



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 el texto propuesto para el capítulo de la Guía que acompañará al capítulo VIII (Vías de recurso) de la versión revisada 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, de la Ley Modelo

CAPÍTULO VIII. VÍAS DE RECURSO

Artículo [63]. Derecho a recurrir por la vía administrativa y por la vía judicial

1. El artículo [63] enuncia el derecho básico de todo concursante a recurrir, siempre que proceda, contra todo acto o decisión de la entidad adjudicadora, en el proceso de contratación que sea objeto del recurso, así como el derecho a recurrir, en alzada o por la vía judicial, según sea el caso, contra toda decisión emitida a raíz de un recurso presentado en primera instancia.

2. A tenor del párrafo 1) de este artículo, sólo se reconoce ese derecho a los proveedores o contratistas concursantes (o que fueron candidatos a serlo, como sería el caso de un proveedor o contratista excluido en la etapa de precalificación), pero no a los miembros del público en general. La Ley Modelo tampoco reconoce ese derecho al mero subcontratista. La restricción, de este derecho a interponer recursos a los solos concursantes tiene por objeto evitar recursos que no guarden relación con los actos y decisiones de la entidad adjudicadora en el proceso de contratación que sea objeto del recurso, así como toda perturbación de ese proceso motivada por consideraciones que no sean del caso. Este artículo no regula las condiciones que habrá de reunir el concursante o el grado de interés y la gravedad del daño sufrido requeridos para legitimar a un concursante para interponer un recurso. Estas y otras cuestiones, como la de determinar la competencia de un órgano estatal para conocer de un recurso, se dejan al arbitrio del derecho interno.

3. El párrafo 1) se refiere a los recursos, en primera instancia, ante la entidad adjudicadora y ante la instancia administrativa independiente, y al recurso de alzada ante esta última instancia, interpuestos con arreglo a los artículos [65 y 66] respectivamente, así como a los recursos interpuestos por la vía judicial. Cabrá interponer recursos por la vía judicial con arreglo a la ley del foro competente, o con arreglo a lo dispuesto en el artículo [69] de la Ley Modelo.

4. El párrafo 2) considera únicamente los recursos interpuestos por la vía judicial contra las decisiones emitidas en recursos presentados con arreglo a los artículos [65 y 66]. Todo recurso por la vía judicial deberá interponerse, en primera instancia o en apelación, con arreglo a la ley procesal del foro, por lo que el párrafo 2) ignora esta cuestión, pero el Estado promulgante tal vez estime oportuno regularla al incorporar este artículo a su derecho interno.

Artículo [64]. Efectos de un recurso interpuesto por la vía administrativa o de un recurso interpuesto por la vía judicial

1. El artículo [64] tiene por objeto prohibir que se concluya la adjudicación de un contrato o de un acuerdo marco mientras siga pendiente un recurso interpuesto. Con

ello se trata de evitar que se frustré un recurso interpuesto, convirtiendo la adjudicación en un hecho consumado.

2. Se prohíbe que la entidad adjudicadora concluya el contrato adjudicable (o un acuerdo marco), de serle presentado, dentro del plazo prescrito, un recurso de reconsideración, o de serle notificado que se ha admitido a examen un recurso, en primera instancia o en alzada, ante la instancia administrativa independiente, o un recurso presentado por la vía judicial. Con arreglo al párrafo 2) de este artículo, esta prohibición subsistirá durante un breve plazo a partir de la fecha en que, dirimido el recurso, se notifique a los participantes la decisión emitida, a fin de dar tiempo para que todo recurrente insatisfecho apele a la instancia superior. El Estado promulgante deseará que este plazo sea lo más breve posible a fin de evitar demoras excesivas en la contratación.

