

**FILE COPY**

REFERENCE AND TERMINOLOGY UNIT  
please return to room .....



NACIONES UNIDAS

ASAMBLEA  
GENERAL



Distr. LIMITADA

A/CN.9/WG.V/WP.27  
11 de julio de 1990

ESPAÑOL  
Original: INGLES

COMISION DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL  
DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL  
Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden  
Económico Internacional  
12° período de sesiones  
Viena, 8 a 19 de octubre de 1990

CONTRATACION PUBLICA

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

Informe del Secretario General

INDICE

	<u>Página</u>
RECURSOS PREVISTOS EN LA LEY MODELO SOBRE CONTRATACION PUBLICA CONTRA LOS ACTOS Y DECISIONES DE LA ENTIDAD ADJUDICADORA Y CONTRA LOS PROCEDIMIENTOS POR ELLA APLICADOS .....	3
ANEXO I. PROYECTO DE DISPOSICIONES SOBRE VIAS DE RECURSO ADMINISTRATIVAS Y JUDICIALES EN LA LEY MODELO SOBRE CONTRATACION PUBLICA .....	7
CAPITULO IV. LAS VIAS DE RECURSO .....	7
Artículo 36. Recurso de reconsideración .....	7
Artículo 37. Reconsideración por la entidad adjudicadora o por el órgano que dio su aprobación .....	9
Artículo 38. Recurso administrativo jerárquico .....	12
Artículo 39. Algunas reglas aplicables a los procedimientos de recurso previstos en el artículo 37 [y en el artículo 38] .....	15

	<u>Página</u>
Artículo 40. Recurso contencioso administrativo .....	17
Artículo 41. Suspensión del proceso de contratación [y del cumplimiento del contrato adjudicado] .....	19
Artículo 42. Responsabilidad disciplinaria, administrativa o penal de la entidad adjudicadora .....	20
ANEXO II. PROYECTO DE RECOMENDACION DE LA COMISION QUE SERIA APROBADA COMO COMPLEMENTO DE LA APROBACION DE LA LEY MODELO DE CONTRATACION PUBLICA .....	21

RECURSOS PREVISTOS EN LA LEY MODELO SOBRE CONTRATACION PUBLICA  
CONTRA LOS ACTOS Y DECISIONES DE LA ENTIDAD ADJUDICADORA Y  
CONTRA LOS PROCEDIMIENTOS POR ELLA APLICADOS

1. El presente documento se ha preparado de conformidad con la petición formulada por el Grupo de Trabajo en su 11° período de sesiones (5 a 16 de febrero de 1990) de que la Secretaría preparara para el 12° período de sesiones del Grupo de Trabajo proyectos de disposiciones que se ocupasen del recurso contra los actos y decisiones de la entidad contratante, y contra los procedimientos por ella aplicados (A/CN.9/331, párr. 222). (Esos actos, decisiones y procedimientos se denominarán conjuntamente en adelante "actos".)

2. La mayoría de los Estados disponen de mecanismos y procedimientos para recurrir contra los actos de organismos administrativos y otras entidades públicas. En algunos Estados, los mecanismos y procedimientos de recurso se han establecido expresamente para resolver las controversias que se susciten en el contexto de las adjudicaciones de contratos efectuadas por esos organismos y entidades. En otros Estados, esas controversias se sustancian por conducto de los mecanismos y procedimientos generales de recurso contra los actos administrativos.

3. Algunos aspectos importantes del procedimiento de recurso, como el órgano competente para conocer de los recursos y los remedios que puedan otorgarse, guardan una estrecha relación con los aspectos conceptuales y estructurales básicos del ordenamiento jurídico y del régimen administrativo de cada país. Muchos ordenamientos jurídicos han previsto la posibilidad de recurrir contra los actos de los órganos administrativos y otras entidades públicas ante un órgano administrativo que ejerza autoridad jerárquica o fiscalizadora sobre dichos órganos o entidades (esa vía será denominada en adelante el "recurso administrativo jerárquico"). Sin embargo, el recurso administrativo jerárquico no es desconocido en otros ordenamientos jurídicos. En los ordenamientos jurídicos que prevén el recurso administrativo jerárquico, la cuestión de determinar qué órgano u órganos han de ejercer esa función con respecto a los actos de ciertos órganos o entidades dependerá básicamente de la estructura de la administración del Estado. En el contexto de la contratación pública, por ejemplo, algunos Estados han previsto la posibilidad de recurrir ante el órgano que ejerce la supervisión y el control generales sobre la contratación pública en ese Estado (por ejemplo, una junta central de licitación); en otros Estados, se ha encomendado esta función al órgano que ejerce el control financiero sobre las operaciones del gobierno y de la administración pública. Algunos Estados encomiendan esta función, en ciertos casos, al Jefe del Estado.

4. En algunos Estados, los recursos contra determinados tipos de actos en los que intervienen órganos administrativos u otras entidades públicas han de ser presentados ante órganos administrativos independientes de carácter especializado que gozan, a veces, de una competencia "cuasijudicial". Sin embargo, estos órganos no son considerados como tribunales judiciales.

5. Muchos ordenamientos jurídicos han previsto el recurso ante los tribunales (o contencioso administrativo) contra los actos de los órganos administrativos y las entidades públicas. En varios de esos ordenamientos jurídicos se ha previsto el recurso contencioso administrativo además del recurso administrativo jerárquico, mientras que en otros ordenamientos sólo se ha previsto el contencioso administrativo. Algunos ordenamientos jurídicos

sólo han previsto el recurso administrativo jerárquico, pero no el contencioso administrativo. En ciertos ordenamientos jurídicos en que se ha previsto tanto el recurso administrativo jerárquico como el recurso contencioso administrativo, este último sólo puede interponerse después de haber agotado la vía administrativa; en otros ordenamientos cabe optar por cualquiera de las dos vías.

6. En algunos ordenamientos jurídicos que han previsto la vía judicial, se dan grandes diferencias en cuanto al tipo de tribunales que son competentes para entender de los recursos presentados contra los actos de órganos administrativos y entidades públicas. En ciertos países existe un sistema independiente de tribunales administrativos para entender de esos recursos. En otros países, la competencia para entender de estos recursos ha sido conferida a tribunales que forman parte de un sistema judicial unificado. En algunos de estos países son competentes en la esfera contencioso administrativa los tribunales generales, mientras que en otros los tribunales competentes en esta esfera constituyen una rama independiente de un sistema judicial unificado. En algunos otros países, la competencia para entender de los recursos contra los actos de órganos administrativos y entidades públicas está dividida entre tribunales administrativos y tribunales civiles.

7. Los tipos de remedios que pueden concederse para corregir los actos ilícitos de un órgano administrativo o de una entidad pública varían de un ordenamiento a otro. En muchos ordenamientos, los remedios que pueden conceder los órganos administrativos jerárquicos comprenden la anulación o revisión del acto que ha sido recurrido. En otros ordenamientos jurídicos el órgano administrativo jerárquico no podrá anular o revisar el acto, pero podrá otorgar otros tipos de remedios.

