



# Asamblea General

Distr. limitada  
24 de marzo de 2009  
Español  
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para  
el Derecho Mercantil Internacional**  
**Grupo de Trabajo I (Contratación Pública)**  
**16º período de sesiones**  
Nueva York, 26 a 29 de mayo de 2009

## **Posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios - labor preparatoria de algunas de las disposiciones de la Ley Modelo de 1994 y trato que se da en los instrumentos internacionales relativos a la contratación pública a las cuestiones suscitadas por algunas de esas disposiciones**

Nota de la Secretaría

### Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción. . . . .	1-4	3
II. Conclusiones de la Secretaría acerca de la labor preparatoria de algunas disposiciones de la Ley Modelo de 1994 y trato que se da en los instrumentos internacionales reguladores de la contratación pública a las cuestiones suscitadas por algunas de esas disposiciones . . . . .	5-67	4
A. Disposiciones acerca de la conformidad de una oferta (artículo 34 2) a) de la Ley Modelo de 1994 y proyecto de artículo 32 2) a) de la versión revisada propuesta . . . . .	5-16	4
B. Textos relativos a la oferta ganadora (artículo 34 4) b) y 42 2) b) de la Ley Modelo de 1994 y artículos 32 4) b), 35 8) b) y 47 1) de texto revisado propuesto para la Ley Modelo) . . . . .	17-38	6
C. Indemnización por daños y perjuicios (art. 54 3) f) de la Ley Modelo de 1994 y art. 58 5) f) de la versión revisada propuesta para la Ley Modelo) . . . . .	39-54	11



D.	Otras medidas correctoras previstas (artículo 54 3) a) de la Ley Modelo de 1994 y artículo 58 5) a) de la versión revisada propuesta de la Ley Modelo) . . . . .	55-58	15
E.	Excepciones a la obligación de divulgar (artículos 11 3) a) y 55 3) de la Ley Modelo de 1994 y artículos 19 2) b), 22 4) a), y 59 3) a 5) de la versión revisada propuesta de la Ley Modelo). . . . .	59-67	16

## I. Introducción

1. Los antecedentes de la labor en curso del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) sobre la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (la “Ley Modelo”) (A/49/17 y Corr.1, anexo I) se exponen en los párrafos 8 a 89 del documento A/CN.9/WG.I/WP.67, que obra en poder del Grupo de Trabajo en su 16º período de sesiones. El principal cometido del Grupo de Trabajo consiste en actualizar y revisar la Ley Modelo, de forma que se tengan en cuenta las novedades ocurridas en la esfera de la contratación pública.

2. En su 15º período de sesiones, el Grupo de Trabajo completó la primera lectura del texto revisado propuesto de la Ley Modelo que figura en la nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.1-4). Tomó nota de que, pese a que algunas cuestiones seguían pendientes, en particular la totalidad del capítulo IV, se había llegado a un acuerdo sobre el marco conceptual. Tomó nota asimismo de que cierta labor de investigación sería requerida respecto de algunas de las disposiciones a fin de comprobar su compatibilidad con los instrumentos internacionales pertinentes. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara los textos presentados en el documento A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.1 a 4 a la luz de sus deliberaciones en su 15º período de sesiones, a fin de poder volverlos a examinar (A/CN.9/668, párrs. 11 y 12).

3. Se ha preparado la presente nota a raíz de la solicitud del Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones de que la Secretaría investigue el historial de la labor preparatoria de algunas disposiciones de la Ley Modelo de 1994 y el trato que se daba en los instrumentos internacionales pertinentes a las cuestiones suscitadas por algunas de esas disposiciones. Se trata de disposiciones que se han incorporado al proyecto revisado de la Ley Modelo que se presentó al Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones, pero cuyo texto dio lugar a que los delegados y observadores suscitaran diversas cuestiones y formularan propuestas para su revisión. El Grupo de Trabajo aplazó el examen de esas propuestas hasta después de haber examinado el resultado de la labor investigadora de la Secretaría. (En una nota aparte (A/CN.9/WG.I/WP.69 y sus adiciones) se presenta el texto revisado de la Ley Modelo en el que se reflejan las deliberaciones del Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones).

4. De conformidad con lo convenido por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párr. 280), los documentos del 16º período de sesiones del Grupo de Trabajo serán publicados en el sitio web de la CNUDMI tan pronto como estén disponibles en cada uno de los idiomas de trabajo.

## **II. Conclusiones de la Secretaría acerca de la labor preparatoria de algunas disposiciones de la Ley Modelo de 1994 y trato que se da en los instrumentos internacionales reguladores de la contratación pública a las cuestiones suscitadas por algunas de esas disposiciones**

### **A. Disposiciones acerca de la conformidad de una oferta (artículo 34 2) a) de la Ley Modelo de 1994 y proyecto de artículo 32 2) a) de la versión revisada propuesta**

5. En su 15º período de sesiones, el Grupo de Trabajo escuchó la sugerencia de que se redujera la referencia genérica a “todos los requisitos enunciados en el pliego de condiciones”, en el contexto de la determinación de la conformidad de una oferta, a los “requisitos pertinentes”. El Grupo de Trabajo convino en aplazar el examen de esta sugerencia a una etapa ulterior. Se pidió a la Secretaría que presentara dicha sugerencia entre corchetes y que estudiara la labor preparatoria de esas disposiciones y la solución dada a cuestiones similares en los instrumentos internacionales aplicables, pidiéndosele que informara del resultado de su labor al ir a examinarse de nuevo esas disposiciones (A/CN.9/668, párr. 180 a) y 181).

6. La Secretaría estudió la labor preparatoria de esas disposiciones, junto con el contenido de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales aplicables. El resultado de su labor puede verse a continuación.

#### *Labor preparatoria de esas disposiciones*

7. En su primer proyecto de la Ley Modelo, la Secretaría propuso definir la “oferta conforme” como toda oferta que respondiera “a las características requeridas de los bienes o de las obras adjudicables, así como a las condiciones contractuales y demás requisitos enunciados en el pliego de condiciones” (A/CN.9/WG.V/WP.24, artículo 28 4) a)). En el segundo proyecto de la Secretaría, se hizo referencia a la conformidad de la oferta con “los requisitos enunciados en el pliego de condiciones así como a los requisitos concernientes a las características de los bienes, de las obras [o de los servicios] adjudicables y a las cláusulas y condiciones del contrato adjudicable”. En ambos proyectos se hacía referencia también a los pequeños desvíos admisibles respecto de los requisitos enunciados en el pliego de condiciones.

