



Asamblea General

Distr. limitada
21 de enero de 2011
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo I (Contratación Pública)
20º período de sesiones
Nueva York, 14 a 18 de marzo de 2011

Revisión de la Guía para la incorporación al derecho interno que acompañará a la nueva versión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública

Nota de la Secretaría

Adición

La presente adición contiene un proyecto de la sección II, Principales características de la Ley Modelo (subsección “Vías de recurso”), de la Parte I (Observaciones generales) de la nueva versión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública.



GUÍA PARA LA INCORPORACIÓN AL DERECHO INTERNO DE LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Parte I. Observaciones generales

...

II. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA LEY MODELO

(continuación)

G. Vías de recurso

110. Un requisito básico para que un sistema de contratación pública sea transparente es que haya mecanismos de vigilancia del cumplimiento de las normas del sistema y de reclamación de ese cumplimiento en caso necesario. Entre esos mecanismos cabe mencionar, por un lado, las auditorías e investigaciones y el enjuiciamiento de los delitos que se cometan (asuntos que por lo general no se abordan en la legislación sobre la contratación pública y por consiguiente no figuran en la Ley Modelo) y, por otro lado, los procedimientos de recurso, que reconocen a los proveedores y contratistas el derecho a reclamar contra las decisiones de las entidades adjudicadoras que en su opinión no cumplan las normas que establece la legislación aplicable a la contratación pública.

111. Por consiguiente, para garantizar el adecuado funcionamiento del sistema de contratación pública es fundamental que haya un mecanismo eficaz de exigencia del cumplimiento de la ley, que además puede promover la confianza en el sistema. Un mecanismo de este tipo contribuye a dar a la Ley Modelo una notable capacidad de autocontrol y autocorrección, ya que abre una vía de reclamación a los proveedores y contratistas, que tienen un interés natural en la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones de la Ley Modelo por las entidades adjudicadoras en cada procedimiento de contratación pública. Otra función adicional del mecanismo de recurso es la de actuar como factor disuasivo: su existencia misma tiene por objeto disuadir de actos o decisiones dolosamente contrarios a la ley.

112. El incumplimiento de las normas y procedimientos solo puede ser denunciado por un proveedor a través de un procedimiento de recurso, y por eso deben estar operativos los mecanismos de supervisión a que antes se hizo referencia para: a) denunciar el incumplimiento cuando el proveedor decide no adoptar medidas, y b) resolver cuestiones sistémicas. Es posible que el proveedor no quiera adoptar medidas por muchos motivos: si un proveedor es grande y el contrato tiene escaso valor, puede considerar que la pérdida no justificaría el gasto que supondría interponer un recurso; un proveedor pequeño puede considerar que el tiempo y los

gastos que supondría interponer un recurso son inasumibles; y cualquier proveedor puede no querer interponer un recurso contra una decisión discrecional porque el riesgo de perder la causa es mayor, y porque puede preocuparle que la reclamación ponga en peligro sus relaciones futuras con la entidad adjudicadora. Por otro lado, si en los mecanismos de recurso la atención se centra en los casos individuales, en especial en los que se basan en un incumplimiento relativamente insignificante, pueden descuidarse las incongruencias sistémicas.

113. Para que un mecanismo de recurso sea eficaz es fundamental que permita presentar las reclamaciones con tiempo suficiente. Atendiendo a ello, las disposiciones del párrafo 2 del artículo 21 establecen una moratoria antes de la entrada en vigor del contrato con el fin de garantizar que se podrá presentar una reclamación antes de que el contrato adjudicado (o el acuerdo marco) entre en vigor; la interacción de las disposiciones que regulan la longitud de la moratoria y las disposiciones del capítulo VIII forman parte del mecanismo general de supervisión y coerción de la Ley Modelo.

114. El capítulo VIII contiene un conjunto mínimo de disposiciones destinadas a garantizar la eficacia del procedimiento de recurso, por lo que se alienta a los Estados promulgantes a incorporar a su derecho interno todas las disposiciones del capítulo en la medida en que sus respectivos ordenamientos jurídicos lo permitan.