8. La índole de los remedios judiciales que podrán conceder los tribunales está vinculada en muchos ordenamientos jurídicos al carácter de la acción judicial entablada ante el tribunal o a la competencia de éste. En algunos ordenamientos, por ejemplo, si se interpone cierta categoría de acciones judiciales el tribunal sólo podrá anular el acto reclamado y no podrá, por ejemplo, revisar el acto u otorgar una indemnización de daños y perjuicios; si se interpone, no obstante, otra categoría de acciones judiciales, el tribunal podrá otorgar una indemnización de daños y perjuicios y conceder otro tipo de remedios. En otros ordenamientos jurídicos, un tribunal tal vez sea competente para anular o revisar los actos probadamente ilícitos, pero no ser competente para ordenar a un órgano administrativo o a una entidad pública que actúe conforme a derecho o para prohibirle que actúe al margen del derecho. Además, los motivos por los cuales los tribunales podrán otorgar determinados tipos de remedios difieren de un ordenamiento jurídico a otro y dependen del derecho sustantivo que rija en cada uno de ellos.

9. El hecho de que en los recursos previstos contra los actos, decisiones y procedimientos por los que se adjudican contratos públicos intervengan aspectos conceptuales y estructurales básicos del ordenamiento jurídico y del régimen administrativo del Estado, y de que haya una amplia diversidad de criterios entre los países con respecto a estos asuntos, dificulta la labor de formular reglas relativas a los mecanismos y procedimientos de recurso de aplicación universal. Cualquiera de esas reglas habrá de evitar contravenir alguno de esos aspectos fundamentales, ya que no sería realista esperar que los países acepten reglas que resulten incompatibles con esos aspectos

fundamentales de su derecho o que adapten sus ordenamientos jurídicos o administrativos para ajustarse a la Ley Modelo. En consecuencia, las reglas de esta Ley deberán ser más someras y contener más opciones que en el caso de una legislación uniforme en esferas que no presenten las dificultades mencionadas y respecto de las cuales sea posible lograr un mayor grado de armonización o unificación.

10. En función de las consideraciones precedentes, la Secretaría propone que el Grupo de Trabajo examine tres posibles enfoques en cuanto al tratamiento de las vías de recurso. El primer enfoque consiste en preparar disposiciones para que sean adoptadas por los Estados aplicantes como parte integrante de la Ley Modelo sobre Contratación Pública. Aunque esas disposiciones tendrían que ser someras, ese enfoque no sería necesariamente inusitado o inconveniente. Varias leyes nacionales sobre contratación pública, que fueron examinadas por la Secretaría, tratan muy someramente la cuestión de las vías de recurso, dejando a otras leyes, reglamentos o prácticas del país la regulación de los detalles de fondo y procesales de los recursos previstos. Algunas leyes nacionales sobre contratación pública no hacen más que dotar a determinado órgano administrativo de competencia para conocer de las controversias relativas a irregularidades en los trámites de la contratación pública. De conformidad con este primer enfoque, la Secretaría ha preparado un proyecto de disposiciones sobre posibles vías de recurso, que figura en el anexo I del presente documento y que podría incluirse en la Ley Modelo sobre Contratación Pública, conjuntamente con un comentario sobre esas disposiciones.

11. El segundo enfoque posible sería preparar disposiciones que se ocupen de las vías de recurso, pero tratando que esas disposiciones tengan una función diferente de las del cuerpo principal de la Ley Modelo sobre Contratación Pública. Dicho cuerpo establecería un amplio marco jurídico uniforme para la contratación pública (que sería complementado por los reglamentos relativos a la contratación pública del Estado que vaya a aplicar la Ley Modelo). Cabe prever que dicho Estado promulgaría ese cuerpo principal sin modificaciones o únicamente con los cambios mínimos que fuesen indispensables para satisfacer sus necesidades particulares importantes. En cambio, las disposiciones en materia de recursos tendrían por objeto servir de orientación a esos Estados para evaluar la idoneidad y eficacia de sus mecanismos y vías de recurso contra las medidas, y decisiones adoptadas y los procedimientos seguidos en materia de contratación pública. Esas disposiciones contendrían todos los elementos que la Comisión considerara componentes fundamentales de una vía de recurso adecuada y eficaz. Además, esas disposiciones podrían prever algunas orientaciones legislativas para los Estados que considerasen que sus mecanismos y procedimientos de recurso carecían de algunos elementos básicos. Podría estimarse que desempeñan esa función, disposiciones formuladas según el modelo enunciado en el anexo I del presente documento, con o sin un comentario adicional. Al aprobar la Ley Modelo sobre Contratación Pública, la Comisión podría expresar con claridad la diversidad de sus intenciones con respecto al cuerpo principal de la Ley Modelo y a las disposiciones sobre vías de recurso, y estimular vigorosamente a los Estados que fueran a aplicar la Ley a que asegurasen la suficiencia y eficacia de sus vías y procedimientos de recurso utilizando como guía las disposiciones sobre vías y procedimientos de recurso que figuran en la Ley Modelo.

12. En virtud del tercer enfoque posible, la Ley Modelo sobre Contratación Pública no contendría disposiciones de carácter legislativo sobre las vías de recurso. De preferencia, al aprobar la Ley Modelo, la Comisión formularía una declaración sobre la necesidad de contar con una vía de recurso eficaz, y enunciaría, en la forma de una recomendación dirigida a los Estados, los elementos de esa vía que la Comisión considere fundamentales. En el anexo II del presente documento figura un proyecto de dicha recomendación.

13. La formulación enunciada en el anexo II está inspirada en una Directriz aprobada por el Consejo de las Comunidades Europeas (CE) que trata del recurso previsto para los casos comprendidos en las directrices de las CE sobre la adjudicación de contratos públicos de suministro y contratos de obras públicas (Directriz del Consejo de 21 de diciembre de 1989 sobre la coordinación de las leyes, reglamentos y disposiciones administrativas relativos a la aplicación de procedimientos de revisión a la adjudicación de contratos de suministros públicos y de obras públicas (89/665/EEC), denominada en adelante la "Directriz de las CE sobre las vías de recurso"). Los Estados miembros de las CE deben aplicar la Directriz en sus respectivos ordenamientos jurídicos a partir del 1° de diciembre de 1991 (artículo 5 de la Directriz de las CE sobre revisión).

14. Si se aprueba el segundo enfoque (párrafo 11 *supra*) o el tercer enfoque (párrafo 12 *supra*), la Comisión tal vez desee examinar, en el momento oportuno, si debe preparar una reglamentación completa sobre las vías de recurso adaptadas a los diferentes ordenamientos jurídicos. Ello podría entrañar, por ejemplo, la preparación de varios cuerpos normativos adaptados a las circunstancias particulares de los diversos tipos de ordenamientos jurídicos existentes en el mundo. O podría entrañar la prestación de asistencia técnica directa, previa petición del interesado, a un Estado para ayudarlo a reglamentar las vías de recurso en armonía con sus circunstancias particulares. Asimismo, la Comisión tal vez desee examinar las posibilidades de prestar asistencia técnica a los Estados que la pidan en la elaboración de reglamentos de contratación pública a fin de complementar la Ley Modelo sobre Contratación Pública. La Secretaría desea plantear estas posibilidades sin que ello presuponga que el Grupo de Trabajo habrá de ocuparse de ellas en este momento.