8. En sus períodos de sesiones 11º y 12º en 1990 y 1991, el Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional convino, al examinar esos proyectos, en un principio general conforme al cual debería rechazarse toda oferta que no respondiera plenamente a los requisitos enunciados en el pliego de condiciones, salvo que se tratara de desvíos de poca importancia (A/CN.9/331, párr. 156, y A/CN.9/343, párr. 49). El Grupo de Trabajo convino en una regla general que dijera “que la entidad adjudicadora podrá considerar conforme una oferta aun cuando contenga ligeros desvíos respecto de los requisitos enunciados en el pliego de condiciones y en que se definiera lo que constituye una ‘oferta conforme’ en el artículo 2 [entonces] destinado a las definiciones. En virtud de ello,

la entidad adjudicadora sería la que decidiera que es lo que constituía un ligero desvío en el contexto de la adjudicación de determinado contrato.” (A/CN.9/331, párr. 156).

9. A raíz del acuerdo al que se llegó en el 12º período de sesiones (A/CN.9/343, párrs. 49 a 52), se reformularon dichas disposiciones, haciéndose referencia a “todos” los requisitos enunciados en el pliego de condiciones y se eliminó el texto al final de las mismas (citado en el anterior párr. 7) que comienza por las palabras “así como” por estimarlo superfluo. En dicha ocasión, el Grupo de Trabajo no aceptó la propuesta de que se hablara de requisitos “imperativos” para distinguirlos de aquellas condiciones o especificaciones del pliego de condiciones a las que no fuera obligatorio que la oferta se ajustara (por ejemplo, si cabría o no mejorar una oferta). Se convino en que el término “requisitos” indicaba, por sí solo, la índole obligatoria de esas condiciones (A/CN.9/343, párr. 50).

10. En su 14º período de sesiones, el Grupo de Trabajo (A/CN.9/359, párr. 155) insistió en que, para ser tenida por conforme, una oferta habrá de ajustarse a todos los requisitos enunciados en el pliego de condiciones.

11. En ulteriores períodos de sesiones, el Grupo de Trabajo tuvo ante sí textos más revisados de estas disposiciones. En particular, se reflejó en su texto la decisión de no insertar en el artículo 2 de la Ley Modelo una definición de “oferta conforme”, insertando, en su lugar, el contenido de esa definición en el artículo relativo a la evaluación y comparación de las ofertas (A/CN.9/WG.V/WP.36, artículo 28 1 bis a)). En el texto revisado de esas disposiciones se adoptó básicamente el enfoque pragmático del artículo 34 2) a) de la Ley Modelo de 1994, al indicarse cuáles eran las ofertas que serían tenidas por conformes, pero sin definirse en qué consiste esa conformidad. No prosperaron las sugerencias de que se sustituyera el término “podrá” por “deberá” y se suprimiera la palabra “únicamente” (A/CN.9/371, párrs. 145 y 252, y su anexo, artículo 29 2) a)).

12. Al distribuirse el texto de la futura Ley Modelo, para que se hicieran observaciones con miras a que su texto fuera aprobado por el Grupo de Trabajo y la Comisión en 1994, no se sugirió ninguna mejora para el texto de esas disposiciones (A/CN.9/392, párr. 106, y A/49/17, párr. 44).

13. El historial de la labor preparatoria no permite ver si se examinó el párrafo 2) a) del artículo 34 al examinarse el párrafo 3 de dicho artículo. En su párrafo 3 se enuncian los motivos para rechazar una oferta indicándose, entre otras cosas, la falta de idoneidad del proveedor o contratista o la no conformidad de una oferta como motivos independientes. Si bien uno y otro juego de requisitos -para la idoneidad del proveedor o contratista y para la conformidad de la oferta- habría de figurar en el pliego de condiciones, el texto no deja claro si se tendrían en cuenta ambos juegos de criterios al determinar la conformidad de una oferta o únicamente los requisitos exigibles para su conformidad (excluyéndose los exigibles para determinar la idoneidad o aptitud del proveedor). Los autores del texto de 1994 no estaban convencidos de la conveniencia de que se especificaran los requisitos que habrían de tenerse en cuenta para determinar la conformidad de una oferta por lo que prefirieron hacer una remisión general a todos los requisitos enunciados en el pliego de condiciones (véanse párrs. 7 a 9 *supra*).

*Disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales aplicables*

14. El Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC, que entró en vigor en 1994 (Acuerdo de la OMC), exige que para que una oferta sea tomada en consideración “tendrá que cumplir, en el momento de la apertura, los requisitos esenciales estipulados en los anuncios o en el pliego de condiciones, y proceder de un proveedor que cumpla las condiciones de participación” (art. XIII 4) a)). Las disposiciones provisionalmente aprobadas del texto revisado del Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC (Acuerdo revisado de la OMC)<sup>1</sup> son básicamente idénticas: “para ser considerada a efectos de la adjudicación del contrato, la oferta deberá ser presentada por escrito y deberá cumplir, al ser abierta, los requisitos esenciales exigidos en los anuncios y en el pliego de condiciones y deberá proceder de un proveedor que haya satisfecho las condiciones de participación” (énfasis añadido) (art. XV 4). (En adelante el acuerdo original y el acuerdo revisado de la OMC serán conjuntamente designados por el término “instrumentos de la OMC”).

15. La normativa equivalente de la directiva de la UE sobre la contratación pública 2004/18/CE (directiva de la UE), de 31 de marzo de 2004, que se encuentra en el artículo 41.2, en su segundo inciso, indica la explicación motivada que ha de darse a todo licitador cuya oferta sea desestimada. Dicho texto remite a las especificaciones técnicas del contrato adjudicado, la falta de equivalencia de la oferta o el incumplimiento de los requisitos funcionales del contrato.

*Opciones que el Grupo de Trabajo habrá de examinar*

16. El Grupo de Trabajo tal vez desee aclarar en la Ley Modelo o en la Guía que la remisión que se hace a “todos los requisitos enunciados en el pliego de condiciones” con miras a determinar la conformidad de una oferta, deberá ser entendida como referida a los requisitos concernientes a esa conformidad de la oferta y no a todo requisito enunciado en el pliego de condiciones. Por ejemplo, cabe que el pliego de condiciones señale los requisitos para determinar la aptitud o idoneidad del proveedor o contratista, o que fije un plazo para la presentación de la oferta. Las consecuencias de la falta de aptitud de un concursante o del incumplimiento de un plazo están previstas en otros artículos de la Ley Modelo, por ejemplo, el artículo 30 6) de la Ley Modelo de 1994, referente a las ofertas no presentadas a tiempo.

