



Asamblea General

Distr. limitada
14 de febrero de 2012
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo I (Contratación Pública)
21º período de sesiones
Nueva York, 16 a 20 de abril de 2012

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

Nota de la Secretaría

Adición

En la presente adición figura una propuesta de texto de la Guía que acompañaría al capítulo VIII (Procedimientos de recurso) 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 LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Parte II. Comentario artículo por artículo

...

CAPÍTULO VIII. PROCEDIMIENTOS DE RECURSO [hiperenlace**]**

A. Introducción

Resumen

1. Un requisito básico para que un sistema de contratación pública sea eficaz 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 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 establecidas en las leyes de contratación aplicables, las auditorías e investigaciones y el enjuiciamiento de los delitos que se cometan. Los procedimientos de recurso se tratan en el capítulo VIII de la Ley Modelo; los demás mecanismos plantean asuntos de supervisión de la toma de decisiones en el ámbito administrativo más amplios que los que surgen en el mero contexto de la contratación, por lo que no se consideran en la Ley Modelo.
2. Un mecanismo eficaz de exigencia del cumplimiento de lo pactado 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, a quienes naturalmente interesa que se vigile el cumplimiento de las disposiciones de la Ley Modelo por las entidades adjudicadoras en cada procedimiento de contratación pública. Otra función adicional de un mecanismo de reclamación es la de actuar como factor disuasivo: su existencia misma tiene por objeto disuadir de actos o decisiones dolosamente contrarios a la Ley. Por estas razones un mecanismo de esa índole es fundamental para garantizar el adecuado funcionamiento del sistema de contratación y puede además promover la confianza en él.
3. Además, el artículo 9 1) d) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción [**hiperenlace/referencia**] establece el requisito de que en los sistemas de contratación pública exista un mecanismo de recurso eficaz, llamado un sistema de examen interno, que incluya un sistema de apelación, para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos conforme al artículo 9 1) de la Convención. La CNUDMI, a fin de asegurarse de que la Ley Modelo recoge las disposiciones de la Convención, prescribe en su Ley 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. De manera

similar, y en aplicación del enfoque general de encaje en el contexto internacional en ella seguido, la Ley Modelo se ha formulado de manera congruente, en la medida de lo posible, con los criterios seguidos en el Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC con respecto a los procedimientos de recurso [\[**hiperenlace/referencia**\]](#).

4. El capítulo VIII de la Ley Modelo contienen las disposiciones destinadas a garantizar la eficacia del mecanismo 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. En ellas se estipula un derecho general a interponer recurso (y a apelar judicialmente contra toda decisión emitida a raíz de un recurso), una petición optativa a la entidad adjudicadora para que reconsidere una decisión adoptada en el curso de la adjudicación, una revisión ante un órgano independiente, y/o una demanda ante el foro judicial competente. Sin embargo, la Ley Modelo no impone una estructura determinada al sistema, como se explica más ampliamente en *infra* [\[**hiperenlace**\]](#). Además, existen varios mecanismos para asegurar la eficacia del procedimiento. La Ley Modelo procura reducir la necesidad de recursos mediante los procedimientos que prevé para cada proceso de contratación. Por ejemplo, el artículo 15 [\[**hiperenlace**\]](#) 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; el mecanismo de aclaración prescrito en el artículo 16 persigue el fin de reducir las posibilidades de impugnación de las decisiones relativas a calificaciones, conformidad y evaluación de las ofertas.

5. 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 sobre competencia. En tal caso, conviene dar a las entidades adjudicadoras y los proveedores las instrucciones adecuadas, exigiendo incluso que esta información sea públicamente accesible, con objeto de garantizar que las autoridades competentes estén prevenidas y se adopten las medidas adecuadas.

2. Incorporación al derecho interno: consideraciones de política normativa

6. Las disposiciones de la Convención contra la Corrupción y de la Ley Modelo se basan en el reconocimiento de que la legislación relativa a los procedimientos de recurso tiene que redactarse de manera que se ajuste a la tradición jurídica del respectivo Estado promulgante. 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 (función que cabe 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 parte de 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 una reconsideración independiente, y/o un examen judicial de las decisiones de contratación pública por los tribunales ordinarios (acompañado por procedimientos penales especiales para las violaciones de las leyes de contratación pública por las entidades adjudicadoras).

7. 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 nacionales 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 detallados que garanticen la efectividad, rapidez y economía de los mecanismos de recurso.