3. Esta prohibición no es absoluta: cabe que razones de interés público urgente reclamen que el proceso de contratación prosiga su curso o que se ponga en vigor el acuerdo marco concertado o el contrato adjudicado, pese a seguir pendiente la resolución del recurso, en cuyo caso, la instancia administrativa independiente podrá autorizar que la contratación prosiga, o que se lleve a efecto el contrato o el acuerdo marco ya concluido. En el apartado 3) b) de este artículo figura entre paréntesis una regla optativa que facultaría a la instancia administrativa independiente para pronunciarse, de oficio, a este respecto. Sería oportuno que la ley ofrezca esta opción en países donde el método procesal seguido para dirimir el recurso sea indagatorio, pero tal vez no lo sea en otros lugares. Al formular el reglamento o las directrices aplicables a las actuaciones de la instancia administrativa independiente, el Estado promulgante deberá precisar con claridad las pruebas que deberá presentar la entidad adjudicadora para demostrar el interés público urgente que justifique su solicitud de que se levante esa prohibición y la manera de presentar esa solicitud (precisándose además si deberá presentarla a instancia propia o junto con otras partes interesadas).

4. Deberá tratar de compaginarse la necesidad de una vía eficaz para dirimir, con oportunidad y equidad, todo recurso interpuesto, en primera instancia o en apelación, con la importancia de amparar todo interés público urgente legítimamente invocado. Esa política será aún más importante en todo país cuyo sistema judicial no prevea la imposición de medidas cautelares ni ofrezca una vía sumaria para la resolución del recurso. Se ha formulado el apartado 3) b) en términos que permiten que toda decisión por la que se autorice que un acuerdo marco o un contrato adjudicable prosiga su curso, de mediar un interés público urgente que lo justifique, sea objeto de un recurso (que sea ejercitable con arreglo al artículo [63]). Ahora bien, la entidad adjudicadora debe, a su vez, poder recurrir, ante el foro judicial competente, por razón de ese interés público urgente, contra toda decisión por la que la instancia administrativa independiente le haya denegado esa autorización.

5. En el apartado 3) b) se exige a la instancia administrativa independiente que comunique sin tardanza a todo participante interesado, así como a la entidad adjudicadora, su decisión respecto de esa autorización. En ese apartado se exige la divulgación de esa decisión y de las razones que la motivaron, por ser esa divulgación esencial para poder adoptar toda medida que proceda (por ejemplo, para recurrir por la vía judicial contra la decisión emitida). Dada la índole de los motivos que han de alegarse en apoyo de una solicitud presentada con arreglo al párrafo 3),

tal vez sea preciso amparar, a raíz de tal solicitud, toda información reservada o confidencial, cuya divulgación sea contraria a lo dispuesto en el artículo [68]. Ello no eximirá, sin embargo, a la instancia administrativa independiente de su obligación de notificar su decisión a todos los interesados (enumerados en ese apartado), dando además las razones que la hayan motivado, pero deberá abstenerse de facilitar dato alguno cuya divulgación sea contraria a derecho.

Artículo [65]. Recurso de reconsideración presentado ante la entidad adjudicadora

1. El artículo [65] dispone que todo proveedor o contratista que desee recurrir contra un acto o una decisión de la entidad adjudicadora podrá recurrir, en primera instancia, contra la entidad adjudicadora, pidiéndole que reconsidere el acto o la decisión contra la que se recurra. Este recurso es optativo por razón de que su eficacia dependerá tanto de la índole del acto o decisión impugnado como de que la entidad adjudicadora esté dispuesta a reconsiderar su propia actuación en el curso de la adjudicación. El método aplicable, a raíz de la presentación de este recurso, es comparable al de un ejercicio informativo a cargo de las partes interesadas [hágase remisión aquí a toda sección de la Guía que examine ejercicios informativos de esta índole]. Cabe que el Estado promulgante estime que conviene promover una solución temprana de las controversias alentando a recurrir por esta vía, en aras de la eficiencia de la contratación y de la relación comercial a largo plazo de la entidad adjudicadora con sus proveedores o contratistas.

2. Este recurso permite que la entidad adjudicadora rectifique ella misma sus actos o decisiones, o el método empleado. Con ello se evita sobrecargar innecesariamente otros foros con recursos que las propias partes pudieran haber resuelto antes y a menor costo.