ANEXO I

PROYECTO DE DISPOSICIONES SOBRE VIAS DE RECURSO ADMINISTRATIVAS Y  
JUDICIALES EN LA LEY MODELO SOBRE CONTRATACION PUBLICA

\* \* \*

CAPITULO IV. LAS VIAS DE RECURSO

\* \* \*

Comentario

[Nota del Grupo de Trabajo: fuentes: A/CN.9/WG.V/WP.22, párrs. 214 a 218; A/CN.9/315, párr. 114. El comentario contiene notas entre corchetes, denominadas "notas del Grupo de Trabajo", con la finalidad de informar y orientar al Grupo de Trabajo al examinar el proyecto de disposiciones. Las notas no figurarían en la versión definitiva del comentario a la Ley Modelo.]

Un recurso eficaz para obtener una revisión de los actos y decisiones de la entidad adjudicadora y los trámites seguidos por ésta es fundamental para precaverse de una aplicación incorrecta tanto de la Ley Modelo sobre Contratación Pública como de los reglamentos sobre dicha contratación, para asegurar el funcionamiento adecuado del sistema de contratación pública y promover la confianza en ese sistema. En este capítulo figuran disposiciones que establecen un derecho de recurso y enuncian las disposiciones aplicables a su ejercicio. Para permitir que las disposiciones se ajusten a los marcos conceptuales y estructurales ampliamente divergentes de los ordenamientos jurídicos que imperan en el mundo, sólo se abordan los rasgos básicos del derecho de recurso y su ejercicio. Los reglamentos sobre contratación pública que ha de elaborar un Estado que vaya a aplicar la Ley Modelo podrían incluir normas más detalladas relativas a materias que no hayan sido abordadas en la Ley Modelo sobre Contratación Pública o en otras normas jurídicas del Estado. En algunos casos, se han formulado variantes respecto del posible enfoque de cuestiones particulares, que se han colocado entre corchetes; un Estado que vaya a aplicar la Ley deberá elegir la formulación que considere más adecuada.

\* \* \*

Artículo 36. Recurso de reconsideración

Toda persona natural o jurídica, cualquiera que sea su nacionalidad, que esté interesada en obtener un contrato que haya sido adjudicado o que se prevea que vaya a ser adjudicado en un proceso de contratación al que sea aplicable la presente Ley y que alegue haber sufrido, estar sufriendo o correr el riesgo de sufrir algún perjuicio atribuible a un acto o decisión ilícito de la entidad adjudicadora, o a algún procedimiento ilícito por ella aplicado, en relación con ese proceso, podrá interponer recurso, contra ese acto, decisión o procedimiento de conformidad con los artículos 37 a [42] en cualquier fase del proceso de contratación o una vez terminado este proceso.

\* \* \*

Comentario

1. En virtud de este artículo, podrá presentar recurso una persona "que esté interesada en obtener un contrato adjudicado... y que alegue haber sufrido, estar sufriendo o correr el riesgo de sufrir algún perjuicio". Por tanto, el derecho a presentar recurso no sólo corresponde a los contratistas y proveedores que participan en trámites de contratación pública, sino también a las personas que no hayan participado, como los contratistas y proveedores que hayan sido excluidos ilegalmente de participar en dichos trámites.

El artículo no se refiere al carácter o grado de interés o perjuicio que se exige para que la persona pueda presentar un recurso, o a otras cuestiones relativas a la capacidad de la persona para presentar recurso. Esas cuestiones han de ser resueltas por cada Estado de conformidad con su normativa jurídica aplicable.

[Nota del Grupo de Trabajo: una de esas cuestiones que queda supeditada a otras normas vigentes en cada Estado puede ser la de determinar si el derecho a presentar recurso está limitado a los casos en que se alegue que se han violado determinados tipos de disposiciones. Por ejemplo, en algunos ordenamientos jurídicos, cabría establecer, por una parte, una distinción entre los requisitos impuestos a la entidad adjudicadora que se aplican a su relación con los contratistas y proveedores y que se proponen constituir obligaciones jurídicas con los contratistas y proveedores y, por la otra, otros requisitos que sólo se consideran como de "uso administrativo interno", y que no tienen por objeto constituir obligaciones jurídicas de la entidad adjudicadora con los contratistas y proveedores. En esos ordenamientos jurídicos el derecho a presentar recurso se limitaría a los casos en que la entidad adjudicadora violara el primer tipo de requisitos.]

2. Un acto, decisión o procedimiento sería "ilícito" si no se ajustara a la Ley Modelo sobre Contratación Pública aplicada por el Estado, a los reglamentos de contratación pública o a otra norma jurídica aplicable.

3. El recurso se podrá presentar en cualquier etapa del proceso de contratación o después de que ésta haya terminado, aun cuando el contrato adjudicado haya entrado ya en vigor, sin menoscabo de lo dispuesto en el párrafo 2 [y 3] del artículo 37, y con sujeción a cualquier plazo que haya sido establecido para la presentación de recursos en los reglamentos relativos a la contratación pública o en otra norma de la ley aplicable a las vías de recurso y sin perjuicio de cualquier norma prevista en el Estado aplicante en materia de prescripción general o de prescripción de las acciones.

[Nota del Grupo de Trabajo: la referencia al párrafo 3 del artículo 37 se ha colocado entre corchetes a la espera de que el Grupo de Trabajo adopte una decisión acerca de si se ha de mantener o no ese párrafo.]

4. La referencia al artículo 42 se ha colocado entre corchetes porque el número del artículo dependerá de si el Estado aplicante prevé o no la revisión administrativa jerárquica (véase el párrafo 1 del comentario al artículo 38).

\* \* \*

Artículo 37. Reconsideración por la entidad adjudicadora o por el órgano que dio su aprobación

1) [Salvo que el contrato objeto de adjudicación sea ya efectivo] el recurso será presentado por escrito, en primera instancia, al jefe de la entidad adjudicadora. Sin embargo, si el recurso está basado en un acto o decisión de la entidad adjudicadora o en el procedimiento por ella aplicado, y ese acto, decisión o procedimiento fue aprobado por algún órgano con arreglo a lo previsto en [la presente Ley], ese recurso será presentado, en su lugar, al jefe del órgano que aprobó el acto, la decisión o el procedimiento recurrido. Toda referencia que en [la presente Ley] se haga al jefe de la entidad adjudicadora o al jefe del órgano que dio su aprobación se entenderá como referida también a toda persona designada por el jefe objeto de la referencia.

2) El jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación no admitirá ningún recurso que no haya sido presentado dentro de los [10] días posteriores al momento en que la persona que esté presentando el recurso se dio cuenta de las circunstancias que motivaron el recurso, o, de ser anterior, al momento en que debería haberse dado cuenta de esas circunstancias.

[3) El jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación no aceptará ningún recurso o dejará de entender de un recurso, desde el momento en que el contrato adjudicado adquiera validez.]

4) Salvo que una reclamación sea resuelta por mutuo acuerdo de la persona que la presentó y de la entidad adjudicadora, el jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación deberá emitir, dentro de los [20] días siguientes a la presentación del recurso, una decisión por escrito. En esa decisión se deberá:

- a) enunciar las razones en las que se funde la decisión; y
- b) de ser aceptado en todo o en parte el recurso, indicar las medidas rectificadoras que se habrán de tomar. Esas medidas podrán consistir en el pago de una indemnización [de cualquier gasto razonable en que haya incurrido en relación con la contratación] la persona que presentó el recurso [de las pérdidas ocasionadas a la persona que presentó el recurso] como resultado de algún acto o decisión ilícito de la entidad adjudicadora o de algún procedimiento ilícito por ella aplicado.