8. 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 una controversia, la facultad de adoptar otras medidas cautelares, 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. Para que sea eficaz el mecanismo deberá comprender, como mínimo, un órgano para las audiencias sobre los recursos, como primera etapa, y otro órgano, para las audiencias sobre las apelaciones, como segunda etapa.

9. Las disposiciones de la Ley Modelo estipulan que los Estados promulgantes dispondrán lo necesario para establecer todos los elementos de un mecanismo eficaz citados, de manera conforme a su tradición jurídica. Las disposiciones prescriben en primer lugar que los proveedores y contratistas tienen derecho a recurrir contra los actos o las 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 órgano encargado de las audiencias sobre los recursos (es decir, en la primera etapa), la Ley Modelo prevé tres posibilidades.

10. La primera de ellas es presentar el recurso ante la propia entidad adjudicadora de conformidad con el artículo 66 [\[**hiperenlace**\]](#), siempre que el contrato no haya sido aún adjudicado. El propósito de prever este recurso es dar a la entidad adjudicadora la oportunidad de rectificar ella misma sus actos, decisiones o métodos empleados.

11. Es significativo que este sistema constituye una posibilidad que se ofrece a los proveedores o contratistas, y no una primera etapa obligatoria dentro del proceso de reclamación. Dicho sistema se ha incluido para facilitar la rapidez, sencillez y economía relativa del procedimiento, con lo que se puede evitar la sobrecarga innecesaria de otros foros con demandas y apelaciones que las propias partes pudieran haber resuelto antes, en circunstancias menos perturbadoras y con menor coste. Que se puedan adoptar con rapidez medidas rectificadoras sin un coste importante en tiempo y dinero es una característica muy aconsejable para un

mecanismo de recurso en una contratación, y el 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 tales medidas 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 voluntario de este tipo 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. En cambio, a veces se observa que las entidades adjudicadoras hacen simplemente caso omiso de la solicitud y el presentarla únicamente tiene el efecto en la práctica de demorar una demanda en debida forma ante otro foro. En consecuencia, se alienta a los Estados promulgantes a que incorporen el sistema, dadas sus ventajas potenciales, pero adopten medidas para asegurarse de que funcione en la práctica (las cuestiones relativas a su puesta en vigor y empleo se consideran en la sección siguiente).

12. La segunda posibilidad es que haya un examen, a cargo de un tercero independiente, de la decisión o el acto de la entidad adjudicadora que el proveedor alegue que no cumple la ley. Este examen independiente puede operar como un procedimiento administrativo. 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 rectificadoras y el comentario a las disposiciones en cuestión hace hincapié en aquellas que tradicionalmente tal vez no sean obtenibles en algunos regímenes jurídicos. Estas medidas rectificadoras se consideran elementos importantes del sistema previsto en la Ley Modelo, por lo que se alienta a los Estados promulgantes a incorporarlas a su derecho interno, siempre que se cuiden de la coherencia entre el sistema de examen independiente y los mecanismos equivalentes de revisión judicial. También son motivos que aconsejan establecer el sistema de examen independiente la larga duración de las controversias que han de dirimirse en procedimientos judiciales tradicionales, y los beneficios potenciales que puede reportar la adquisición de competencia especializada en los órganos independientes.

13. La tercera posibilidad es presentar una demanda ante la entidad judicial competente. La Ley Modelo no prevé ningún procedimiento especial para estos casos, que se regirán por la legislación nacional aplicable. Los Estados promulgantes que prevean tan solo una vía de recurso judicial frente a las decisiones de la entidad adjudicadora deberán dotarla de un sistema eficaz de demanda en primera instancia y apelación para garantizar un recurso y medidas rectificadoras adecuados en caso de que no se observen las normas y procedimientos de contratación de la presente Ley, con objeto de dar cumplimiento a los requisitos estipulados en la Convención contra la Corrupción **[**hiperenlace**]**.

14. En cuanto al órgano encargado de las audiencias sobre las apelaciones, los Estados promulgantes pueden limitar las respectivas demandas a la vía judicial, o estipular que pueden presentarse al órgano independiente, o bien prever ambas vías a la vez, en su sistema jurídico. Cuando el Estado desee estipular que la apelación se interponga ante el órgano independiente previsto en el artículo 67 **[**hiperenlace**]**,

el correspondiente precepto tendrá que adaptarse de modo que reconozca una jurisdicción de apelación: en la forma en la que se enuncia en la Ley Modelo, el artículo 67 solo reconoce competencia para una revisión en primera instancia.