3. Pese a ello, el recurso de reconsideración es una vía de recurso formal, por lo que será importante definir claramente, desde un principio, el alcance y el objeto del recurso interpuesto (a fin de asegurar el debido examen de toda medida o decisión impugnada y de evitar que se introduzcan otras cuestiones en el curso de ese examen). El recurso se habrá de presentar por escrito. La Ley Modelo no ha previsto regla alguna acerca del respaldo probatorio del recurso, pero el autor del recurso tendrá interés en fundamentar bien las razones que justifiquen la reconsideración o la rectificación solicitada; como conseguirlo diferirá de un caso a otro. Todo reglamento aplicable a las actuaciones deberá prever, como ya se indicó, la práctica de la prueba, si resulta necesaria. Permitir, a título general, que se presente el recurso sin su respaldo probatorio, dejando su presentación para más adelante, frustraría la finalidad (enunciada en el párrafo 3)) de que se dé al recurso una respuesta rápida, por lo que todo reglamento aplicable a este tipo de recurso debe alentar a que se presente sin tardanza todo el material probatorio disponible.

4. El objetivo general de los dos plazos fijados en el párrafo 2) es conseguir que las quejas se presenten sin tardanza a fin de no perturbar o retrasar innecesariamente la contratación y a fin de evitar que se hayan de revocar medidas o decisiones en una fase tardía de la contratación. Este artículo prevé, a grandes rasgos, dos tipos de recurso: el primero de ellos son los recursos contra las condiciones de la convocatoria o contra el curso de la preselección o precalificación; recursos que habrán de presentarse antes de que venza el plazo para la presentación de ofertas, por las razones que se acaban de indicar. En este contexto, por “condiciones de la

convocatoria” se debe entender toda cuestión que surja durante el proceso de contratación antes de vencer el plazo para la presentación de ofertas (o que surjan de la precalificación o preselección, mencionadas por separado en el apartado 2 a)), tal como sería la elección de un método de contratación o de un tipo de convocatoria cuando pueda elegirse entre una convocatoria abierta o una convocatoria directa, o toda limitación de la participación conforme a lo previsto en el artículo 8. Queda, por ello, excluida toda cuestión nacida del examen o la evaluación de las ofertas. Las condiciones de la convocatoria o de la precalificación o preselección abarcan toda condición enunciada en algún anexo publicado con arreglo al artículo [15]. La fórmula “antes de que venza” el plazo para la presentación de ofertas, deja abierta la posibilidad de que el Estado promulgante fije, en el reglamento aplicable, un plazo breve (tal vez sea preciso fijar plazos distintos para distintos métodos de contratación: el plazo más indicado para una subasta electrónica inversa será normalmente más breve que el requerido para un método que prevea diálogo o negociación) que venza antes del término del plazo para la presentación de ofertas. La razón de ser de ese límite anticipado reside en el deseo de evitar que se presenten recursos obstructivos (y tal vez vejatorios) justo antes de vencer el plazo para la presentación de ofertas.

5. El segundo tipo de recurso previsto suele guardar alguna relación con la adjudicación, o la adjudicación propuesta, del contrato (o del acuerdo marco), por lo que la finalidad en estos casos es la de obtener que el recurso sea presentado antes de que surjan las complicaciones adicionales de un contrato (o de un acuerdo marco) ya cerrado y que se esté cumpliendo. Los puntos litigiosos suelen surgir durante el examen o la evaluación de las ofertas, una etapa del proceso que incluye a veces la determinación de la idoneidad del concursante (pero no su precalificación). El plazo para la presentación de estos recursos será la fecha de expiración de la moratoria, de ser esta aplicable, o la de la entrada en vigor del contrato adjudicado o del acuerdo marco concertado, según sea el caso. El texto remite a la entrada en vigor del contrato, en vez de a la fecha de envío del aviso de aceptación, a fin de acomodar el supuesto de que se requiera la firma de un contrato escrito o la aprobación de un órgano superior para la entrada en vigor del contrato adjudicado (posibilidades también previstas en el artículo [21] y en todos los artículos de la Ley Modelo que describen el contenido del pliego de condiciones).