5) Si el jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación no emite su decisión en el plazo especificado en el párrafo 4), la persona que presentó la reclamación o la entidad adjudicadora estarán inmediatamente facultadas para presentar el recurso previsto en el artículo [38 ó 40]. Al momento de entablarse el nuevo recurso, cesará la competencia del jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación para entender del recurso.

6) La decisión del jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación será definitiva de no ser presentado el recurso previsto en el artículo [38 ó 40].

### Comentario

[Nota del Grupo de Trabajo: fuentes: A/CN.9/WG.V/WP.22, párr. 219; A/CN.9/315, párrs. 115 y 116. En cuanto al órgano competente ante el que podrá presentarse el recurso, el Grupo de Trabajo convino en su décimo período de sesiones que la Ley Modelo sobre Contratación Pública debería ofrecer variantes formuladas en términos generales entre las que un Estado podría elegir las que deseara aplicar (A/CN.9/315, párr. 116).

Las primeras palabras del párrafo 1 ("salvo que el contrato objeto de adjudicación sea ya efectivo") y el párrafo 3 se han colocado entre corchetes a fin de invitar al Grupo de Trabajo a que examine si se deben mantener estas disposiciones. La política subyacente en ellas consiste en que, una vez que el contrato adjudicado ha entrado en vigor, no hay medidas correctivas que el jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación podrían decretar útilmente (excepto la indemnización; véase el párrafo 3 del comentario al presente artículo), salvo que se le autorizara a declarar la nulidad del contrato adjudicado. Cabe pensar que esa autorización conferiría una facultad extraordinaria a ese funcionario. Cabe también pensar que sería más adecuado conferir esa facultad de declarar la nulidad del contrato, si es que se ha de conferir, a un tribunal o, al menos, a un órgano administrativo jerárquico. El propósito de establecer que el recurso en primera instancia compete al jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación no es otro que facultar a ese funcionario para que corrija actos, decisiones o procedimientos defectuosos. Una vez que el contrato adjudicado ha entrado en vigor es demasiado tarde para que ese funcionario pueda hacerlo. De mantenerse las disposiciones que figuran entre corchetes, se dispondría del recurso administrativo jerárquico o del recurso ante los tribunales para las reclamaciones que se presentaran después de la entrada en vigor del contrato adjudicado.]

1. El presente artículo prevé un recurso de reconsideración que se ha de presentar en primera instancia al jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación y los artículos posteriores prevén el recurso administrativo jerárquico y el contencioso administrativo. En virtud de lo dispuesto en el párrafo 1, la presentación de un recurso en primera instancia en el marco de este artículo es un requisito previo para presentar el recurso administrativo jerárquico o el recurso contencioso administrativo.

[Nota del Grupo de Trabajo: el plazo previsto en el párrafo 2 ha sido colocado entre corchetes para invitar al Grupo de Trabajo a que examine cuál sería el plazo adecuado.]

2. El inciso b) del párrafo 4 faculta al jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación para determinar qué medidas rectificadoras serían adecuadas en cada caso (con sujeción a las normas sobre esa materia contenidas en los reglamentos de contratación pública; véase el párrafo 5 del comentario al presente artículo). Entre las posibles medidas correctivas se podrían incluir las siguientes: exigir a la entidad adjudicadora que revise los trámites de la contratación a fin de que se ajusten a la Ley Modelo sobre Contratación Pública, a los reglamentos de contratación pública o a otras normas de derecho aplicables; si se ha adoptado una decisión de aceptar una oferta particular y se demuestra que debería aceptarse otra oferta, se ha de exigir a la entidad contratante que acepte esa otra oferta; o poner término a la contratación y ordenar que se inicie de nuevo.

3. El inciso b) del párrafo 4 autoriza expresamente al jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación a que ordene el pago de una indemnización a la persona que presentó el recurso. De ordinario, la indemnización la pagaría la entidad adjudicadora. No obstante, en los casos en que el acto, la decisión o el procedimiento recurrido fue aprobado por una autoridad competente, el jefe de esa autoridad podría decidir que ella ha de pagar una indemnización.

[Nota del Grupo de Trabajo: en cuanto a los tipos de pérdidas respecto de los cuales se podrá exigir indemnización, dos posibles variantes figuran entre corchetes para su examen por el Grupo de Trabajo. De conformidad con la primera posibilidad, se podrá exigir indemnización por cualquier gasto razonable en que haya incurrido la persona que presenta la reclamación en relación con los trámites de la contratación, como consecuencia del acto, la decisión o el procedimiento ilícitos. Esos gastos no incluyen el lucro cesante derivado del contrato adjudicado por la no aceptación de la oferta de la persona que presenta el recurso. Los tipos de pérdida que se indemnizan de acuerdo con la segunda posibilidad son más amplios que los que ofrece la primera, y podrían incluir el lucro cesante en casos adecuados. La cuestión de los tipos de pérdidas que deberían indemnizarse se abordó en el décimo período de sesiones del Grupo de Trabajo, pero no se adoptó ninguna decisión (A/CN.9/315, párr. 120).]

4. Un Estado aplicante debería adoptar las siguientes medidas con respecto a las referencias al artículo "38 ó 40" que figuran entre corchetes en los párrafos 5 y 6. Si el Estado aplicante establece el recurso contencioso administrativo, pero no el administrativo jerárquico (véase el párrafo 1 del comentario del artículo 38), la referencia sólo ha de corresponder al artículo que figura en la presente Ley Modelo como artículo 40. Si el Estado aplicante prevé ambas formas de recurso, pero exige que la persona que presente el recurso agote la vía administrativa jerárquica antes de presentar el recurso contencioso administrativo, la referencia sólo deberá hacerse al artículo 38. Si el Estado aplicante ha previsto ambas formas de recurso, pero no exige que se agote la vía administrativa jerárquica antes de acudir a la vía contencioso administrativa, la referencia deberá ser al "artículo 38 ó 40".

5. De conformidad con este artículo, un Estado aplicante podrá incluir en sus reglamentos de contratación pública normas detalladas sobre las vías de recurso (por ejemplo, referentes al derecho de los contratistas y proveedores que intervengan en el proceso de contratación, distintos del que presente la reclamación, a participar en el recurso (véase el artículo 39); a la posibilidad de presentar pruebas; a la tramitación del recurso, y a las medidas correctivas que el jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación puedan exigir que adopte la entidad adjudicadora (véanse los párrafos 2 y 3 del comentario al presente artículo)).