**B. Textos relativos a la oferta ganadora (artículos 34 4) b) y 42 2) b) de la Ley Modelo de 1994 y artículos 32 4) b), 35 8) b) y 47 1) de texto revisado propuesto para la Ley Modelo)**

17. En su 15º período de sesiones, el Grupo de Trabajo escuchó sugerencias de que se reconsiderara el término “oferta calificada de más económica”. Se sugirió, en particular, que se sustituyera por el de “oferta mejor calificada”. Se explicó que en la práctica se aceptaba la mejor oferta o la oferta puntuada más alta pero no la puntuada o calificada más baja (“lowest” en la versión inglesa). Se observó que el texto actual de estas disposiciones se prestaba a confusiones. El Grupo de Trabajo

---

<sup>1</sup> Documento GPA/W/297, diciembre de 2006, disponible al publicarse este informe en [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/gp\\_gpa\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm).

tomó nota de que el texto de 1994 utilizaba, en su versión inglesa, el término “*lowest evaluated tender*” (“oferta calificada de más económica” en la versión española) (A/CN.9/668, párrs. 180 c) y 220). El Grupo de Trabajo tomó también nota, a este respecto, de que en el artículo 42 de la Ley Modelo de 1994, relativo al procedimiento de selección sin negociaciones, reproducido en la versión revisada de la Ley Modelo como artículo 35 relativo a la licitación con dos sobres, se define la propuesta ganadora como “la propuesta que (obtenga) tenga la mejor (puntuación) evaluación combinada en función de los criterios distintos del precio mencionados en el párrafo 5) del presente artículo y en función del precio”. (A/CN.9/668, párr. 200.)

18. Otra sugerencia, relativa a esta misma cuestión, fue la de que el texto revisado de la Ley Modelo debería, donde proceda, aclarar que, si el precio había de ser el único criterio de valoración, el contrato habría de adjudicarse a la oferta de menor precio, pero que cuando se tuvieran en cuenta además otros criterios ajenos al precio, el contrato habría de adjudicarse a la mejor oferta o a la oferta que obtuviera mejor puntuación (A/CN.9/668, párr. 180 d)).

19. El Grupo de Trabajo convino en aplazar a una etapa ulterior su examen de todas estas sugerencias. Se pidió a la Secretaría que presentara esas sugerencias entre corchetes, que investigara la labor preparatoria de estos textos, así como la manera en que se hubieran resuelto cuestiones similares en otros instrumentos internacionales aplicables a este tema, y se le pidió que informara del resultado de su labor cuando completara su investigación (A/CN.9/668, párrs. 180 a 181).

20. La Secretaría investigó la labor preparatoria de estas disposiciones, así como el texto de las disposiciones correspondientes en los instrumentos de la OMC y en la directiva de la UE. A continuación pueden verse los resultados de esa investigación.

## 1. Empleo de la terminología

### *Labor preparatoria de estas disposiciones*

21. En el anteproyecto de la Ley Modelo la Secretaría utilizó el término “la oferta más ventajosa”, definiéndolo como la oferta de menor precio o la oferta económicamente más ventajosa (A/CN.9/WG.V/WP.24, art. 28 7) c)).

22. Al examinar el anteproyecto, en su 11º período de sesiones, el Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional expresó cierta inquietud acerca del término “oferta más ventajosa”. Pese a que se definía dicho término, se estimó que existía el peligro de que diera a entender que la entidad adjudicadora gozaba de un margen discrecional más amplio del que se deseaba para la evaluación de las ofertas. Se convino, por ello, en que se sustituyera dicho término por otro que no se prestara a malentendidos (A/CN.9/331, párr. 166).

23. Al preparar su segundo proyecto, la Secretaría utilizó el término “oferta más económica”, definiéndolo como la oferta de menor precio o calificada de más económica (A/CN.9/WG.V/WP.28, art. 28 7) c)). Al examinarse ese proyecto, se expresaron inquietudes acerca de los dos nuevos términos sugeridos – “la oferta más económica” y “la oferta calificada de más económica”. Se estimó que dichos términos no reflejaban debidamente el empleo que hacía la entidad adjudicadora de otros criterios distintos del precio para seleccionar la oferta ganadora. Se repitieron

esos mismos reparos respecto de los términos utilizados en el anteproyecto (véase párr. 21 *supra*).

24. Respecto del término “oferta más económica”, se estimó en general que convendría utilizar un término más neutro, tal como “oferta ganadora” (A/CN.9/356, párr. 22). Se convino en que se utilizara este último término provisionalmente en espera de que se encontrara otro más adecuado (A/CN.9/356, párr. 27). Ahora bien, no ha quedado constancia de que se considerara algún otro término en sesiones ulteriores del Grupo de Trabajo ni en el seno de la Comisión, al aprobarse el texto de 1994, ni de que se expresara algún reparo acerca de dicho término. La Ley Modelo de 1994 utiliza el término “oferta ganadora” en todo lugar en donde procede usarlo.

25. Respecto del término “oferta calificada de más económica” pese a expresarse algunos reparos acerca del mismo al ser examinada o por el Grupo de Trabajo en su 13º período de sesiones (véase párr. 23 *supra*), se siguió utilizando este término en los textos examinados por el Grupo de Trabajo en dicho período de sesiones (A/CN.9/356, párrs. 26 y 31).

26. En su tercer proyecto, la Secretaría sugirió el término “oferta más favorable (ventajosa)” para que sustituyera al término “oferta calificada de más económica” (A/CN.9/WG.V/WP.33, art. 28 7) c) ii) y d), nota 13). Se expresó apoyo en el Grupo de Trabajo por el empleo del nuevo término sugerido al estimarse que “la oferta calificada de más económica” pudiera sugerir que el precio era el factor decisivo y por estimarse que se trataba de un término opaco y contradictorio. Prevalció no obstante el parecer de que el término “la oferta más favorable (ventajosa)” evocaba un grado de subjetividad no deseado, mientras que el término “oferta calificada de más económica” sugería un mayor grado de objetividad, pese adolecer de ciertos defectos (A/CN.9/359, párr. 156).

27. Ni en los períodos ulteriores de sesiones del Grupo de Trabajo ni al aprobarse el texto de 1994 en la Comisión se expresó inquietud alguna acerca del término “oferta calificada de más económica” u “oferta más económica”, que se utiliza en la Ley Modelo de 1994 (artículo 34 4) b) ii) y c)).

*Disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales aplicables al respecto*

28. Los instrumentos de la OMC dicen a este respecto que el contrato deberá adjudicarse al proveedor:

a) Cuya oferta sea la más baja o la oferta que según los criterios de evaluación establecidos en los anuncios o en el pliego de condiciones, sea considerada la más ventajosa (art. XIII 4) b) del Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC);

b) Que haya presentado la oferta más ventajosa o, cuando el precio sea el único criterio utilizable, el precio más bajo (art. XV 5) a) del Acuerdo sobre Contratación Pública revisado de la OMC).

29. La directiva de la UE utiliza a este respecto el término de oferta económicamente más ventajosa (arts. 53 a 54) (si bien se utiliza también a veces el término “la mejor oferta” (arts. 32 4) d) y 33 6)).

*Opciones presentadas al Grupo de Trabajo*

30. Al considerar el Grupo de Trabajo, conforme se propuso en su 15º período de sesiones (véase párrafo 17 *supra*), el término “oferta más económica” y otros términos sugeridos como el de “la oferta mejor calificada/puntuada”, tal vez proceda tener las prolongadas deliberaciones acerca de estos términos al prepararse el texto de 1994 y las ventajas e inquietudes que se señalaron. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar también los efectos de estos términos en los países que hayan promulgado la Ley Modelo de 1994.