6. No se aborda, en este artículo, lo concerniente a la competencia de la entidad adjudicadora para conocer de recursos contra su eventual decisión de cancelar la contratación. Pese a que esta decisión no difiere, en principio, de otras decisiones que cabe adoptar en un proceso de contratación, la Comisión estimó que la índole de las cuestiones suscitadas por estos recursos hacía aconsejable que se remitieran a una instancia jurisdiccional.

7. La razón de ser de que sólo proceda pedir a la entidad adjudicadora que reconsidere su actuación antes de que el contrato adjudicado entre en vigor reside en la consideración de que a partir de ese momento la entidad adjudicadora dejará de tener medidas rectificadoras adecuadas a su alcance. Por ello, todo recurso ulterior

a ese momento será más bien de la competencia de una instancia judicial o cuasijudicial¹.

8. Si se interpone un recurso fuera de plazo, la entidad adjudicadora deberá desestimarlos, con arreglo al apartado 3) a) de este artículo, por carecer de competencia para resolverlo. Ahora bien, si, tras haberse aplicado una moratoria, se requiere aún la aprobación de otra autoridad para la entrada en vigor del contrato, lo aquí dispuesto significa que todo recurso presentado, expirada ya la moratoria pero antes de haberse aprobado el contrato, estará fuera de plazo.

9. La interacción de los artículos [65 y 64] supone que, a raíz de la presentación de un recurso de reconsideración, no cabrá adjudicar un contrato (ni concluir un acuerdo marco), salvo que la instancia administrativa independiente o el foro judicial competente otorgue, con arreglo al artículo 64 3), una exención de esa prohibición por alguna razón de interés público urgente.

10. Con arreglo al párrafo 3), la entidad adjudicadora deberá adoptar, a raíz de la recepción de un recurso, varias medidas, comenzando por la de publicar con prontitud un aviso de ese recurso, pero sin que se fije plazo para ello dado que ese plazo dependerá de la vía de publicación empleada y de que el foro elegido esté disponible. En un entorno electrónico, por ejemplo, procedería publicar tal aviso en el mismo sitio en Internet donde se publicó el inicio de la contratación. La finalidad de esta medida es que todo participante en el proceso de contratación (aun cuando no haya facilitado sus datos de contacto) reciba aviso del recurso presentado.

11. Además de publicar dicho aviso, dentro de los tres días laborables siguientes a la recepción del recurso, la entidad adjudicadora deberá dar aviso del recurso presentado y su contenido a todo participante en el proceso de contratación, del que tenga noticia (es decir, que le haya facilitado sus datos de contacto), aviso que podrá darse en términos concisos, sin que sea preciso divulgar el texto completo del recurso presentado, evitándose así el tener que expurgar dicho texto de todo dato confidencial que no sea divulgable.

12. Lo prescrito en materia de publicación de un aviso del recurso presentado tiene por objeto alertar a los proveedores o contratistas que participen en el proceso de contratación objeto de ese recurso, a fin de que adopten toda medida que estimen oportuna para proteger sus intereses. Tal vez deseen, por ejemplo, intervenir en las actuaciones abiertas, con arreglo al artículo [67], para pedir, que se levante la suspensión decretada del proceso de contratación o para obtener alguna otra medida

¹ El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar algún asunto adicional. Esta restricción de la competencia de la entidad adjudicadora al conocimiento de las controversias precontractuales tiene por objeto no asignar a esa entidad poderes que no le corresponden y al enfoque adoptado en la Ley Modelo de no adentrarse en la etapa administrativa del contrato, razón por las que se opta por reconocer que la entidad adjudicadora deja de tener competencia rectificadora a partir del momento en que el contrato entra en vigor. Cabría exponer en la Guía la posibilidad de que, de no haberse previsto una instancia administrativa independiente, tal vez el Estado promulgante, desee extender algunos plazos, aplicando reglas similares a las del artículo 66 (a fin de evitar que sólo quepa recurrir, a partir de esta etapa, por la vía judicial). En pro de esta opción cabe alegar el hecho de que la entidad adjudicadora dispone de un conocimiento de las circunstancias del caso que la habilitan para conocer mejor del recurso interpuesto. Ahora bien, cabe recordar que la integridad del proceso quedará salvaguardada por la aplicación de una moratoria y la disponibilidad de otras medidas reparadoras.