6. El procedimiento de recurso que se prevea en el contexto de este artículo deberá estructurarse de forma que facilite una pronta solución del recurso. Si éste no puede decidirse con rapidez, los trámites previstos no deberán retardar indebidamente la presentación del recurso administrativo jerárquico o del contencioso administrativo. Con ese propósito, el párrafo 4 exige que el jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación dicte una decisión dentro del plazo de [20] días contados desde la presentación del

recurso. Si la decisión no se ha dictado al vencimiento del plazo, el párrafo 5 faculta para que se entablen inmediatamente los recursos administrativo jerárquico o contencioso administrativo. [Nota del Grupo de Trabajo: el plazo se coloca entre corchetes en el texto del párrafo 4 y en una oración anterior para invitar al Grupo de Trabajo a que examine qué duración se ha de asignar al plazo.]

7. En el artículo 39 figuran algunas reglas adicionales aplicables a la vía de recurso prevista en este artículo.

\* \* \*

Artículo 38. Recurso administrativo jerárquico

1) Toda persona podrá presentar un recurso por escrito dirigido a [insértese el nombre del órgano administrativo]:

[a) cuando su recurso no pueda ser presentado o aceptado con arreglo al artículo 37 por ser ya efectivo el contrato adjudicado];

b) con arreglo a lo previsto en el párrafo 5) del artículo 37; o

c) cuando esa persona alegue haber sido adversamente afectada por la decisión que el jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación haya adoptado con arreglo a lo previsto en el artículo 37.

2) El [insértese el nombre del órgano administrativo] podrá conceder uno o más de los siguientes remedios:

a) declarar cuáles son las reglas o principios jurídicos por los que se ha de regir la cuestión que ha motivado el recurso;

b) prohibir a la entidad adjudicadora que actúe o decida ilícitamente o que aplique procedimientos ilícitos;

c) exigir a la entidad adjudicadora que haya actuado o procedido de manera ilícita, o que haya adoptado una decisión ilícita, a que actúe o proceda de manera lícita o a que adopte una decisión lícita;

d) anular total o parcialmente algún acto o decisión ilícitos de la entidad adjudicadora;

e) revisar una decisión ilícita de la entidad adjudicadora o reemplazar esa decisión por su propia decisión;

f) anular el contrato adjudicado, si ese contrato es ya válido;

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;

h) poner término al proceso de contratación.

3) El [insértese el nombre del órgano administrativo] emitirá una decisión por escrito relativa al recurso que deberá ser motivada y señalar los remedios que, en su caso, se otorguen.

4) Esa decisión será definitiva de no entablarse la acción prevista en el artículo 40.

\* \* \*

#### Comentario

[Nota del Grupo de Trabajo: fuentes: A/CN.9/WG.V/WP.22, párrs. 220, 222, 223, 226; A/CN.9/315; párrs. 115, 116, 119 a 121; A/CN.9/331, párrs. 10, 153 y 204.]

1. En el presente artículo se prevé el recurso administrativo jerárquico. Los Estados en cuyo ordenamiento jurídico no esté previsto el recurso administrativo jerárquico contra las acciones y decisiones de los órganos de la administración pública, o contra los procedimientos seguidos por esos órganos, podrán optar por omitir este artículo y ocuparse de regular únicamente el recurso contencioso administrativo (artículo 40).

2. En algunos ordenamientos jurídicos en los que está previsto tanto el recurso administrativo jerárquico como el recurso ante los tribunales, es posible interponer el recurso contencioso ante los tribunales antes de haberse agotado la vía administrativa, o viceversa, y en esos países estará, claro está, reglamentado en qué medida la interposición del recurso contencioso administrativo suplanta al recurso administrativo jerárquico. Pudiera suceder que el ordenamiento jurídico de algún Estado que vaya a aplicar la Ley Modelo y que tenga previstas ambas formas de recurso no haya aún reglamentado la relación mutua entre uno y otro recurso; tal vez ese Estado desee definir esa relación, por ejemplo, en los reglamentos relativos a la contratación pública.

3. Un Estado que vaya a aplicar la Ley Modelo y que desee establecer el recurso administrativo jerárquico pero no disponga aún de un mecanismo adecuado para encargarse de ese recurso en lo relativo a la contratación pública deberá encargar ese cometido a un órgano competente de su administración. Convendría encomendar esta función a algún órgano apropiado ya existente o a un nuevo órgano creado al efecto. Ese órgano podría ser, por ejemplo, el órgano que esté encargado de la función de supervisión y control general de la contratación pública en ese Estado (por ejemplo, la junta central de licitación; véase el artículo 6 y el comentario adjunto), un órgano cuya competencia no esté limitada a los asuntos relacionados con la

contratación pública (por ejemplo, el órgano que ejerza la supervisión general y el control financiero sobre las operaciones del Gobierno y de la administración pública (el alcance del recurso previsto no deberá, sin embargo, quedar circunscrito a la supervisión general y al control financiero de la contratación)), un órgano administrativo especial cuya competencia se extienda únicamente a las controversias relacionadas con la contratación pública, tal como sería el caso de "una junta de recursos relativos a la contratación pública", o un tribunal arbitral. Es importante que el órgano que haya de entender de estos recursos sea un órgano independiente de la entidad adjudicadora. Además, si en el ordenamiento jurídico del Estado que está aplicando la Ley Modelo el órgano administrativo facultado para entender de estos recursos es el mismo que ha de dar su aprobación a las acciones o decisiones de la entidad adjudicadora o a los procedimientos aplicados por esa entidad se deberá velar para que la sección de ese órgano que haya de entender de los recursos presentados sea independiente de la sección del mismo que se ocupe de aprobar los contratos adjudicados.

[Nota del Grupo de Trabajo: el inciso a) párrafo 1), que aparece entre corchetes, deberá mantenerse si el Grupo de trabajo decide, en relación con el artículo 37, que el jefe de la entidad adjudicadora o de la autoridad que dio su aprobación debe perder su competencia para entender de un recurso presentado con arreglo a lo previsto en ese artículo desde el momento en que el contrato adjudicado pase a ser efectivo (véase la nota del Grupo de Trabajo anterior al párrafo 1 del comentario al artículo 37). De lo contrario, este inciso deberá ser suprimido.]

4. Las personas facultadas para entablar un recurso con arreglo a lo previsto en el inciso c) del párrafo 1) no serán únicamente las personas que hayan participado en la contratación con la entidad adjudicadora o con el órgano que dio su aprobación (véase el párrafo 2) del artículo 39), sino que podrá ser también cualquier otra persona que alegue haber sido adversamente afectada por una decisión del jefe de la entidad adjudicadora o de la autoridad que dio su aprobación.

5. Con respecto al párrafo 2), la manera por la que la persona que presente un recurso habrá de demostrar su derecho a obtener algún remedio dependerá de las normas de derecho sustantivo o procesal que sean aplicables al recurso entablado.