1. Acuerdos internacionales que establecen mecanismos de reclamación

115. El párrafo 1 d) del artículo 9 de la Convención contra la Corrupción establece que los sistemas de contratación deberán incluir un mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de apelación, para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos conforme al propio párrafo 1 del artículo 9 de la Convención. La Comisión, a fin de asegurarse de que la Ley Modelo recoge las disposiciones de la Convención, decidió que la primera debe requerir que los Estados promulgantes reconozcan todos los derechos y establezcan todos los procedimientos necesarios (en primera instancia y en apelación) para que el mecanismo de recurso sea eficaz. Igualmente, la Comisión ha procurado garantizar la coherencia con el enfoque de los mecanismos de impugnación previstos en el Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC.

2. Garantía de que los mecanismos de reclamación operan en el marco de las tradiciones jurídicas del Estado promulgante

116. Las disposiciones de la Convención contra la Corrupción y de la Ley Modelo se basan en el reconocimiento de que es necesario que los procedimientos sean conformes con la tradición jurídica del Estado promulgante de que se trate. Es evidente que en la mayoría de los Estados existen mecanismos y procedimientos que permiten recurrir contra los actos de los órganos administrativos y demás entidades públicas (desempeñándose así una función que cabría calificar de revisión). En unos se han establecido vías de recurso especiales para las controversias que puedan surgir en el marco de la contratación por dichos órganos y entidades. En otros, esas controversias se deben resolver por las vías de recurso ordinario contra los actos administrativos. No obstante, los Estados difieren considerablemente en su enfoque de la observancia del régimen de contratación pública: en algunos países existen vías de recurso muy arraigadas ante órganos

especializados, tanto administrativos como judiciales; en otros la ley no contiene ninguna disposición general que establezca esa posibilidad de recurso (salvo en los casos en que lo requieran obligaciones internacionales y por vía exclusivamente judicial). En algunos sistemas se prevé la imposición de sanciones administrativas a los órganos estatales que violen el régimen de la contratación pública, y el recurso se tramita por vía administrativa, mientras que en otros se prevé una combinación de una reconsideración administrativa, o examen casi judicial, y de una revisión judicial de las decisiones de contratación pública por los tribunales ordinarios (acompañada por procedimientos penales especiales para las violaciones de las leyes de contratación pública por las entidades adjudicadoras).

117. Se ha pretendido que las normas y procedimientos que establece el capítulo VIII de la Ley Modelo sean suficientemente flexibles para que puedan adaptarse a cualquiera de los enfoques antes citados, sin poner en compromiso su eficacia. Algunos aspectos importantes de las vías de recurso, por ejemplo, la instancia ante la que habrá de presentarse el recurso y la reparación que pueda ser otorgada, están relacionados con aspectos conceptuales y estructurales básicos del ordenamiento jurídico y del régimen administrativo de cada país.

118. Algunos ordenamientos jurídicos prevén que el recurso contra los actos de los órganos administrativos y demás entidades públicas se ha de presentar ante la instancia administrativa que goce de autoridad o ejerza un control jerárquico sobre la entidad adjudicadora. En los sistemas jurídicos que prevén este tipo de recurso, la determinación del órgano u órganos que han de desempeñar esa función con respecto a los actos de órganos o entidades concretas dependerá en gran medida de la estructura administrativa de ese Estado. En otros Estados, la función de examen o reconsideración de los actos administrativos es desempeñada por órganos especializados cuya competencia se califica a veces como “casi judicial”. Sin embargo, en esos Estados no se considera que este organismo sea un tribunal que forme parte del sistema judicial. El artículo [66] de la Ley Modelo establece el procedimiento a seguir por los órganos administrativos o casi judiciales.