15. También 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. Si ya existe un sistema de revisión judicial eficaz y eficiente, puede que introducir un nuevo órgano independiente 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 otro foro que funciona bien. Dada la dificultad de las decisiones que es preciso adoptar y la amplitud de los procedimientos contemplados en la Ley Modelo, conviene subrayar la importancia de contar con personal especializado en cualquier foro donde se celebren audiencias sobre los recursos.

16. 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) conforme a lo previsto en la Convención contra la Corrupción [\[**hiperenlace**\]](#) y según se reconoce que es la práctica óptima.

17. 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 por lo general 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 dar a entender que se prohíbe a la entidad adjudicadora y al proveedor o contratista someter a arbitraje, de prestarse a ello las circunstancias, una controversia relativa a algún procedimiento de la Ley Modelo, y especialmente en lo que respecta a las controversias que tengan lugar durante la fase de gestión del contrato del correspondiente ciclo adjudicatorio.

3. Cuestiones referentes a la aplicación y empleo

18. 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 intereses de los proveedores o contratistas y la regularidad del proceso de contratación, y la necesidad, por otra, de limitar todo entorpecimiento del proceso de contratación (especialmente teniendo en cuenta la prohibición general contenida en el artículo 65 [\[**hiperenlace**\]](#) que impide que entre en vigor el contrato adjudicado o el acuerdo marco mientras haya un recurso pendiente de resolución (con pocas excepciones)). Las disposiciones limitan el derecho de recurso reconocido 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 discrecionalidad para decidir en algunas circunstancias si procede suspender el proceso de contratación. Estos aspectos de las disposiciones y el logro del equilibrio adecuado entre los intereses de los proveedores y las necesidades de la entidad adjudicadora se deben tratar con detalle en los reglamentos y normas u otras instrucciones. La discrecionalidad concedida en cuanto a la suspensión del procedimiento de contratación (que es adicional a la

prohibición prevista en el artículo 65 antes citado) es decisiva a este respecto; en los párrafos ** *infra* se exponen las consideraciones relativas a las circunstancias en las que esta suspensión puede o no ser conveniente.

19. Un segundo factor que contribuye a la solución eficiente de las controversias y limita el entorpecimiento del proceso de contratación es fomentar la solución rápida y puntual de los problemas y controversias, y permitir que los recursos se aborden antes de que sea necesario rehacer alguna etapa del procedimiento de contratación (o, en su caso, la conclusión de un acuerdo marco). La Ley Modelo contiene varias disposiciones a este respecto, en primer lugar, los procedimientos para una solicitud de reconsideración ante la entidad adjudicadora, en segundo lugar, la imposición de plazos para interponer demandas y, en tercer lugar, la imposición de plazos para dictar la decisión.

20. Un elemento complementario en ese sentido es el uso de un período de moratoria (previsto en el artículo 22 2) [**hiperenlace**]). La finalidad de imponer este período de moratoria es hacer 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 tratarse todo recurso referente a la adjudicación propuesta antes de que se originen las complicaciones y los costes adicionales que supondría encontrarse con un contrato ya cerrado, como se explica más ampliamente en el comentario a ese artículo [**hiperenlace**].

21. Las normas y procedimientos que establece el capítulo VIII se han formulado también con el propósito de que sean suficientemente flexibles para que puedan adaptarse a cualquier ordenamiento jurídico y administrativo, sin poner en peligro la esencia del mecanismo de reclamación en sí ni su eficacia. Por ejemplo, algunos aspectos importantes de los procedimientos de recurso, como el foro ante el que puede interponerse una demanda o apelación y las medidas rectificadoras que en su caso se dicten, están relacionados con aspectos conceptuales y estructurales básicos del ordenamiento jurídico y del régimen administrativo de cada país; en este aspecto el Estado promulgante tendrá que adaptar las disposiciones del capítulo VIII.