6. Existen diferencias entre los ordenamientos jurídicos de los distintos países con respecto a la índole de los remedios que estén facultados a otorgar los órganos que entiendan del recurso administrativo jerárquico. Al aplicar la Ley Modelo de Contratación Pública, el Estado podrá prever en su derecho interno todos los remedios enunciados en el párrafo 2), o tan sólo aquellos de esos remedios que un órgano administrativo sería competente para otorgar en el ordenamiento jurídico de ese Estado. Si en un ordenamiento jurídico determinado, un órgano administrativo puede otorgar unos remedios que no hayan sido enunciados en el párrafo 2), cabría incorporar esos remedios a dicho párrafo. En ese párrafo deberán figurar todos los remedios que el órgano administrativo jerárquico esté facultado para otorgar. [Nota del Grupo de Trabajo: el enfoque del presente artículo, que especifica los remedios que el órgano administrativo jerárquico podrá otorgar, contrasta con el enfoque más flexible adoptado con respecto a las medidas rectificatorias que el jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación puede decretar (artículo 37 4) b)). El criterio que subyace al inciso b) del párrafo 4) del artículo 37 es que el jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su

aprobación debe estar facultado para adoptar cualesquiera medidas que sean necesarias para corregir cualquier irregularidad que haya cometido la propia entidad adjudicadora o que haya sido aprobada por el órgano que dio su aprobación. Los órganos administrativos jerárquicos encargados de entender de este tipo de recursos están sujetos, en algunos ordenamientos jurídicos, a reglamentaciones más formales y restrictivas en lo que respecta a los remedios otorgables, razón por lo cual en el párrafo 2) del artículo 38 se ha adoptado un enfoque por el que se trata de evitar entrar en conflicto con esos reglamentos.]

7. El párrafo 3 del comentario al artículo 37, relativo al pago de una indemnización a la persona que haya presentado el recurso, se aplica igualmente al inciso g) del párrafo 2) del presente artículo. [Nota del Grupo de Trabajo: la nota del Grupo de Trabajo subsiguiente al párrafo 3 del comentario al artículo 37 se aplica igualmente al inciso g) del párrafo 2) del presente artículo.]

8. Si de acuerdo con lo previsto en el inciso h) del párrafo 2), el órgano administrativo jerárquico pone fin a un proceso de adjudicación, la entidad adjudicadora podrá iniciar un nuevo proceso de adjudicación. Serán aplicables respecto de ese nuevo proceso las reglas enunciadas en el artículo 7.

9. Si en el ordenamiento jurídico del Estado que vaya a aplicar la Ley Modelo no se ha reglamentado con el debido detalle el recurso administrativo jerárquico, ese Estado podrá incorporar esa reglamentación a sus reglamentos relativos a la contratación pública. Se podrá reglamentar, por ejemplo, el plazo para entablar un recurso administrativo jerárquico; el derecho a participar en ese recurso de los contratistas o proveedores que no sean el contratista o el proveedor que interpuso el recurso (véase el párrafo 2) del artículo 39); la carga de la prueba; la presentación de pruebas; y la dirección de los trámites del recurso.

10. En el artículo 39 se enuncian algunas reglas adicionales que serán aplicables a los recursos que se entablen con arreglo al presente artículo.

\* \* \*

Artículo 39. Algunas reglas aplicables a los procedimientos de recurso previstos en el artículo 37 [y en el artículo 38]

1) A la mayor brevedad después de la presentación de algún recurso conforme a lo previsto en el artículo 37 [o en el artículo 38], el jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación [, o el [insértese el nombre del órgano administrativo], según sea el caso], notificará a todos los contratistas y proveedores que hayan participado o estén participando en el proceso de contratación, que haya dado lugar al recurso, de que se ha presentado ese recurso y de su contenido.

2)[Variante A] Cuando sea presentado un recurso con arreglo a lo previsto en el artículo 37 [o en el artículo 38], después de haber sido aceptada una oferta o de haber adquirido validez el contrato adjudicado, por una persona distinta del contratista o del proveedor adjudicatario, el contratista o proveedor adjudicatario tendrá derecho a participar en el proceso de recurso en la misma medida que la entidad adjudicadora.]

[[Variante B] Cualquiera de esos contratistas o proveedores que alegue que el recurso presentado está afectando o podría afectar a sus intereses podrá solicitar que se le deje tomar parte en el proceso de recurso. El jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación [, o el [insértese el nombre de órgano administrativo], según sea el caso,] decidirá si ese contratista o proveedor podrá o no participar y, en caso afirmativo, determinará las condiciones de su participación.]

3) Una copia de la decisión que en su momento emita el jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación [, o el [insértese el nombre del órgano administrativo], según sea el caso, deberá ser entregada, dentro de los [5] días siguientes, a la persona que presentó el recurso, a la entidad adjudicadora y a cualquier otra persona que haya participado en el proceso de recurso. Además, tan pronto como esa decisión haya sido emitida, el texto del recurso y de la decisión serán dados prontamente a conocer al público para su inspección, con la salvedad, sin embargo, de que no se revelará ningún dato que contravenga alguna ley de [este Estado] relativa a las materias reservadas.

\* \* \*

#### Comentario

[Nota del Grupo de Trabajo: El presente artículo se aplica únicamente al recurso entablado ante el jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación, y al recurso entablado ante un órgano administrativo jerárquico, pero no al recurso judicial. En muchos Estados los asuntos que se abordan en el presente artículo están ya reglamentados. Esa reglamentación puede variar de un Estado a otro y tal vez se considere inviable o al menos indeseable que la Ley Modelo de Contratación Pública trate de establecer una reglamentación uniforme que pudiera entrar en conflicto con las reglas del derecho interno.]

1. Las referencias entre corchetes que se hacen en el encabezamiento y en el texto del presente artículo al artículo 38 y al órgano administrativo deberán ser omitidas por todo Estado que vaya aplicar la Ley Modelo, pero que no haya previsto el recurso administrativo jerárquico.

2. La finalidad de los párrafos 1) y 2) del presente artículo es dar a conocer a los contratistas y proveedores que un recurso ha sido presentado contra el proceso de adjudicación en el que participaron o están participando y facultarles para adoptar medidas que les permitan proteger sus intereses. Esas medidas tal vez les lleven a intervenir en el recurso con arreglo a lo previsto en el párrafo 2), o a tomar otras medidas que hayan sido previstas en alguna otra reglamentación aplicable. [Nota del Grupo de Trabajo: si se aprueba la variante A del párrafo 2) cabría incluir la siguiente oración: Mientras que el párrafo 2) se limita a enunciar el derecho a intervenir en el recurso de un contratista o proveedor cuya oferta ya ha sido aceptada o que sea parte en un contrato adjudicado, los reglamentos nacionales relativos a la contratación pública o a otras materias tal vez faculten también a intervenir a otros contratistas y proveedores que hayan participado en el proceso de contratación, y tal vez prevean la posibilidad de intervenir incluso antes de que se haya aceptado una oferta o de que sea efectivo un contrato adjudicado (véase el párrafo 5 del comentario del artículo 37 y el párrafo 10 del comentario del artículo 38).]

[Nota del Grupo de Trabajo: La variante A tiene por objeto velar para que, al menos, el contratista o el proveedor cuya oferta haya sido aceptada o que haya concertado un contrato adjudicado tenga derecho a participar en el recurso. Con arreglo a la variante B, cualquier contratista o proveedor que haya participado en un proceso de contratación, que alegue que sus intereses han sido o pueden verse afectados por el proceso de recursos, podrá solicitar intervenir, pero la decisión de atender o no a esa solicitud quedará al arbitrio del foro competente para entender del recurso. Se hace una distinción en la variante A entre el momento de aceptarse una oferta (cuando se haya recurrido al concurso de licitación) y el momento de la validez del contrato adjudicado (cuando se haya utilizado otro proceso de adjudicación) ya que, conforme a lo dispuesto en el proyecto de artículo 32, cuando la validez del contrato adjudicado esté sujeta a la firma de un contrato escrito, pudiera mediar un intervalo de tiempo entre el momento de aceptarse la oferta y el momento que el contrato pase a ser efectivo.]