119. Tanto si se trata de un mecanismo administrativo como si se trata de un mecanismo casi judicial, un requisito básico es que sea independiente. En este contexto, la idea de “independencia” se refiere a independencia frente a la entidad adjudicadora y no frente al Gobierno en general. No obstante, se alienta a los Estados promulgantes a que le concedan, dentro del marco de su régimen jurídico nacional, toda la autonomía e independencia de acción frente al ejecutivo y al legislativo que sea posible a fin de evitar influencias políticas y garantizar el rigor de las decisiones que emanen de ese órgano independiente. La necesidad de un mecanismo independiente tiene particular importancia en los sistemas en los que no es realista esperar que la reconsideración por la entidad adjudicadora de sus propios actos y decisiones sea siempre imparcial y eficiente, pero por otro lado puede resultar difícil garantizar en algunos Estados vulnerables que se puedan obtener medidas correctivas eficaces a través de mecanismos distintos de los judiciales¹.

¹ El Grupo de Trabajo quizá desee considerar si deben incluirse en la Guía mayores detalles, por ejemplo, sobre el grado ideal de separación de poderes entre un organismo adjudicador, los órganos reguladores (por ejemplo, las autoridades antimonopolio actuales) y los organismos independientes, sea aquí o en la sección general dedicada a la infraestructura administrativa de apoyo a la Ley Modelo. La Secretaría entiende que un órgano supervisor o una junta central de

120. Muchos ordenamientos jurídicos nacionales prevén un recurso por vía judicial contra los actos de los órganos administrativos y demás entidades públicas, que se añade a la función casi judicial antes citada, o que la sustituye. En algunos ordenamientos jurídicos en los que se prevé una vía de recurso casi judicial y una vía de recurso judicial, solo podrá recurrirse a esta última después de haberse agotado las demás vías; en otros ordenamientos puede recurrirse indistintamente a las dos vías de reclamación o recurso. Las disposiciones de la Ley Modelo no abordan esta cuestión, de modo que los Estados promulgantes pueden adoptar el enfoque que deseen en sus reglamentos.

121. Es posible que los Estados promulgantes deseen utilizar las disposiciones de la Ley Modelo para evaluar la efectividad de las vías de recurso disponibles ya en el país. Por norma general, el carácter de los conflictos relacionados con la contratación pública indica que son preferibles las instancias especializadas. Si ya existe un sistema de revisión judicial eficaz y eficiente puede que introducir un nuevo órgano casi judicial no aporte muchas ventajas y, por otro lado, también puede ser poco ventajoso promover la creación de tribunales especializados en la contratación pública si existe un mecanismo casi judicial que funciona bien.

122. En vista de ello, y a fin de facilitar la adaptación de estas disposiciones a la gran diversidad conceptual y estructural de los ordenamientos jurídicos y los regímenes administrativos del mundo entero, en el capítulo VIII se establecen los principios y los principales procedimientos que han de respetarse para que el mecanismo de recurso sea eficaz. De acuerdo con el enfoque general de la Ley Modelo como texto marco de referencia, se supone que sus disposiciones han de completarse con reglamentos y normas de procedimiento detalladas que garanticen la efectividad, rapidez y economía de los mecanismos de recurso. Particular importancia debe atribuirse a la cuestión de las pruebas y las audiencias, a fin de asegurar que todas las partes que intervienen en los procedimientos son plenamente conscientes de sus derechos y obligaciones a este respecto².

123. El capítulo VIII no se ocupa de la posibilidad de resolver las controversias por arbitraje o en foros alternativos, por ser relativamente infrecuente que se recurra al arbitraje en un caso relacionado con la contratación pública y por el carácter mismo del procedimiento de recurso, que supone muchas veces decidir sobre la conformidad o no de actos o decisiones de una entidad adjudicadora con las disposiciones de la Ley Modelo. Ahora bien, la Ley Modelo no pretende con ello impedir que la entidad adjudicadora y el proveedor o contratista sometan a arbitraje, de prestarse a ello las circunstancias, una controversia relativa a algún procedimiento de la Ley Modelo.

contratación pública no pueden ser independientes porque adoptan decisiones en nombre de la entidad adjudicadora. La función puede ser desempeñada por un órgano regulador o supervisor, como una dependencia encargada de la contratación pública, o, si la escala y los recursos lo aconsejan, las funciones se pueden delegar en un organismo distinto.

