir. Sería contrario a ese derecho básico que el órgano que entendiera en el recurso estuviera facultado, como aparentemente lo estaba

por imperio de la segunda oración, a adoptar una decisión definitiva respecto de si el agraviado podía o no participar en el procedimiento de recurso. En consecuencia, se sugirió que se eliminara el párrafo 2.

180. A la luz de las inquietudes antes señaladas, el Grupo de Trabajo, tras una deliberación, convino en conservar como párrafo 2 sólo la primera oración de la variante B, con la reserva de reemplazar las palabras “que alegue que el recurso presentado está afectando o podría afectar a sus intereses” por las palabras “cuyos intereses estén siendo o pudieran ser afectados por el recurso presentado” y sustituyendo las palabras “podrá solicitar” por las palabras “tendrá derecho a”. Quedó entendido que el órgano administrativo, conforme a esa disposición, dirimiría la cuestión del derecho a participar, como cualquier otra cuestión que se le planteara, pero que la decisión estaría sujeta a los recursos administrativos o judiciales previstos en el derecho del Estado que aplicara la Ley Modelo.

#### *Párrafo 3*

181. El Grupo de Trabajo aprobó los conceptos enunciados en el párrafo 3.

### *Artículo 40*

*Recurso contencioso administrativo*

182. Se convino en cambiar las palabras “cualquier persona” que figuraban en el párrafo introductorio del artículo 40 por las palabras “cualquier contratista o proveedor”, de acuerdo con la decisión adoptada anteriormente por el Grupo de Trabajo con respecto a una expresión análoga que figuraba en el artículo 36 de la Ley Modelo.

183. Se pidió que se aclarara si el artículo 40 tenía por objeto establecer con carácter exclusivo el recurso por vía judicial contra las decisiones en materia de contratación pública con arreglo a la Ley Modelo u otorgaba jurisdicción concurrente a los tribunales con los otros órganos administrativos que gozaban de facultades de revisión con arreglo a los artículos 37 y 38 de la Ley Modelo. En respuesta se dijo que el artículo 40 preveía el recurso por la vía judicial, confería jurisdicción al tribunal o tribunales indicados y especificaba las circunstancias en que podría entablarse una acción judicial, y que la existencia de jurisdicción concurrente dependía de que un Estado que contase con el procedimiento del recurso administrativo jerárquico exigiera o no que se agotase esa vía administrativa.

184. Se propuso que el artículo incluyese disposiciones sobre el carácter y el alcance de la revisión judicial que, con arreglo a él, iba a realizar un tribunal. Las disposiciones podrían tratar cuestiones tales como la de si el tribunal llevaría a cabo una revisión completa de la acción administrativa en cuanto al fondo o se limitaría a la revisión de errores de derecho por parte del órgano administrativo, y si el tribunal tendría facultades para imponer su propia decisión sobre la del órgano administrativo o simplemente estaría facultado para anular esa decisión. Se señaló que esas disposiciones serían particularmente útiles en las jurisdicciones donde la revisión judicial de los actos administrativos estaba menos desarrollada o no estaba lo suficientemente perfeccionada

para tener en cuenta las características específicas del proceso de contratación pública.

185. En contra de esa propuesta se expresó la opinión de que la Ley Modelo no debía incluir disposiciones sobre el carácter y el alcance de la revisión judicial. Se indicó que sería una cuestión difícil de tratar en la Ley Modelo, ya que la práctica estatal en lo tocante al carácter y el alcance de la revisión judicial variaba considerablemente de un país a otro. Se sugirió que la necesidad de suministrar orientación en materia de jurisdicción se podía atender mediante explicaciones en el comentario a la Ley Modelo o mediante notas al artículo 40.

186. Se convino en general en que el artículo debía establecer en los términos más amplios posibles el derecho de un contratista o proveedor lesionado a entablar una acción ante un tribunal. Se señaló que el recurso contencioso administrativo era la vía de reclamación más importante de la Ley Modelo. Se observó además que en muchas convenciones internacionales se garantizaba el acceso más amplio posible de las partes lesionadas a los tribunales.

187. Se propuso que el artículo 40 constara únicamente de la oración inicial y que se suprimieran la última oración del párrafo introductorio y los incisos *a*) a *d*). Se señaló que ello garantizaría el acceso más amplio posible a los tribunales. Dicha propuesta fue aceptada.