3. En el párrafo 3), la frase "cualquier otra persona que haya participado en el recurso" se refiere a los contratistas y proveedores que hayan participado con arreglo a lo previsto en el párrafo 2) y a cualesquiera otras personas que estén facultadas para participar en el recurso con arreglo a las reglas y prácticas aplicables a ese recurso.

\* \* \*

#### Artículo 40. Recurso contencioso administrativo

El [insértese el nombre del tribunal o de los tribunales] será competente para entender de la acción entablada por cualquier persona que con arreglo al artículo 36 esté facultada para recurrir contra un acto o decisión de la entidad adjudicadora o contra el procedimiento por ella aplicado. Esa acción podrá ser entablada por esa persona:

[a) como alternativa a la presentación de un recurso con arreglo al artículo 38;]

[[b) si su recurso no puede ser presentado o examinado con arreglo al artículo 37 por ser ya efectivo el contrato adjudicado;]]

[c) con arreglo a lo previsto en el párrafo 5) del artículo 37;] o

d) si esa persona alega haber sido adversamente afectada [por la decisión que el jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación haya adoptado con arreglo a lo previsto en el artículo 37] [o] [por una decisión que el [insértese el nombre del órgano administrativo] haya adoptado con arreglo a lo previsto en el artículo 38].

\* \* \*

#### Comentario

[Nota del Grupo de Trabajo: fuentes: A/CN.9/WG.V/WP.22, párrs. 221, 226; A/CN.9/315, párrs. 115, 116, 119 a 121; A/CN.9/331, párrs. 153 y 204.]

1. El presente artículo se refiere al recurso por la vía judicial. En él se confiere competencia para entender de estos recursos a un tribunal o

tribunales determinados y se especifica las circunstancias en las que podrá entablarse una acción. Los aspectos procesales y de otra índole del recurso judicial, así como los remedios que podrán otorgarse, se regirán por la ley aplicable al recurso. [Nota del Grupo de Trabajo: se ha adoptado el presente enfoque minimalista a fin de evitar todo posible conflicto con el derecho interno y con las reglas procesales que en cada país puedan ser aplicables al recurso contencioso administrativo.]

2. El inciso a), que aparece entre corchetes, deberá ser omitido por todo Estado que no haya previsto el recurso administrativo jerárquico o que exija que se haya agotado la vía administrativa jerárquica prevista en el artículo 38 como requisito previo por interponer un recurso contencioso administrativo. Ese inciso deberá ser mantenido por aquellos Estados que vayan aplicar la Ley Modelo que hayan previsto el recurso administrativo jerárquico, pero que no hayan impuesto el requisito previo de haber agotado esa vía para recurrir por vía judicial.

[3. El inciso b), que aparece entre corchetes, deberá ser omitido por todo Estado que exija a la persona que vaya a interponer un recurso contencioso administrativo el haber agotado la vía administrativa jerárquica antes de poder acudir a la vía judicial. Ese inciso deberá ser mantenido por aquellos Estados que no hayan impuesto ese requisito o que no hayan previsto el recurso administrativo jerárquico.] [Nota del Grupo de Trabajo: el inciso b) y el párrafo anterior del comentario deberán ser incluidos si el Grupo de Trabajo decide, con respecto al artículo 37, que el jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación dejará de estar facultado para entender del recurso previsto en ese artículo desde el momento en que el contrato adjudicado adquiera validez (véase la nota del Grupo de Trabajo anterior al párrafo 1 del comentario al artículo 37). De lo contrario, ese inciso y ese párrafo deberán ser omitidos.]

4. El inciso c), que aparece entre corchetes, deberá ser omitido por todo Estado que vaya a aplicar la Ley Modelo que exija que la persona que interpone el recurso agote la vía administrativa jerárquica antes de acudir a la vía contencioso administrativa pero deberá ser mantenido por todo Estado que no haya impuesto ese requisito o que no haya previsto el recurso administrativo jerárquico.

5. Todo Estado que vaya a aplicar la Ley Modelo deberá adoptar las siguientes medidas con respecto a las referencias colocadas entre corchetes en el inciso d). Si ese Estado no ha previsto el recurso administrativo jerárquico, deberá hacerse referencia únicamente al jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación con arreglo al artículo 37. Si ese Estado ha previsto tanto el recurso administrativo jerárquico como el contencioso administrativo y no impone a la persona que desee interponer recurso contencioso administrativo el haber agotado previamente la vía administrativa jerárquica, deberá hacerse referencia a la decisión del jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación con arreglo al artículo 37 "o" a la decisión del órgano administrativo previsto en el artículo 38. Si ese Estado prevé ambas formas de recurso pero exige que la persona que desee interponer recurso contencioso administrativo el haber agotado plenamente la vía administrativa jerárquica, deberá hacerse referencia únicamente a la decisión del órgano administrativo jerárquico previsto en el artículo 38.

6. La ley aplicable al recurso contencioso administrativo será la que determine la cuestión de si, en una acción entablada con arreglo al inciso d), el tribunal deberá examinar de nuevo el aspecto del proceso de adjudicación contra el que se haya recurrido o si deberá examinar únicamente la juridicidad o la corrección formal de la decisión emitida en los recursos previstos en el artículo 37 o en el 38.

\* \* \*

Artículo 41. Suspensión del proceso de contratación [y del cumplimiento del contrato adjudicado]

[Variante A] La presentación oportuna de un recurso con arreglo al artículo 37 [o al artículo 38] o la presentación oportuna de una acción con arreglo al artículo 40 dejará en suspenso el proceso de contratación [, o el cumplimiento del contrato adjudicado, cuando sea ya válido,] en espera del resultado del recurso, a no ser que el jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación, [el [insértese el nombre del órgano administrativo]] o el tribunal, según sea el caso, decida que esa suspensión sería contraria al interés público.

[Variante B] Tras la oportuna presentación de un recurso con arreglo al artículo 37 [o al artículo 38], o tras la oportuna presentación de una acción con arreglo al artículo 40, el jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación, [el [insértese el nombre del órgano administrativo]] o el tribunal, según sea el caso, podrá suspender el proceso de contratación [, o el cumplimiento del contrato adjudicado, si ese contrato es ya efectivo,] a fin de salvaguardar los derechos de la persona que haya presentado el recurso o entablado la acción en espera del resultado del correspondiente proceso.