31. Conforme se reconoció entonces, el término “oferta calificada de más económica” u “oferta más económica” puede resultar confusa en la práctica, especialmente en el marco de la subasta electrónica inversa (en donde la mejor puntuación se lleva el contrato sin que se tengan en cuenta factores ajenos al precio). El Grupo de Trabajo tal vez desee también tener en cuenta las inquietudes de los autores del texto anterior acerca del grado de subjetividad que presupone los otros términos sugeridos para la selección de la oferta ganadora.

32. Al prepararse el texto de 1994, sus autores no consideraron el término “la oferta mejor calificada/puntuada”, pero tal vez le sean aplicables a dicho término las inquietudes expresadas acerca de la subjetividad de algunos términos, particularmente por razón de su proximidad al término “la mejor oferta definitiva” que se acostumbra a utilizar en los métodos de adjudicación que prevean la apertura de negociaciones.

33. El Grupo de Trabajo tal vez estime que proceda utilizar algún término distinto del juzgado apropiado para el método de la licitación en el marco de otros métodos de contratación y a la luz de las características de cada método. Por ejemplo, en la normativa concerniente a la licitación con dos sobres (véase párrafo 17 *supra*), sería inadecuado el empleo del término “oferta más económica”, dado que dicho término presupone que el precio y los criterios ajenos al precio serán evaluados simultáneamente. Tal vez proceda utilizar en esta normativa términos como el de la mejor<sup>2</sup> puntuación combinada en función del precio y de otros criterios ajenos al precio, al reflejar dicha expresión más correctamente el proceso de evaluación en este método de contratación. Lo mismo cabe decir respecto del término “la mejor oferta definitiva” que se utiliza en métodos que prevén la apertura de negociaciones.

## **2. Especificación del criterio (de los criterios) para la adjudicación del contrato en la definición de oferta ganadora**

### *Historial de la labor preparatoria*

34. En el comentario adjunto al anteproyecto de la Ley Modelo, se explicó que “la oferta más ventajosa (favorable)” sería la oferta de menor precio cuando se adjudicara el contrato en función únicamente del precio. Cuando “la oferta más ventajosa” fuera a ser la oferta más económica se adjudicaría el contrato en función

<sup>2</sup> Debe observarse que el proyecto original hablaba de la “puntuación (calificación) combinada más alta”. Se convino subsiguientemente en sustituirla por la “mejor puntuación combinada” en vista de la confusión a que pudiera dar lugar si se la empleaba juntamente con la noción del precio más bajo. El Grupo de Trabajo tuvo asimismo en cuenta que los factores técnicos no serían necesariamente expresados o cuantificados en términos monetarios, dado que el sistema permitía utilizar la puntuación por “méritos” al puntuar las propuestas en lugar de ajustar el precio para que reflejara el mérito técnico relativo de cada propuesta (A/CN.9/389, párr. 73).

de otros criterios, además del precio (A/CN.9/WG.V/WP.25, párrs. 16 y 17 del comentario del artículo 28). Esas ideas fueron reflejadas en el comentario de la Guía adjunta a la Ley Modelo de 1994.

35. Al ser aprobado el texto de la Ley Modelo por el Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional, su texto pasó en 1993 a la Comisión, en donde se sugirió enmendar el texto relativo a la oferta ganadora formulado en función del precio más bajo en términos como los siguientes: “será tenida por ganadora i) la oferta del concursante que haya demostrado plenamente su actitud para llevar a cabo el contrato y cuyo precio sea más bajo”. Se explicó que la enmienda tenía por objeto habilitar a la entidad adjudicadora para tomar en consideración, además del precio, la aptitud del concursante para cumplir el contrato. Dicha enmienda obtuvo escaso apoyo, al convenirse que, una vez que proveedor o contratista hubiera probado su aptitud y su oferta fuera aceptada, no debería tomarse en consideración alguna escasa diferencia en la aptitud del concursante para evaluar su oferta. De lo contrario, se daría lugar a una subjetividad excesiva en la evaluación de las ofertas que abriría la puerta a eventuales prácticas y medidas. Para evitar dicho riesgo, la determinación de la aptitud debería ser una decisión de “acto o no acto” sin que fuera un criterio aplicable para la comparación de las ofertas (A/48/17, párr. 172).

*Disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales aplicables*

36. El Acuerdo sobre Compras Públicas de la OMC no dice nada al respecto. Las disposiciones correspondientes del Acuerdo sobre Compras Públicas de la OMC dicen que el contrato se adjudicará al proveedor que haya presentado la oferta más ventajosa o, de tomarse en consideración únicamente el precio más bajo (art. XV 5 a) del Acuerdo Revisado de la OMC).

37. Las disposiciones correspondientes de la directiva de la UE disponen que la entidad adjudicadora adjudicará el contrato ya sea: a) a la oferta económicamente más ventajosa para la entidad adjudicadora en función de diversos criterios vinculados al objeto del contrato, por ejemplo, la calidad, el precio, el mérito técnico y estético y las condiciones funcionales y ambientales, así como en función de la economía de los gastos de funcionamiento y de los servicios de posventa y de asistencia técnica, así como de la fecha de entrega o de la duración del período previsto para la entrega, o b) a la oferta más baja cuando el único criterio sea el precio (art. 53 1)).

*Opciones que el Grupo de Trabajo habrá de considerar*

38. Las adiciones al texto que se sugirieron, con ocasión del 15º período de sesiones del Grupo de Trabajo (véase párr. 18 *supra*), no parecen contradecir la intención de los autores de la Ley Modelo y tal vez permitan alinear su texto revisado con otros instrumentos internacionales aplicables al respecto, cabe señalar que las revisiones propuestas están también en línea con el enfoque adoptado respecto de la subasta electrónica inversa (art. 41 2) de la versión revisada propuesta). Por ello, tal vez el Grupo de Trabajo desee que los cambios sugeridos sean incorporados a la versión revisada de la Ley Modelo y tal vez desee también que se haga referencia a estos términos en el artículo 12 propuesto para la Ley Modelo revisada. El Grupo de Trabajo tal vez desee que este punto sea además revisado en la Guía.

### **C. Indemnización por daños y perjuicios (art. 54 3) f) de la Ley Modelo de 1994 y art. 58 5) f) de la versión revisada propuesta para la Ley Modelo)**

39. En su 15º período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó las disposiciones concernientes a la indemnización por daños y perjuicios de la Ley Modelo de 1994. El Grupo de Trabajo convino en que:

a) Retener únicamente la variante 1 del párrafo 5) f) del artículo propuesto (art. 58 de la versión revisada propuesta), cuyo texto deberá alinearse con las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, tales como el artículo XX 7) c) del Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC y el artículo XVIII 7) b) de la versión revisada de dicho Acuerdo;

b) Trasladar el texto de la variante II del párrafo 5) f) a la Guía donde se explicarían los motivos para ese traslado, particularmente el de que hacer indemnizables los daños y perjuicios previsibles había resultado profundamente perturbador para los procesos de adjudicación, al facilitar motivos adicionales de recurso. Se sugirió también que la Guía explicara la evolución observable en los reglamentos sobre esta cuestión a la luz de las disposiciones pertinentes del Acuerdo revisado y sin revisar sobre contratación pública de la OMC.