prevista en el reglamento que sea aplicable a las actuaciones abiertas. Se ha previsto también la posibilidad de que otros interesados participen en el recurso interpuesto, dado que la entidad tendrá interés en que toda queja se ventile lo antes posible.

13. Dentro de ese mismo plazo (tres días laborables contados a partir de la recepción del recurso), la entidad adjudicadora deberá adoptar otras medidas que suponen un examen inicial del recurso presentado y deberá notificar al autor del recurso y demás interesados el resultado de ese examen. Deberá comenzar por decidir si admitirá el recurso. El apartado 3) a) señala como supuestos en los que cabrá desestimar el recurso, el no haberse observado los plazos prescritos para su presentación; la falta de legitimidad del autor del recurso para presentarlo (como se señaló en el párr. [2] del comentario sobre el art. [63], los subcontratistas, al igual que los miembros del público en general, no están legitimados para presentar recursos); los errores manifiestos observables en los fundamentos de hecho o de derecho del recurso interpuesto; así como la falta de un fundamento serio o la índole vejatoria del recurso. Aclarar pronto estas cuestiones puede ser muy oportuno en países cuyas vías de recurso estén en su infancia y donde los proveedores no conozcan bien el alcance de sus derechos para interponer recursos. Es importante facilitar la pronta desestimación de todo recurso infundado para evitar que el ejercicio indebido de este derecho perturbe o encarezca la contratación.

14. La decisión por la que se desestime el recurso podrá ser recurrida en alzada o por la vía judicial, con arreglo al artículo [63], porque conforme indica el apartado 3) a) del artículo [65], esa desestimación constituye una decisión en cuanto al recurso presentado. También está previsto que la prohibición de concluir el contrato o el acuerdo marco caduque al vencer el plazo que se fije, al respecto, en el artículo [64], salvo que se recurra contra esa desestimación. La entidad adjudicadora deberá notificar, al autor del recurso, su decisión de desestimarlo, dentro de los tres días siguientes a la recepción del recurso, comunicándole las razones que hayan motivado la desestimación, a fin de que el autor del recurso pueda recurrir oportunamente contra esa decisión, por la vía administrativa o por la judicial.

15. Si la entidad adjudicadora admite el recurso a examen, deberá estudiar si debe suspender o no la contratación, y si decide suspenderla, por cuanto tiempo. La suspensión tiene por objeto salvaguardar los intereses del autor del recurso, durante su examen. La política seguida, al dejar que la entidad adjudicadora sea quien decida si suspende o no la contratación, tiene por objeto conciliar el derecho del proveedor o contratista a que su recurso sea examinado con la necesidad de la entidad adjudicadora de concluir su contrato con la mayor eficiencia y economía posible, y sin excesiva demora o perturbación.

16. Al facultar a la entidad adjudicadora para suspender o no la contratación, la Comisión tuvo presente que prever una suspensión automática se prestaba a que un proveedor formulara quejas vejatorias que demoraran sin necesidad la contratación, ocasionando tal vez graves daños. Cabía, por ejemplo, que un proveedor se sirviera de esa suspensión automática como amenaza para ejercer presión sobre la entidad adjudicadora, con miras a impulsarla a adoptar medidas que le favorecieran indebidamente. Otro posible riesgo de una suspensión automática pudiera ser el de que dé lugar a que se presenten más recursos, perturbando o demorando así la contratación, en general.