² El Grupo de Trabajo quizá desee considerar si se necesita entrar en más detalles, en particular para orientar a los órganos independientes que se están creando, sobre cómo reunir pruebas (por medio de una investigación o a iniciativa de las partes enfrentadas), y cómo tramitar el procedimiento. Por ejemplo, aunque la entidad adjudicadora esté obligada a presentar el expediente del procedimiento de adjudicación, quizá sea conveniente que haya un mecanismo de coerción. Además, quizá se necesite alguna disposición que aborde las pruebas para garantizar la coherencia de los tipos de pruebas que se exigen y su ponderación.

124. Hay otras ramas del derecho y otros organismos del Estado promulgante que pueden tener una repercusión en el mecanismo de recurso previsto en el capítulo VIII, por ejemplo, si la reclamación se basa en alegaciones de fraude o corrupción, o de quebrantamiento de la legislación de competencia. En tal caso, el Estado promulgante quizá desee asegurarse de que las entidades adjudicadoras y los proveedores reciben las instrucciones adecuadas, y de que esta información es de acceso público, con objeto de garantizar que las autoridades competentes son alertadas y de que se adoptan en consecuencia las medidas adecuadas.

3. Importancia del equilibrio entre la necesidad de unas vías efectivas de recurso y la de evitar un entorpecimiento excesivo del proceso de contratación

125. Para que un mecanismo de reclamación sea efectivo ha de reunir la característica fundamental de conseguir un equilibrio viable entre la necesidad, por una parte, de defender los derechos de los proveedores o contratistas y la regularidad del proceso de contratación, y la necesidad, por otra, de evitar todo entorpecimiento del proceso de contratación. Por eso, las disposiciones limitan el derecho de recurso que corresponde a los proveedores y contratistas (incluidos los proveedores y contratistas potenciales que hayan sido, por ejemplo, descalificados); fijan los plazos para presentar demandas y apelaciones, y para dictar las resoluciones del caso; y dejan un margen de discreción para decidir en algunas circunstancias si procede suspender el proceso de contratación. No obstante, el artículo [64] contiene una prohibición general que impide que entre en vigor el contrato adjudicado o el acuerdo marco mientras haya un recurso pendiente de resolución (con limitadas excepciones). Estos asuntos se examinan en el comentario a ese artículo.

4. Necesidad de que la resolución de los litigios no se demore

126. Un factor importante que contribuye a la solución eficiente de los litigios y limita el entorpecimiento del proceso de contratación es que se fomente la solución rápida de los problemas y litigios, y permitir que se dicte una resolución antes de que sea necesario rehacer alguna etapa del procedimiento de contratación, la más importante de las cuales sería la entrada en vigor del contrato (o, cuando proceda, la conclusión de un acuerdo marco). La Ley Modelo contiene varias disposiciones a este respecto, sobre todo el uso de un período de moratoria (previsto en el artículo [21 2])). La finalidad de este período de moratoria impuesto es conseguir que el lapso de tiempo entre la identificación de la oferta ganadora y la adjudicación del contrato (o la conclusión del acuerdo marco) sea breve, de forma que pueda dictarse una resolución sobre la adjudicación propuesta antes de que se planteen las complicaciones y los costes adicionales que supondría encontrarse con un contrato ya ejecutado. En cuanto a los recursos contra los pliegos de condiciones y otras cuestiones que se plantean antes de la presentación de las ofertas, el artículo [15] establece un mecanismo para aclarar y modificar el pliego de condiciones con el fin de reducir la posibilidad de que se impugnen la forma y las condiciones de estos documentos. Por tanto, estas disposiciones sirven de apoyo al mecanismo de recurso del capítulo VIII.