40. La Secretaría investigó la labor preparatoria de las disposiciones pertinentes y los textos correspondientes de los instrumentos de la OMC. Los resultados pueden verse más adelante.

#### *Labor preparatoria de las disposiciones*

41. En el décimo período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional, se suscitó una cuestión acerca de las categorías de pérdidas indemnizables. Se expresó entonces el parecer de que sólo fueran indemnizables los gastos del concursante al preparar y presentar su oferta; el concursante no debería estar facultado para reclamar por concepto del lucro cesante, ya que ello expondría a la entidad adjudicadora a la reclamación de sumas que pudieran ser muy grandes. El Grupo de Trabajo no adoptó decisión alguna sobre esta cuestión en aquel período de sesiones (A/CN.9/315, párr. 120).

42. El anteproyecto de la Secretaría, relativo al recurso administrativo jerárquico, decía lo siguiente: “el [insértese el nombre del órgano administrativo] podrá conceder uno o más de los siguientes remedios: ... g) exigir el pago de una indemnización [por cualquier gasto razonable, relacionado con el proceso de contratación, en que haya incurrido la persona que presentó el recurso] [por las pérdidas ocasionadas a la persona que haya presentado el recurso] como resultado de un acto o decisión ilícitos de la entidad adjudicadora o del procedimiento ilícito por ella aplicado (A/CN.9/WG.V/WP.27, art. 38 2) g)). En el comentario adjunto se observaba que, en espera de una decisión del Grupo de Trabajo al respecto, se presentaban dos variantes entre corchetes: con arreglo a la primera los gastos indemnizables no incluirían el lucro cesante para el recurrente por razón de no haberse aceptado su oferta; conforme a la segunda variante cabría reclamar el lucro cesante cuando procediera (párr. 7 del comentario al art. 38, y párr. 3 del comentario al art. 37, en A/CN.9/WG.V/WP.27).

43. En su 13º período de sesiones, el Grupo de Trabajo no adoptó decisión alguna respecto a los tipos de pérdidas indemnizables. Al pronunciarse acerca de una cuestión conexas, el Grupo de Trabajo convino en que el interés o perjuicio que la persona debería invocar para poder ejercitar un recurso debía estar vinculado con una pérdida o perjuicio real o potencial imputable a la violación por la entidad adjudicadora de algún deber prescrito por la Ley Modelo (A/CN.9/356, párr. 156).

44. Al no haberse alcanzado decisión alguna al respecto en dicho período de sesiones, se presentó el mismo texto al examen del Grupo de Trabajo en su siguiente período de sesiones. En su 14º período de sesiones, se expresaron opiniones divergentes acerca de las dos variantes presentadas. Se reproducen a continuación dos textos pertinentes del informe de dicho período de sesiones (A/CN.9/359):

“230. ...Según una opinión, si se limitaba la recuperación únicamente a los gastos de preparación de la oferta o propuesta, la indemnización sería insuficiente. Al mismo tiempo, se reconoció que era excesivo exponer a la entidad adjudicadora, además, a una responsabilidad por otras pérdidas ocasionadas, en particular por el lucro cesante, dado que la indemnización provendría del erario público. Por consiguiente, se sugirió que se fijara la indemnización a algún nivel intermedio entre el importe de los gastos relacionados con la participación en el proceso de contratación y el importe del lucro cesante. No obstante, la opinión prevaleciente fue que la Ley Modelo no debería recomendar la necesidad de adoptar una pauta de indemnización que abarcara gastos distintos de los relacionados con el proceso de contratación. En particular, se expresó preocupación por el hecho de que la Ley Modelo no debía aumentar la carga que pesaba sobre las entidades adjudicadoras en el mundo en desarrollo. Al mismo tiempo, se acordó que la Ley Modelo excluyera la posibilidad de indemnizar gastos que no estuvieran relacionados con el proceso de contratación.

231. Se examinaron varias sugerencias encaminadas a dejar abierta la posibilidad de indemnización por gastos no relacionados con el proceso de contratación. Una sugerencia consistió en indicar que el órgano administrativo podría exigir que se indemnizaran “al menos” los gastos relacionados con el proceso de contratación. Según otra sugerencia, la posibilidad de indemnización adicional quedaría abierta sin tener que añadir esas palabras, pues un recurrente podría obtener una indemnización más amplia acudiendo a los tribunales. En definitiva, el Grupo de Trabajo decidió que la mejor solución sería presentar como alternativas a los Estados promulgadores los dos criterios sobre la indemnización indicados en el texto actual del apartado g) y examinar en el comentario la elección que habrían de hacer los órganos legislativos a este respecto.”

45. La decisión entonces adoptada no fue cuestionada en ulteriores períodos de sesiones del Grupo de Trabajo ni en la Comisión al aprobarse el texto de la Ley Modelo. En el texto de 1994 se mantuvieron las dos variantes acerca de los gastos y daños indemnizables, complementadas por un comentario en la Guía (véase comentario al art. 54 en el párr. 10 de la Guía).

*Disposiciones al respecto de otros instrumentos internacionales aplicables*

46. Los textos pertinentes de los instrumentos de la OMC dicen:

“7. Los procedimientos de impugnación preverán: ... c) ... medidas correctivas o una compensación por los daños o perjuicios de la reclamación.” (art. XX del Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC)

“7. Cada Parte adoptará o mantendrá procedimientos que prevean: ... b) ... medidas correctivas o una compensación por los daños o perjuicios sufridos, que podrá limitarse a los gastos de la preparación de la oferta o a los gastos relacionados con la impugnación, o a unos y otros.” (art. XVIII de la versión revisada del Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC).

47. Los comentaristas que han investigado el significado de los textos citados, han observado que cabe interpretarlos como limitando la indemnización pecuniaria a los gastos de la preparación de la oferta o a los gastos en que se incurra al impugnarse la decisión, o que cabe también interpretarlos como ofreciendo a los Estados la posibilidad de prever una indemnización adicional por concepto de daños. Estas lecturas de esos textos se explican por el empleo de la forma verbal “podrá” al hablarse de los límites de la indemnización, en lugar de alguna otra forma más prescriptiva como pudiera ser “deberá” o “se limitará” (pese a la inserción de “unos y otros” (o ambos) al final del art. XVIII del Acuerdo revisado de la OMC). Algunos comentaristas han observado además que estas disposiciones tienen por objeto facultar a los Estados para promulgarlas a la luz de sus propias prácticas tradicionales a este respecto.