\* \* \*

Comentario

1. La finalidad del presente artículo es salvaguardar los derechos de la persona que haya interpuesto un recurso hasta que se dicte la decisión o sentencia definitiva. [Nota del Grupo de Trabajo: fuentes: A/CN.9/WG.V/WP.22, párrs. 224 y 225; A/CN.9/315, párrs. 117 y 118. Se presentan dos variantes a la consideración del Grupo de Trabajo. La variante A prevé la suspensión automática del proceso de contratación desde el inicio del recurso, a no ser que el jefe de la entidad adjudicadora o de la autoridad que dio su aprobación, el órgano administrativo o el propio tribunal determinen por la razón consignada en esa variante, que no se debe suspender el proceso de contratación. Ese ha sido el enfoque adoptado en la legislación relativa a la contratación pública de algunos países a título de excepción a la regla general que se aplica en los procesos judiciales o administrativos de que la carga de la prueba ha de recaer sobre la parte que solicite la adopción de una medida cautelar. Una importante razón en apoyo de este enfoque es que la persona que presenta un recurso o que entabla una acción judicial tal vez no disponga de tiempo suficiente para solicitar y obtener una medida cautelar. Concretamente, esa persona estará normalmente interesada en evitar que el contrato adjudicado pase a ser efectivo durante la resolución del recurso y, si ha de demostrar su derecho a la adopción de una medida cautelar,

tal vez no disponga el tiempo necesario para obtener esa medida a tiempo para poder evitar que el contrato pase a ser efectivo (por ejemplo, cuando el proceso de contratación haya entrado ya en su etapa final); véase A/CN.9/331, párr. 212. La variante B tiene en cuenta el hecho que la suspensión del proceso de contratación o del cumplimiento del contrato adjudicado pudiera ocasionar graves trastornos. Con arreglo a esa variante, la suspensión del proceso de contratación o del cumplimiento del contrato adjudicado no será automática, sino que esa decisión quedará al arbitrio del foro.

Las referencias en el texto del artículo y en el comentario a la suspensión del cumplimiento del contrato adjudicado figuran entre corchetes a fin de invitar al Grupo de Trabajo a que examine si se debe o no prever la suspensión del contrato. Pese a que las dos variantes contemplan por igual la suspensión del cumplimiento del contrato adjudicado y la suspensión del proceso de contratación, también sería posible tratar de diverso modo ambas situaciones, por ejemplo, cabría prever la suspensión automática para el proceso de contratación al tiempo que se dispone que el cumplimiento del contrato adjudicado sólo podrá ser suspendido por una decisión del foro en ese sentido.]

2. Al aplicar las disposiciones del presente artículo, el foro que haya de entender del recurso aplicará cualesquiera criterios que hayan sido enunciados en los reglamentos relativos a la contratación pública o en otros reglamentos que sean aplicables al recurso entablado. Esos criterios tal vez ayuden a resolver, por ejemplo, el dilema de si existe o no discrepancia entre las consecuencias negativas de suspender el proceso de contratación [o el cumplimiento del contrato adjudicado] y las ventajas que puedan derivarse de esa suspensión, y tal vez ayuden también a determinar las probabilidades de que el recurso presentado prospere.

3. El presente artículo no interfiere con las facultades que la ley aplicable pueda otorgar al foro ante el que haya presentado el recurso para otorgar otras medidas cautelares. Tampoco interfiere con la facultad del foro para exigir que la persona que interponga un recurso constituya una fianza para cubrir las posibles pérdidas de la entidad adjudicadora en el supuesto de que se suspenda el proceso de contratación [o el cumplimiento del contrato adjudicado] pero no prospere el recurso interpuesto.

4. Las referencias entre corchetes al artículo 38 y al órgano administrativo dependerán de si el Estado que vaya a aplicar la Ley Modelo ha previsto o no el recurso administrativo jerárquico.

\* \* \*

Artículo 42. Responsabilidad disciplinaria, administrativa o penal de la entidad adjudicadora

Los resultados de los recursos previstos en el presente capítulo no afectarán en modo alguno a la posible responsabilidad disciplinaria, administrativa o penal en que haya podido incurrir con arreglo a la ley de [este Estado] la entidad adjudicadora, o alguno de sus directivos o empleados.

\* \* \*

[Nota del Grupo de Trabajo: véase A/CN.9/331, párr. 151.]

ANEXO II

PROYECTO DE RECOMENDACION DE LA COMISION QUE SERIA APROBADA  
COMO COMPLEMENTO DE LA APROBACION DE LA  
LEY MODELO DE CONTRATACION PUBLICA

[Nota del Grupo de Trabajo: la siguiente recomendación podrá ser incluida en la decisión de la Comisión por la que se apruebe la Ley Modelo de contratación pública o ser aprobada como decisión aparte, con adición de los párrafos preambulares que se estime conveniente. Esta recomendación se inspira en los artículos 1 y 2 de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas relativa a los recursos en materia de adjudicación de los contratos públicos. Se han omitido de la recomendación algunas de las disposiciones de esa Directiva que tal vez se hayan juzgado necesarias o convenientes por razón de la índole vinculante de la misma y se han modificado aquellas que se juzgaron innecesarias o inadecuadas para una recomendación. Se han efectuado otros cambios con miras a armonizar su texto con la terminología y los conceptos que se han utilizado en la Ley Modelo sobre Contratación Pública.]

La Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional,

. . .

Convencida de que es indispensable disponer de un medio eficaz para reconsiderar la licitud de los actos y decisiones de las entidades adjudicadoras, así como de los procedimientos que hayan seguido, en la adjudicación de contratos a los que sea aplicable la Ley Modelo sobre Contratación Pública, a fin de salvaguardar a los interesados contra la aplicación indebida de la Ley Modelo o de los reglamentos relativos a la contratación pública que en ella se inspiren a fin de garantizar el debido funcionamiento de los sistemas nacionales de contratación pública y de promover la confianza en esos sistemas.

Recomienda a los gobiernos que:

1. adopten las medidas necesarias para garantizar que los actos y decisiones de las entidades adjudicadoras, y los procedimientos aplicados, en la adjudicación de contratos a los que sea aplicable la Ley Modelo sobre Contratación Pública, puedan ser recurridos de manera eficaz;
2. garanticen que no habrá discriminación entre nacionales y extranjeros con respecto al derecho de solicitar y obtener la reconsideración del acto, decisión o procedimiento impugnado o con respecto a cualquier otro aspecto del recurso entablado;
3. garanticen que cuando menos podrán interponer recurso las personas que tengan o hayan tenido un interés en obtener un determinado contrato adjudicado y que hayan sufrido o puedan sufrir algún perjuicio como resultado de algún acto, decisión o procedimiento ilícito que sea imputable a la entidad adjudicadora en la adjudicación de un contrato;
4. garanticen que las vías de recurso mencionadas en los anteriores párrafos prevén los poderes necesarios para:

a) adoptar, lo antes posible, medidas cautelares con miras a impedir que se causen otros perjuicios a la persona interesada, entre las que cabe citar medidas para suspender o garantizar la suspensión del proceso de contratación, de la aplicación de cualquier decisión adoptada por la entidad adjudicadora o del cumplimiento del contrato adjudicado;

b) anular o hacer anular las decisiones ilícitas;

c) conceder indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas como resultado de algún acto, decisión o procedimiento que sea tenido por ilícito;

5. aseguren que las decisiones que hayan sido adoptadas por los órganos ante los que se interpongan los recursos puedan ser eficazmente ejecutadas;

6. velen para que las decisiones emitidas en los recursos presentados ante órganos no judiciales sean siempre motivadas;

7. velen para que sea posible recurrir ante los tribunales aun cuando se haya previsto otros recursos de índole no judicial;

8. velen para que, excepto en el caso del recurso presentado en primera instancia ante la entidad adjudicadora, los órganos facultados para entender de los recursos sean independientes de la entidad adjudicadora.