5. Resumen de las disposiciones relativas a las vías de recurso

127. Las disposiciones del capítulo VIII establecen en primer lugar que los proveedores y contratistas tienen derecho a recurrir contra los actos o decisiones de la entidad adjudicadora: ningún acto ni decisión que se adopte en un procedimiento de contratación está exento de este mecanismo. En cuanto al foro, la Ley Modelo prevé tres posibilidades: en primer lugar, se podrá presentar un recurso ante la propia entidad adjudicadora de conformidad con el artículo [65], siempre que el contrato no haya sido aún adjudicado. Es significativo que este sistema de reposición ante la misma autoridad es una posibilidad que se ofrece a los proveedores, y no una primera etapa obligatoria dentro del proceso de reclamación. Esta posibilidad se ha incluido para facilitar la rapidez, sencillez y economía del procedimiento. Que se puedan adoptar con rapidez medidas correctivas sin un coste importante de tiempo y dinero es una característica muy aconsejable para un mecanismo de recurso contra una contratación, y el hecho de que la entidad adjudicadora conozca los hechos que concurren en el procedimiento de adjudicación y tenga su control, y de que quizá esté dispuesta, y pueda, corregir ciertos errores de procedimiento de los que tal vez ni siquiera se haya dado cuenta, contribuye a que se adopten. Estas disposiciones son importantes no solo para el proveedor que recurre contra el procedimiento sino también para reducir al mínimo el entorpecimiento del proceso de contratación en su conjunto. Un sistema de reposición ante la misma autoridad puede también reducir el riesgo percibido de poner en peligro los negocios futuros por recurrir a un procedimiento legal, algo que se ha observado que opera como desincentivo de cualquier recurso. Por consiguiente, se exhorta a los Estados promulgantes a que adopten medidas para asegurarse de que este mecanismo, su funcionamiento (que incluye un procedimiento formal y no se limita a una simple consulta) y sus ventajas sean difundidos ampliamente de forma que pueda hacerse un uso efectivo del mismo.

128. La segunda posibilidad es que haya un examen de la decisión o el acto de la entidad adjudicadora que el proveedor alegue que no cumple la ley por un tercero independiente. Este examen independiente puede operar como un procedimiento administrativo o casi judicial. Tiene un alcance más amplio que el sistema de reposición ante la misma autoridad antes señalado porque las reclamaciones se pueden presentar después de la entrada en vigor del contrato adjudicado (o del acuerdo marco). El órgano independiente que reciba la reclamación puede adoptar una amplia gama de medidas correctivas, y las notas a pie de página de las disposiciones en cuestión hacen hincapié en aquellas que tradicionalmente no pueden obtenerse en algunos regímenes jurídicos, de manera que los Estados promulgantes puedan asegurar la coherencia entre el sistema de examen independiente y los mecanismos equivalentes de revisión judicial.

129. La tercera posibilidad para los proveedores es iniciar un procedimiento ante el juez competente. La Ley Modelo no prevé ningún procedimiento especial para estos casos, que se regirán por la legislación nacional aplicable. Las notas a pie de página de las distintas disposiciones identifican las cuestiones que habrán de resolverse y los procedimientos que habrán de respetarse de alguna manera para garantizar la eficacia general del mecanismo antes descrito.

130. A este respecto, se exhorta a los Estados promulgantes a que examinen el ámbito de actuación de todos los foros disponibles a fin de asegurarse de que el sistema existente reconoce de hecho unos recursos y remedios jurídicos efectivos

(incluida la apelación) según lo previsto por la Convención contra la Corrupción y según se reconoce que es la práctica óptima. En términos generales la eficacia del mecanismo supone la posibilidad de intervenir sin demora, la facultad de suspender o cancelar el procedimiento de adjudicación y de impedir en circunstancias normales la entrada en vigor de un contrato adjudicado mientras siga pendiente de resolución un litigio, la facultad de adoptar otras medidas provisionales, como imponer algún interdicto u orden de paralización, o alguna sanción financiera por incumplimiento, la facultad de otorgar alguna indemnización caso de que se intervenga demasiado tarde (por ejemplo, una vez adjudicado el contrato), y la posibilidad de actuar con celeridad en un plazo razonablemente breve, que deberá medirse en términos de días y semanas en condiciones normales.

[Concluye así el presente proyecto de la Parte I, Observaciones generales de la Guía. El Grupo de Trabajo debe considerar qué secciones/subsecciones/cuestiones adicionales sobre la Parte I, Observaciones generales de la Guía, han de incluirse. En ese caso podría resultar afectada la secuencia actual de secciones/subsecciones/cuestiones de este proyecto de Parte I.]