48. La directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007, por la que se enmienda las directivas del Consejo 89/665/CEE y 92/13/CEE destinadas a mejorar la eficiencia de las vías de recurso contra los actos de adjudicación de contratos públicos (la “directiva sobre vías de recurso”) pide a los Estados Miembros que prevean la concesión de medidas cautelares, para dejar sin efecto toda decisión ilícita y para otorgar daños y perjuicios a toda persona perjudicada por dicha decisión (art. 2 1)). No se enuncian los motivos alegables para la obtención de daños y perjuicios ni la base sobre la que se habrá de calcular la cuantía de esos daños. La concesión de daños y perjuicios queda, por ello, al arbitrio del derecho interno.

49. Al no haberse dado aún curso legal en todos los Estados de la Unión Europea a la directiva sobre vías de recurso, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar las vías de recurso disponibles en el derecho interno actual de los países de la Unión Europea. En la mayoría de los ordenamientos se abordan la cuestión de los daños y perjuicios en el marco más amplio de la puesta en práctica de un régimen eficaz en materia de recurso<sup>3</sup>. Algunos comentaristas han observado, por ejemplo, que ofrecer recursos que no sean viables (tal como condicionar la indemnización por daños a la

<sup>3</sup> La disponibilidad de una vía de recurso eficaz responde también a lo exigido en los instrumentos de la OMC (art. XX.2 del Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC y art. XVIII de la versión revisada de dicho Acuerdo), así como en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (art. IX 1 d)), y en los Principios no vinculantes sobre la contratación pública del Programa de acción para la cooperación económica (PACE) (anexo 3, en 4.1). Estos textos señalan también que las vías de recurso deberán ser no discriminatorias, transparentes y eficaces.

demostración por el concursante de que hubiera adjudicado a él el contrato que se esté recurriendo) privaría de eficacia a los recursos disponibles.

50. Conforme al resultado del estudio efectuado en los Estados miembros de la Unión Europea por el Programa de apoyo para la mejora de las prácticas de gestión y de gobierno (SIGMA), puesto en marcha por el Comité de Administración Pública de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE): “se está de acuerdo en reconocer que unas vías de recurso eficaces para impugnar todo acto de adjudicación de un contrato público debe dar acceso oportuno a una autoridad independiente para la solución adecuada, eficiente y rápida de toda queja presentada. Ahora bien, la práctica aplicable varía mucho de un país a otro”<sup>4</sup>.

51. Según un estudio conjunto de la OCDE y de la Unión Europea<sup>5</sup>, las vías de recurso de los Estados miembros de la Unión Europea están orientadas a la obtención de las medidas rectificadoras que procedan (denominadas a veces medidas cautelares o de reconsideración) así como a la indemnización pecuniaria de los gastos de preparación de la oferta, de las costas del recurso interpuesto, y de otros daños eventuales. En algunos ordenamientos, (véase documento N° 30 del SIGMA, citado en la anterior nota 5), se considera que la posibilidad de obtener indemnización forma parte integrante de toda vía de recurso eficiente, mientras que en la mayoría de los ordenamientos, se estima que la acción rectificadora debe ser vista como la solución primordial. La indemnización será otorgable cuando ya no sea posible o viable una medida rectificadora, (y podrá referirse no sólo al lucro cesante, sino también a la oportunidad perdida de obtener un contrato y (menos frecuentemente) a la pérdida eventual de la reputación comercial. La práctica difiere en lo concerniente al órgano competente para otorgar la indemnización por daños.

52. En particular, de haber motivos reconocidos para reclamar por concepto de daños, la indemnización de los gastos de la preparación de la oferta es otorgable en todos los Estados miembros de la UE, mientras que la indemnización por el lucro cesante sólo es posible en algunos de sus Estados, tales como Alemania, Dinamarca, Finlandia, Hungría, Letonia, Lituania, los Países Bajos, Portugal y el Reino Unido. En Francia, cabe reclamar el lucro cesante si el concursante que lo reclame tenía una probabilidad seria de obtener el contrato. En la mayoría de los casos, el tribunal competente, ya sea ordinario o administrativo, estará facultado para otorgar la indemnización por daños; sin embargo, en Dinamarca, se reconoce igualmente ese poder a un órgano administrativo especial habilitado para entender en asuntos de la contratación pública. Según los comentaristas de los reglamentos de países de la Unión Europea aplicables a la contratación pública, es cada vez más frecuente que prosperen los recursos presentados en algunos de esos países por infracciones del reglamento aplicable a la contratación pública, así como los recursos para la indemnización del lucro cesante<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> E. Beth, “*Integrity in Public Procurement: Good Practice from A to Z*”, OCDE, 2007. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=987026> y en el sitio web de la OCDE.

<sup>5</sup> Documento N° 30 del SIGMA “Public Procurement Review Procedures”, disponible en <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/NISPAce/UNPAN006807.pdf>.

<sup>6</sup> Véase, por ejemplo, una serie de artículos en la *Public Procurement Law Review*, 2006, vol. 15, págs. 159 a 240; S. Treumer “*Damages for Breach of the EC Public Procurement Rules from a Danish Perspective*”, *European Business Organization Law Review*, 2004, y H. Leffler, “*Damages Liability for Breach of EC Procurement Law: Governing Principles and Practical Solutions*”, *Public Procurement Law Review*, 2003, vol. 4, págs. 151 a 161.

53. El texto de los reglamentos estudiados por la OCDE está formulado en términos genéricos y coherentes con la primacía que se da en los instrumentos de la OMC a la adopción de medidas rectificadoras, aunque esos reglamentos se muestran más abiertos a la indemnización por concepto de daños que los instrumentos de la OMC. La jurisprudencia interna y la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas<sup>7</sup>, y el hecho de que no se haya dado aún curso legal general a la directiva sobre las vías de recurso, denotan la índole innovadora de esta rama del derecho<sup>8</sup>.

*Opciones que el Grupo de Trabajo habrá de considerar*

54. A la luz de la labor preparatoria de estas disposiciones, así como del texto de los instrumentos internacionales aplicables y de su interpretación poco uniforme, tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar la manera de poner en práctica sus decisiones enunciadas en el anterior párrafo 39. Una opción consistiría en utilizar un término preceptivo para eliminar de la Ley Modelo la posibilidad de que se otorguen daños por concepto de lucro cesante, y otra sería la de retener el enfoque tal vez más flexible que se adopta en los instrumentos de la OMC. Tal vez la solución esté en impartir toda orientación adicional que proceda en el texto revisado de la Guía, insistiendo en la eficacia de las vías de recurso, en el equilibrio deseable entre las diversas medidas otorgables, en las cuestiones suscitadas por la anulación de un contrato ya adjudicado, y en los riesgos inherentes a la importancia excesiva que cabe dar a la vía administrativa jerárquica frente a la vía judicial (en particular, el si se faculta a unas cuantas personas o a un órgano administrativo de escasa importancia para otorgar daños).