22. En el caso de los Estados que incorporen a su derecho interno el sistema optativo de las solicitudes de reconsideración que se interpongan ante la entidad adjudicadora, se recomienda que adopten medidas para asegurarse de que las ventajas de este mecanismo y su manera de funcionar (que incluye procedimientos formales como se explica en el comentario al artículo 66 [**hiperenlace**]) reciban amplia difusión y se comprendan generalmente para que el mecanismo pueda utilizarse con eficacia. A este respecto, es frecuente que haya confusión entre una solicitud de reconsideración y una presentación de aclaraciones. El objetivo de la presentación de aclaraciones es explicar al proveedor o al contratista afectado la decisión tomada por la entidad adjudicadora, de modo que evidencie su razón de ser, o con la esperanza de hacer patente su cumplimiento de las disposiciones legales, o bien de corregir un error. Así pues, es un mecanismo no formal de apoyo a los procedimientos de contratación y que, pese a que la CNUDMI lo promueve en las circunstancias adecuadas, no se prevé expresamente en la Ley Modelo (véase un examen más amplio de la presentación de aclaraciones en la sección ** del comentario general *supra* [**hiperenlace**]). Para evitar tal confusión conviene recalcar las diferencias de los dos procedimientos en lo que respecta a los objetivos, formas de aplicarlos y posibles resultados. Además, los Estados promulgantes deberían vigilar y supervisar las reacciones a las solicitudes presentadas, para

asegurarse de que son tratadas con seriedad y se obtienen los beneficios que encierran.

23. Otro punto que se debe recalcar en las instrucciones a los usuarios es el de que la solicitud de reconsideración no es posible una vez que el contrato adjudicable entre en vigor. La razón de esta restricción es que, a partir de ese momento, la entidad adjudicadora dejará de tener medidas rectificadoras adecuadas a su alcance: deja de tener competencia rectificadora cuando el contrato cobra efectividad. La restricción de la competencia de la entidad adjudicadora al conocimiento de las controversias precontractuales también tiene por objeto no reconocer a esa entidad poderes que no le corresponden, y es congruente con el enfoque de prescindir de la etapa de gestión del contrato después en la Ley Modelo. Después de ese momento el recurso, será, en cambio, de la competencia de una entidad independiente o de una instancia judicial, es decir, del órgano independiente o del tribunal que corresponda. Asegurar el cumplimiento de las disposiciones referentes a aviso y período de moratoria del artículo 22 [\[**hiperenlace**\]](#) será algo que también contribuya a reducir las posibilidades de controversias postcontractuales.

24. En cuanto al sistema de revisión ante un órgano independiente con arreglo al artículo 67 [\[**hiperenlace**\]](#), su estructura será necesariamente un reflejo de la tradición jurídica del Estado promulgante. Algunos ordenamientos jurídicos prevén que el recurso o la revisión, en el caso de actos de los órganos administrativos y demás entidades públicas, se ha de sustanciar ante una instancia administrativa que goce de autoridad o ejerza un control jerárquico sobre el órgano o la entidad. En los sistemas jurídicos que prevean este tipo de revisión, 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. Un órgano de este tipo no sería independiente en el sentido en que lo requiere la Ley Modelo. El concepto de “independencia” en el contexto del capítulo VIII implica independencia frente a la entidad adjudicadora y no frente al Gobierno en general así como la actuación a cubierto de presiones políticas. Por las mismas razones aplicables a la revisión administrativa jerárquica indicadas en el párrafo anterior, un órgano administrativo que, con arreglo al régimen de la contratación pública del Estado promulgante, sea competente para aprobar ciertos actos o decisiones de la entidad adjudicadora, o el método seguido para la adjudicación del contrato, o que cumpla una función asesora al respecto, no satisfará este requisito de independencia. Tal vez proceda también que el órgano designado para esta función incluya o esté formado por personal pericial ajeno a la administración pública. Esa independencia reviste además importancia práctica, dado que toda decisión emitida a raíz de un procedimiento de revisión, que sea percibida como carente de independencia, dará lugar a un recurso judicial que pudiera perturbar gravemente el proceso de contratación.

25. Por consiguiente, se alienta a los Estados promulgantes a que concedan al órgano independiente, 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 eficaz.

26. Los Estados que deseen establecer un mecanismo de revisión independiente deberán determinar cuál será el órgano adecuado, ya existente o nuevo, para encargarle esta función. Tal vez proceda encomendarla al órgano supervisor de la contratación pública en general, o algún otro órgano apropiado cuya competencia se extienda a otros asuntos, distintos de la contratación pública (por ejemplo, al órgano que ejerza el control y la supervisión financiera de la administración gubernamental y pública en general (aunque el alcance de la revisión no debe limitarse a tal control y supervisión)), o tal vez a una instancia administrativa especial cuya competencia sea exclusivamente resolver las controversias en el ámbito de la contratación pública.