17. Ahora bien, el no prever una suspensión puede privar al autor del recurso del tiempo requerido para obtener, por otra vía, una medida cautelar equivalente. 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 tardío por la vía judicial.

18. Se deja, por ello, que sea la entidad adjudicadora quien decida si se suspende o no la contratación. Esa decisión deberá tomarse a la luz del contenido y la oportunidad del recurso, y de la índole de las cuestiones suscitadas por el recurso. Por ejemplo, un recurso contra alguna de las condiciones de la convocatoria, presentado en una etapa temprana de la contratación, tal vez no requiera una suspensión, si se estima que, de prosperar el recurso, bastará con adoptar alguna pequeña medida rectificadora; pero ese mismo recurso presentado justo antes de vencer el plazo para la presentación de ofertas, tal vez sí la requiera, si cabe prever que, una vez cerrada esa primera etapa, ya no será tan fácil rectificar. Cabe también que un recurso contra otras condiciones más graves del proceso de adjudicación sí requiera una suspensión de la contratación, si es de prever que toda eventual medida rectificadora supondrá dinero o tiempo perdidos. El autor del recurso deberá probar la necesidad de la suspensión solicitada, pese que deberá tenerse en cuenta a este respecto que, al ser probable que el autor del recurso no conozca el expediente completo del proceso de contratación, tal vez sólo le sea posible esbozar los puntos en litigio.

19. Pese a que el artículo [64] prohíbe que el contrato ya adjudicado sea puesto en vigor en tanto no se haya dirimido el recurso, tal vez haga falta, no sólo en alguno de los supuestos descritos sino también en otros, suspender además el curso de la contratación. Ello se debe a que la suspensión es una medida de mayor alcance que esa prohibición, dado que paraliza todo el proceso de contratación.

20. Otra posibilidad, que puede ser útil en 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 la práctica de recurrir en primera instancia ante la entidad adjudicadora, a fin de propiciar una solución rápida del litigio, sería la de regular el ejercicio por la entidad adjudicadora de su discreción para suspender o no la contratación. De optarse por este enfoque, el legislador interno podrá reformular el texto del párrafo 3) del artículo [65] inspirándose en lo dispuesto en los párrafos 3) a 7) del artículo [66].

21. En aras del objetivo de favorecer una solución eficiente de las controversias, el régimen de la suspensión trata de obtener una decisión rápida de la entidad adjudicadora, dándole el breve plazo de tres días laborables para decidir si suspende o no la contratación, y por cuanto tiempo desea hacerlo, así como para notificar su decisión al autor del recurso y a los demás participantes en el proceso de contratación. Si decide suspender la contratación, no será preciso que la entidad adjudicadora motive su decisión, dado que no es probable que el autor del recurso desee recurrir esa decisión. La mejor salvaguardia contra toda omisión abusiva del deber de suspender la contratación reside en la transparencia exigible de la entidad adjudicadora que, a tenor del inciso 3) c) ii), deberá informar al autor del recurso acerca de las razones de su decisión de no suspender la contratación, y deberá además dejar constancia debidamente motivada de su decisión, en el expediente del proceso de contratación. Esa transparencia facilitará el recurso contra dicha decisión

y su examen por una instancia superior (por ejemplo, la instancia administrativa independiente, con arreglo al art. [66], o el foro competente).

22. Si la entidad adjudicadora decide denegar la suspensión, el autor del recurso podrá tomar esa decisión como un indicio del resultado probable de su recurso, por lo que tal vez opte por dar por terminado su primer recurso y recurrir de nuevo, en primera instancia, ante la instancia administrativa independiente, o ante el foro judicial competente, para no tener que recurrir, en segunda instancia, contra la decisión que adopte la entidad adjudicadora. El párrafo 4) confiere al autor del recurso esta opción y si bien alguna entidad adjudicadora tal vez estime que tal opción puede inducirla a perder interés en el recurso presentado a su reconsideración, es de prever que la interposición de un nuevo recurso ante una instancia más alta y la decisión que esa instancia emita devuelvan al recurso inicial la importancia que debiera habersele dado. El párrafo 4) prevé asimismo que el hecho de que la entidad adjudicadora no dé, en el plazo de tres días, el aviso prescrito, facultará al autor del recurso a presentar un nuevo recurso ante una instancia superior, opción igualmente destinada a disuadir toda conducta dilatoria por parte de la entidad adjudicadora. De admitirse a examen el recurso presentado ante la instancia administrativa independiente o ante el foro judicial, la entidad adjudicadora dejará de ser competente para conocer del recurso que le fue presentado a ella .