**D. Otras medidas correctoras previstas (artículo 54 3) a) de la Ley Modelo de 1994 y artículo 58 5) a) de la versión revisada propuesta de la Ley Modelo)**

55. En su 15º período de sesiones, el Grupo de Trabajo escuchó la sugerencia de que se incluyera en el encabezamiento del párrafo 5) a) del artículo 60 (art. 58 de la versión revisada propuesta de la Ley Modelo). Dicho párrafo indica entre los remedios otorgables que un órgano administrativo independiente podrá ser el que declare los principios o normas legales aplicables al objeto del recurso interpuesto. Se explicó que esa medida no constituía propiamente un remedio sino un paso que habría de darse en la tramitación normal del recurso interpuesto. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que investigara la labor preparatoria al respecto y decidió aplazar su examen de esa sugerencia hasta después de haber examinado las conclusiones de la Secretaría (A/CN.9/668, párr. 264).

<sup>7</sup> Véase un extracto de la jurisprudencia europea anterior a la adopción de la directiva sobre las vías de recurso, en <http://www.sigmaxweb.org/dataoecd/44/45/40443900.ppt>, así como información sobre la infracción de textos legales de la Unión Europea, en [http://europa.eu.int/comm/secretariat\\_general/sgb/droit\\_com/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/droit_com/index_en.htm).

<sup>8</sup> Véanse extractos de la jurisprudencia emitida en recursos presentados por la vía federal en los Estados Unidos (dirigida por la *Government Accountability Office (GAO)*) de los Estados Unidos que no concede “daños previsibles” (es decir, indemnización por lucro cesante), véase *“Bid Protests at GAO: a Descriptive Guide”*, 8ª ed., 2006 (GAO-06-797SP), disponible en <http://www.gao.gov/decisions/bidpro/bid/d06797sp.pdf>, y véanse los resúmenes de casos publicados en <http://www.gao.gov/legal/bidprotest.html>.

56. El texto en cuestión y su ubicación en ese párrafo datan del texto inicial de la Secretaría concerniente al recurso por la vía administrativa, sin que se modificaran en nada al negociarse el texto de 1994. Tampoco se formularon inquietudes acerca de su contenido o de su ubicación. En el décimo período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional se hizo la observación general de que los remedios indicados en el párrafo estarían a disposición del concursante en función del cual fuera la índole de su recurso (A/CN.9/315, párr. 121).

57. Por ello, cabe prever que el proveedor o contratista agraviado presente un recurso ante un órgano administrativo independiente para quejarse de que la entidad adjudicadora haya aplicado reglas o principios incorrectos al objeto de su recurso (por ejemplo, si un concursante recurre ante el órgano administrativo jerárquico contra una decisión adoptada por la entidad adjudicadora en el marco del art. 53 de la Ley Modelo de 1994). En tal caso, el órgano administrativo jerárquico podrá otorgar el remedio previsto en el artículo 54 3) a) del texto de 1994.

58. A la luz de esta explicación, tal vez proceda que el Grupo de Trabajo considere cuál es la ventaja de que se retenga este texto y de que se retenga en el lugar que figura en la Ley Modelo de 1994.

#### **E. Excepciones a la obligación de divulgar (artículos 11 3) a) y 55 3) de la Ley Modelo de 1994 y artículos 19 2) b), 22 4) a), y 59 3) a 5) de la versión revisada propuesta de la Ley Modelo**

59. En el 15º período de sesiones del Grupo de Trabajo se observó que las excepciones a la regla de divulgar información del artículo 19 2) b) estaban formuladas en términos demasiado latos, lo que inhibiría la transparencia, por lo que convendría reformular ese texto en términos que sólo exceptúen la información confidencial. El Grupo de Trabajo convino en que se examinara en un período ulterior de sesiones si procedía reformular este texto (A/CN.9/668, párr. 131).

60. Conforme se señaló en ese período de sesiones, las excepciones a la regla de divulgar enunciada en el artículo 19 2) b) guardan relación con las del artículo 22 4) a) de la versión revisada propuesta de la Ley Modelo (art. 11 3) a) de la Ley Modelo de 1994 relativo al expediente del proceso de contratación), de donde se tomó el texto considerado (A/CN.9/668, párr. 130). Cabe también señalar que el artículo 34 8) de la Ley Modelo de 1994 enuncia asimismo excepciones a la obligación de divulgar (art. 31 8) de la versión revisada propuesta para la Ley Modelo):

“8) No se revelará información alguna relativa al examen, la aclaración, la evaluación o la comparación de ofertas a los proveedores o contratistas ni a ninguna otra persona que no haya de intervenir oficialmente en el examen, la evaluación o la comparación de las ofertas o en la determinación de la oferta ganadora, salvo conforme a lo previsto en el artículo 11.”

61. La Secretaría investigó la labor preparatoria de los artículos 11 3) a) y 34 8) de la Ley Modelo de 1994 y examinó las disposiciones correspondientes de los instrumentos internacionales aplicables. A continuación se dan los resultados de esta investigación.

*Labor preparatoria de las disposiciones*

62. El proyecto inicial de la Secretaría relativo al expediente del proceso de contratación decía que “no se revelará ninguna información en contra de lo dispuesto en las leyes de [este Estado] relativas a la confidencialidad” (A/CN.9/WG.V/WP.24, art. 33 2)). Al examinarse este texto en el Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional, se convino en que se ampliara el ámbito de la confidencialidad, disponiéndose que no deberá divulgarse información alguna cuando ello sea contrario a derecho, obstaculice el cumplimiento de la ley, sea contrario al interés público, perjudique algún interés comercial legítimo de las partes o inhiba una competencia leal. Se expresó cierta oposición a que se formulara una regla en términos tan latos, al alegarse que permitiría que el Estado promulgante limitara notablemente la divulgación de información mediante leyes que declararan confidenciales diversos aspectos de un proceso de contratación (A/CN.9/331, párr. 210). En períodos de sesiones subsiguientes se convino, no obstante, en retener todas esas restricciones de la obligación de divulgar, pero disponiéndose en la Ley Modelo que siempre que lo ordene el tribunal competente, la entidad adjudicadora deberá divulgar la información tenida por reservada, conforme le sea prescrito en la orden de dicho tribunal (A/CN.9/356, párr. 80).

63. El primer borrador de la Secretaría de lo que pasó a ser el artículo 34 8) de la Ley Modelo de 1994 es básicamente idéntico al texto actual (A/CN.9/WG.V/WP.24, art. 28 9)). Al examinarse ese texto inicial en el Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional, se convino en general en que no debería divulgarse información concerniente al examen, la aclaración, la evaluación o la comparación de las ofertas, a reserva de lo prescrito en el artículo relativo al expediente del proceso de contratación. Se mencionó expresamente a este respecto la posibilidad de que un tribunal competente ordene que se dé a conocer cierta información (A/CN.9/331, párr. 211, y A/CN.9/356, párr. 80). Por ello, el Grupo de Trabajo aprobó, con pequeñas modificaciones el texto propuesto en el primer borrador de la Secretaría. No se cuestionó en nada la formulación de ese texto al ser aprobada la Ley Modelo en la Comisión.

*Disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales aplicables*

64. Conforme se observó en el 15º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/668, párr. 131), el lenguaje utilizado en la Ley Modelo de 1994 y que se retiene en la versión revisada propuesta de la Ley Modelo, es similar al empleado en los instrumentos de la OMC y en la directiva de la UE. En el cuadro que sigue se cita el texto de las disposiciones pertinentes de esos instrumentos, con miras a facilitar su consulta:

Acuerdo sobre Contratación Pública (1994) de la OMC	Acuerdo sobre Contratación Pública revisado (2006) de la OMC	Directiva de la UE
<p><b>Artículo XVIII</b> <b>Información y examen: obligaciones de las entidades</b></p> <p>...</p> <p>4. No obstante, las entidades pueden optar por retener algunas de las informaciones sobre la adjudicación del contrato a las que se hace referencia en el párrafo 1 y en el apartado c) del párrafo 2, cuando su divulgación pueda constituir un obstáculo para el cumplimiento de las leyes o ser de otro modo contraria al interés público o lesionar los intereses comerciales legítimos de determinadas empresas, públicas o privadas, o ir en detrimento de la competencia leal entre proveedores.</p> <p><b>Artículo XIX</b> <b>Información y examen: obligaciones de las partes</b></p> <p>...</p> <p>2. El gobierno de un licitador cuya oferta no haya sido elegida, que sea Parte en el presente Acuerdo, podrá pedir, sin perjuicio de las disposiciones del artículo XXII, toda la información adicional sobre la adjudicación del contrato que sea necesaria para cerciorarse de que la contratación se hizo justa e imparcialmente. A tal efecto, el gobierno contratante dará información sobre las características y ventajas relativas de la oferta ganadora y del precio del contrato. Normalmente, esta última información podrá ser revelada por el gobierno del licitador cuya oferta no haya sido elegida con tal de que haga uso de esa facultad con discreción. En los casos en que su divulgación pueda perjudicar a la competencia en futuras licitaciones, esa información no será revelada, salvo consulta previa con la Parte que haya facilitado al gobierno del</p>	<p><b>Artículo XVII</b> <b>Divulgación de información</b></p> <p>...</p> <p><i>No divulgación de información</i></p> <p>2. No obstante otras disposiciones del presente Acuerdo, las Partes, incluidas sus entidades contratantes, no podrán facilitar a un determinado proveedor información que pueda perjudicar la competencia leal entre proveedores.</p> <p>3. Ninguna de las disposiciones del presente Acuerdo se interpretará en el sentido de que exige a una Parte, incluidas sus entidades contratantes, autoridades y órganos de revisión, que revele información confidencial en virtud del presente Acuerdo, si esa divulgación pudiera:</p> <p>a) constituir un obstáculo para hacer cumplir las leyes;</p> <p>b) ir en detrimento de la competencia leal entre proveedores;</p> <p>c) lesionar los intereses comerciales legítimos de particulares, incluida la protección de la propiedad intelectual; o</p> <p>d) ser de otro modo contraria al interés público.</p>	<p><b>Artículo 35</b> <b>Anuncios</b></p> <p>...</p> <p>4. ...</p> <p>Determinada información relativa a la adjudicación del contrato o a la celebración del acuerdo marco podrá no ser publicada en el caso de que su divulgación constituya un obstáculo para aplicar la legislación, sea contraria al interés público o perjudique los intereses comerciales legítimos de operadores económicos públicos o privados, o pueda perjudicar la competencia leal entre ellos.</p> <p><b>Artículo 41</b> <b>Información a los candidatos y a los licitadores</b></p> <p>1. Los poderes adjudicadores informarán cuanto antes a los candidatos y licitadores sobre las decisiones tomadas en relación con la celebración de un contrato marco, con la adjudicación del contrato o con la admisión a un sistema dinámico de adquisición, incluidos los motivos por los que hayan decidido renunciar a celebrar un acuerdo marco, a adjudicar un contrato para el que se haya efectuado una convocatoria de licitación o a volver a iniciar el procedimiento, o a aplicar un sistema dinámico de adquisición. Esta información se facilitará por escrito en caso de que así se solicite a los poderes adjudicadores.</p> <p>...</p> <p>1. No obstante, los poderes adjudicadores podrán decidir no comunicar determinados datos sobre la adjudicación de los contratos, la celebración de los acuerdos marco o la admisión a un sistema dinámico de adquisición, mencionados en el párrafo 1, cuando su difusión pudiera obstaculizar la</p>

Acuerdo sobre Contratación Pública (1994) de la OMC	Acuerdo sobre Contratación Pública revisado (2006) de la OMC	Directiva de la UE
licitador cuya oferta no haya sido elegida y después de haber obtenido el consentimiento de esa Parte.		<p>aplicación de la ley, ser contraria al interés público o perjudicar los intereses comerciales legítimos de operadores económicos públicos o privados, o perjudicar la competencia leal entre ellos.</p> <p><b>Artículo 69</b> <b>Anuncios</b></p> <p>2. ...</p> <p>Existirá la posibilidad de no publicar la información relativa a la adjudicación del concurso de proyectos cuando su divulgación obstaculice la aplicación de la legislación vigente, sea contraria al interés público o perjudique a los intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas, o pueda falsear la competencia leal entre prestadores de servicios.</p>

*Opciones que el Grupo de Trabajo habrá de examinar*

65. El Grupo de Trabajo tal vez estime que las inquietudes que puedan existir acerca de estas disposiciones fueron debidamente examinadas por los autores de la Ley Modelo de 1994, que finalmente optaron por mantener el lenguaje actual, y que ese lenguaje está alineado con el empleado en los textos de los instrumentos internacionales aplicables a esta cuestión.

66. El Grupo de Trabajo tal vez estime también que, cualquiera que sea el lenguaje por el que se enuncien las restricciones en materia de divulgación, ese lenguaje deberá mantenerse alineado en la versión revisada de la Ley Modelo. Salvo las disposiciones referentes al expediente del proceso de contratación, al examen, la evaluación y la comparación de las ofertas, y a la aceptación de la oferta ganadora (en lo concerniente a la moratoria imponible a su entrada en vigor), las disposiciones de la versión revisada propuesta de la Ley Modelo siguen el ejemplo del artículo 11 3) a) de la Ley Modelo de 1994 al señalar excepciones a la regla aplicable en materia de divulgación (por ejemplo, el art. 59, que está basado en el art. 55 de la Ley Modelo de 1994, conforme fue revisado a raíz de las deliberaciones del Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones (en particular, la decisión de que se adjunten las excepciones a las reglas en materia de divulgación A/CN.9/668, párr. 267)).

67. Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee que se mantenga la coherencia interna entre todas las disposiciones aplicables al respecto, como sería el caso de los artículos 34 8) de La Ley Modelo de 1994 (art. 31 8) del texto revisado propuesto para La Ley Modelo) relativas al examen, la aclaración, la evaluación y la comparación de las ofertas.

---