27. También se necesitarán instrucciones acerca de los procedimientos de funcionamiento del órgano independiente, como se expone con más amplitud en el comentario al artículo 67 [\[**hiperenlace**\]](#). Debe atribuirse particular importancia a la cuestión de las pruebas, la confidencialidad y las audiencias, a fin de asegurarse de que todas las partes que intervienen en los procedimientos son plenamente conscientes de sus derechos y obligaciones a este respecto, asegurarse de la coherencia de todos los procedimientos, y hacer posible una apelación eficaz y eficiente frente a una decisión de un órgano independiente. Por último, los Estados tal vez deseen dar a representantes de la sociedad civil y otros actores la posibilidad de observar el desarrollo de los procedimientos de recurso y, en tal caso, a no ser que existan otras leyes que ya lo permitan, los reglamentos o normas y las instrucciones tendrán que prever los medios requeridos al efecto, en consonancia con la tradición jurídica del Estado promulgante respectivo. Estas cuestiones, así como otras consideradas en esta introducción al capítulo VIII de la Ley Modelo, se salen del ámbito de dicha Ley y de la Guía. Por eso, como existe el riesgo de una información fragmentaria, tendrá gran importancia el papel del organismo de contratación pública o entidad similar a que se refiere la sección ****** del comentario general para asegurarse de que las instrucciones dirijan al lector a todos los sitios adecuados [\[**hiperenlace**\]](#).

28. Una cuestión sustantiva que surge respecto de los procedimientos de recurso en general es la de si el proceso de adjudicación debe suspenderse cuando se interponga un recurso. El artículo 65 [\[**hiperenlace**\]](#) prohíbe la entrada en vigor de un contrato en vías de adjudicación en tanto no se haya dirimido el recurso, pero también puede ser necesario suspender el proceso de contratación cuando, si no se prevé la suspensión, ello pueda privar a un proveedor o contratista del tiempo requerido para solicitar y obtener, por otra vía, una medida cautelar. La suspensión del proceso de contratación es una medida de mayor alcance que la prohibición prevista en el artículo 65, dado que paraliza todo ese proceso. La posibilidad de suspender en una etapa temprana la contratación facilita además una resolución eficiente y económica de la controversia ante una instancia inferior, evitándose así el riesgo de un recurso por la vía judicial. Por consiguiente, tanto la entidad adjudicadora, cuando examine una solicitud de reconsideración de su propia decisión o acto, como el órgano independiente, cuando examine una solicitud de revisión, tienen la obligación de decidir si suspenden o no el proceso de contratación.

29. En lo que respecta a la decisión de una entidad adjudicadora en el caso de solicitudes de reconsideración, la CNUDMI tuvo presente que prever una suspensión automática supondría un enfoque engorroso y rígido y podría prestarse a que un proveedor formulara quejas improcedentes que demoraran sin necesidad la contratación, ocasionando tal vez graves daños al proceso. Cabría, por ejemplo, que algún proveedor se sirviera de esa suspensión automática como medio de ejercer presión sobre la entidad adjudicadora, con miras a impulsarla a adoptar medidas que, incluso sin quererlo, le favorecieran indebidamente. Otro posible riesgo de una suspensión automática sería que esta diera lugar a que se presenten más recursos en general, perturbando o demorando así la contratación.

30. Por consiguiente, en el artículo 66 [\[**hiperenlace**\]](#) se confiere a la entidad adjudicadora poder discrecional para decidir si suspende o no el proceso de contratación. Esa decisión se tomará teniendo en cuenta el contenido del recurso y el momento de su presentación, así como la índole de las cuestiones suscitadas por el mismo. Por ejemplo, un recurso contra alguna de las condiciones de la convocatoria, presentado en una etapa temprana de la contratación, tal vez no tenga efectos que requieran una suspensión, incluso aunque en último término sea necesaria alguna pequeña medida rectificadora; un recurso contra algunas otras condiciones exigirá tal vez una suspensión, cuando sea posible que las medidas rectificadoras supongan la anulación de disposiciones tomadas o la pérdida de dinero; en el otro extremo, un recurso contra esas condiciones interpuesto pocos días antes de vencer el plazo para la presentación de ofertas requeriría medidas muy diferentes y probablemente procedería una suspensión. El proveedor en cuestión deberá probar la necesidad de la suspensión solicitada, pese a que importa señalar a este respecto que, como posiblemente ese proveedor no tendrá en su poder el expediente completo del proceso de contratación, tal vez solo pueda exponer sumariamente los puntos en litigio.