23. Los párrafos 5) a 7) regulan las medidas que, según sea el caso, podrá o deberá adoptar la entidad adjudicadora al conocer del recurso. El párrafo 5) le da amplio margen para decidir acerca del recurso. Entre las medidas correctoras disponibles cabe citar la de rectificar el curso de la contratación para conformarlo al régimen legal o reglamentario de la contratación pública o a toda otra norma que sea aplicable; si se ha aceptado una oferta y se demuestra que debiera haberse aceptado otra, abstenerse de dar un aviso de aceptación al proveedor o contratista inicialmente aceptado, y aceptar en su lugar la otra oferta; o cancelar el proceso de contratación y abrir otro nuevo.

24. La decisión que emita la entidad adjudicadora respecto del recurso presentado deberá ser comunicada al autor del recurso y a los demás participantes en el proceso de contratación, conforme a lo prescrito en el párrafo 6). Se invita al Estado promulgante a fijar el número adecuado de días laborables de que dispondrá la entidad adjudicadora para emitir su decisión. El plazo que se fije deberá tratar de conciliar la necesidad de dar margen para examinar a fondo los puntos objeto de recurso con la necesidad de dirimir con rapidez el recurso, a fin de poder proseguir con la contratación.

25. De no poderse despachar el recurso con rapidez, tal vez proceda recurrir por una vía judicial o cuasijudicial. A dicho fin, de no emitirse una decisión dentro del plazo prescrito, o de emitirse una decisión desfavorable para el recurrente, el párrafo 7) faculta al proveedor o contratista que presentó el recurso de reconsideración para recurrir en alzada con arreglo al artículo [66], o por la vía judicial, según estime oportuno.

26. El párrafo 8) enuncia requisitos de transparencia adicionales. Toda decisión de la entidad adjudicadora deberá ser emitida por escrito, indicando las medidas que habrán de adoptarse y las razones que las motivan, a fin de hacerla más comprensible, lo que ayudará no sólo a prevenir nuevos recursos sino que facilitará

también todo recurso de alzada o por la vía judicial que se desee presentar. Pese a que en algunos regímenes de la contratación, el silencio de la entidad adjudicadora a raíz de un recurso se interpreta como una desestimación del recurso, este párrafo exige, a título de buena práctica, que esa decisión se emita por escrito, pasando a formar parte, junto con el recurso que se presentó, del expediente del proceso de contratación. Ello implica que, con arreglo al artículo [24], estos documentos deberán ser facilitados al público (a reserva de todo requisito de confidencialidad que sea aplicable a tenor de dicho artículo).

27. Cuando el derecho administrativo de un Estado prevea que ciertos actos de una entidad adjudicadora estarán sujetos a la aprobación de cierta autoridad [hágase aquí remisión al lugar donde se examine este punto], convendría que, al promulgar este artículo en su derecho interno, se declare a dicha autoridad competente para conocer de todo recurso de reconsideración presentado contra dichos actos, y que se le facilite toda la información requerida para conocer del recurso.

Artículo [66]. Recurso en primera instancia o recurso de alzada ante una instancia administrativa independiente

1. El artículo [66] regula los recursos interpuestos en primera instancia o en alzada ante una instancia administrativa independiente. La Ley Modelo constituye una invitación para que el Estado promulgante otorgue todas las facultades enunciadas en este artículo a la instancia competente para conocer de estos recursos, a fin de que pueda dirimirlos con la eficacia debida.