#### Artículo 41

##### *Suspensión del proceso de contratación [y del cumplimiento del contrato adjudicado]*

188. Por lo que respecta a los dos enfoques del artículo 41 expresados en las variantes A y B, se consideró que en la variante B se concedían facultades discrecionales más amplias al órgano que ordenaba la suspensión, por lo que era preferible a la variante A. Esas facultades discrecionales eran convenientes ya que, en algunos casos, la suspensión del proceso de contratación o del cumplimiento de un contrato adjudicado podía trastornar gravemente el proceso y crear dificultades para la entidad adjudicadora y el público. Se observó, por ejemplo, que como consecuencia de la suspensión se podía demorar la terminación de un proyecto.

189. Se formularon varias sugerencias en relación con el ejercicio de la facultad de suspensión. Así, se sugirió que se exigiese que el órgano que ejerciera esa facultad explicase las razones de su decisión. También se sugirió que se considerase la posibilidad de establecer límites a la duración de la suspensión, de manera que se evitasen demoras en el proceso de contratación. Según otra sugerencia, sería mejor contemplar la suspensión en función de los órganos de distinta instancia facultados a entender en el recurso. En este sentido, se observó que, por ejemplo, cuando un órgano de primera instancia decidía no ejercer la facultad de suspensión podían surgir problemas para las demás instancias.

190. Tras el debate, se consideró que la suspensión planteaba numerosas cuestiones que se debían examinar con más detenimiento. Se decidió pedir a la Secretaría que preparase una nota al respecto para que la examinase el Grupo de Trabajo en su 14.º período de sesiones.

#### Artículo 42

##### *Responsabilidad disciplinaria, administrativa o penal de la entidad adjudicadora*

191. Se expresó la opinión de que se podía ampliar el alcance del artículo 42 de manera que abarcara la responsabilidad civil. Sin embargo, prevaleció la idea de que la disposición era innecesaria. Se señaló que ninguna de las disposiciones de la Ley Modelo afectaba a derechos contemplados en otras leyes. Por ello, era innecesario indicar que los recursos no afectarían en modo alguno a la posible responsabilidad disciplinaria, administrativa o penal en que hubiera podido incurrir con arreglo a la ley del Estado la entidad adjudicadora o alguno de sus funcionarios.

192. El Grupo de Trabajo acordó suprimir el artículo 42.

#### III. Futuro plan de trabajo, incluida la preparación de un comentario

193. Una vez concluido el debate del Grupo de Trabajo sobre los proyectos de artículos 28 a 42 de la Ley Modelo, el Grupo de Trabajo examinó su futuro plan de trabajo y, en particular, la preparación de un comentario. Se recordó que, en su 11a. sesión, el Grupo de Trabajo había confirmado la decisión adoptada en su 10.º período de sesiones de que la Ley Modelo iría acompañada de un comentario; también se recordó que el Grupo de Trabajo había examinado las posibles funciones y estructura del comentario, aunque no había adoptado ninguna decisión definitiva con respecto a las mismas (A/CN.9/331, párrafos 13 a 16).

194. Se señaló que, durante el debate, el Grupo de Trabajo había dado por sentado que la Ley Modelo iría acompañada de un comentario que en su momento sería aprobado por la Comisión. Así, el Grupo de Trabajo había decidido no incluir diversas cuestiones en la Ley Modelo, sino abordarlas, a veces con distintas variantes, en el comentario, el cual serviría de orientación a los Estados con miras a la aplicación de la Ley Modelo.

195. El Grupo de Trabajo reafirmó su decisión anterior de que la Ley Modelo iría acompañada de un comentario. El Grupo de Trabajo decidió también que, en su siguiente período de sesiones, examinaría detenidamente las posibles funciones y estructura del comentario, así como el plazo y el procedimiento para prepararlo.

196. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el 14.º período de sesiones se celebraría en Viena, del 2 al 13 de diciembre de 1991, y pidió a la Secretaría que revisara la Ley Modelo a la luz de las deliberaciones y decisiones que tuvieron lugar en el 13.º período de sesiones. Se decidió celebrar el 15.º período de sesiones, con sujeción a la aprobación de la Comisión, del 22 de junio al 2 de julio de 1992 en Nueva York, en lugar del 3 al 14 de agosto de 1992 como se había inicialmente previsto e indicado en el informe correspondiente al 24.º período de sesiones de la Comisión.