31. Este enfoque da considerable poder discrecional a una entidad adjudicadora cuya decisión sea recurrida. Tal vez los Estados promulgantes estimen conveniente reducir al mínimo esa discrecionalidad. Otro enfoque que puede ser útil en los casos en los que la entidad adjudicadora carezca de experiencia en la resolución de recursos, así como en casos en los que las decisiones recurridas hayan sido adoptadas por algún otro órgano, o en los que se desee alentar decididamente la práctica de recurrir en primera instancia ante la entidad adjudicadora, a fin de propiciar una solución rápida de las controversias, sería la de regular el ejercicio por la entidad adjudicadora de su poder discrecional para suspender o no la contratación. De optarse por este enfoque, puede ser conveniente una reglamentación más preceptiva.

32. En el caso de las solicitudes de revisión ante un órgano independiente, las disposiciones sobre suspensión tienen una orientación más definida, pues hay dos situaciones en que la contratación deberá suspenderse (salvo que el órgano independiente decida qué razones urgentes de interés público exigen que el proceso de contratación o el acuerdo marco siga su curso, como se explica en las aclaraciones sobre el artículo 67 [\[**hiperenlace**\]](#)). Se trata de dos situaciones que se estima representan un grave riesgo para la rectitud del proceso de contratación y son, la primera, cuando la solicitud de revisión se recibe antes de vencer el plazo para la presentación de ofertas (en cuyo caso es probable que se refiera a las condiciones de la contratación o a la exclusión de un proveedor en el procedimiento

de precalificación). El segundo supuesto se da cuando se reciba un recurso habiendo ya vencido el plazo de presentación de ofertas y sin que se haya previsto una moratoria (momento en que, gracias a la suspensión, tal vez se pueda evitar una adjudicación posiblemente abusiva). La razón de exigir la suspensión obedece a la necesidad de evitar que otros proveedores o contratistas, o la entidad adjudicadora, sigan un rumbo de incumplimiento con el consiguiente riesgo de malgastar tiempo y dinero¹. En otras circunstancias la suspensión es discrecional como en el caso de las solicitudes de reconsideración mencionado *supra*.

33. Sea cual fuere la solución que se adopte, para asegurar las decisiones correctas en lo concerniente a las suspensiones tendrán importancia fundamental los reglamentos, normas e instrucciones que expliquen las consideraciones de principio.

34. En cuanto a un sistema de demanda ante los tribunales, muchos ordenamientos jurídicos nacionales prevén un recurso por vía judicial contra los actos de los órganos administrativos y demás entidades públicas, que se añade al órgano independiente antes citado o que sustituye su función. En algunos sistemas jurídicos en los que se prevé una vía de recurso administrativa y otra judicial, solo se podrá hacer uso de esta última después de haber agotado las demás posibilidades; en otros ordenamientos puede recurrirse indistintamente a las dos vías de reclamación o recurso. Algunos Estados tal vez hayan previsto ya reglas que orientarán, a este respecto, a los que participen en procedimientos de recurso. Los que no lo hayan hecho aún, podrán hacerlo y prescribir el enfoque deseado por medio de una norma de rango legal o reglamentario, respaldada por otras reglas e instrucciones. La Ley Modelo, que no regula cuestiones de derecho procesal, no se ocupa de este asunto del orden sucesivo de los recursos. Además, no alienta la apertura de procedimientos paralelos.

35. En los procedimientos por vía judicial, la Ley Modelo no trata cuestiones tales como el poder de otorgar indemnización por los daños previsibles (por ejemplo el lucro cesante), o de otorgar medidas cautelares, incluso respecto de un contrato cerrado que se esté ya aplicando. Sin embargo, la CNUDMI alienta a los Estados a hacer accesibles por la vía judicial todas las medidas de rectificación o reparación reconocidas en los procedimientos ante el órgano independiente.

36. 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 reseñados en el resumen anterior 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 no 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.

¹ Se invita al Grupo de Trabajo a prestar asesoramiento sobre cómo explicar por qué las consideraciones relativas al caso de la entidad adjudicadora no son aplicables aquí.