2. En una nota a pie de página de este artículo se observa que todo Estado cuyo derecho interno no prevea una vía de recurso administrativa jerárquica o cuasijudicial, contra los actos o decisiones de una entidad adjudicadora, podrá omitir este artículo, y prever únicamente la vía judicial (del art. [69]), como vía de alzada de la instancia de reconsideración, prevista en el art. [65]. Esta flexibilidad está tan sólo condicionada a que el derecho interno prevea una vía de recurso judicial eficiente, dotada de una instancia de apelación eficaz, que cumpla con los requisitos de la Convención contra la Corrupción. En aquellos Estados que disponen ya de una vía de recurso judicial eficaz e independiente, tal vez no haga falta introducir una instancia intermedia de recurso; pero prever, al menos, una instancia inicial de reconsideración ante la entidad adjudicadora facilitará, sin duda, una solución temprana de las controversias.

3. En algunos ordenamientos, que sí prevén una instancia cuasijudicial de recurso por la vía administrativa, cabe recurrir por la vía judicial una vez agotada la vía administrativa, o estando aún pendiente un recurso interpuesto por dicha vía. Algunos Estados tal vez hayan previsto ya reglas para orientar, a este respecto, a los eventuales usuarios de las vías de recurso. Los que no lo hayan hecho aún, podrán hacerlo en el marco de una norma de rango legal o reglamentario. Pese a que la Ley Modelo no regula cuestiones de derecho procesal, lo cierto es que su régimen no alienta la presentación de más de un recurso. Pero se ha previsto que cada Estado resuelva esta cuestión de conformidad con su derecho interno.

4. Todo Estado que desee establecer una vía de recurso administrativa jerárquica o cuasijudicial deberá determinar cual será el órgano administrativo, ya existente o nuevo, que se encargará de esta función jurisdiccional. Tal vez proceda encomendarla al órgano supervisor de la contratación pública en general, o a algún

otro órgano apropiado cuya competencia se extienda a otros asuntos, distintos de la contratación pública (por ejemplo, al órgano que ejerce el control y la supervisión financiera de la administración pública en general), o tal vez a una instancia jurisdiccional de la administración pública creada para conocer únicamente de los recursos concernientes a la contratación pública.

5. Conforme se hace constar en su nombre, es muy importante que el órgano administrativo al que se encargue esta función jurisdiccional sea independiente de la entidad adjudicadora y esté amparado de toda presión política. Por ello, todo órgano que, con arreglo al régimen de la contratación pública del Estado promulgante, sea competente para aprobar los 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 recurso administrativo, que sea percibida como carente de independencia, dará lugar a un recurso judicial que pudiera demorar gravemente la contratación.

6. El párrafo 1) está formulado en términos que facultan debidamente a la instancia administrativa independiente. Además de recurrir en primera instancia por la vía administrativa independiente, un proveedor insatisfecho, con la decisión emitida por la entidad adjudicadora con arreglo al artículo [65], podrá recurrir, por esa misma vía independiente, en alzada; el proveedor podrá presentar su recurso, en primera instancia o en alzada, si la entidad adjudicadora no emite su decisión conforme a lo prescrito por el artículo [65 3), 6) u 8)]. La regla de este párrafo es, por ello, una de las piezas clave para dar eficacia a esta vía de recurso, conforme a lo exigido en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

7. El párrafo 2) fija los plazos para la presentación de recursos en primera instancia y en alzada. El apartado 2) a) dispone que todo recurso concerniente a las condiciones de la convocatoria, o al curso de la preselección, deberá presentarse dentro del plazo prescrito para presentar este tipo de recursos ante la entidad adjudicadora. En el párrafo [4] del comentario sobre el artículo [65] se han dado ya ciertas orientaciones acerca de ese plazo.

8. A tenor del inciso 2) b) i), todo recurso contra otras decisiones o medidas del proceso de contratación deberá ser presentado dentro de la moratoria prevista en el artículo [21 2)], si esa moratoria es aplicable. A tenor del inciso 2) b) ii), de no ser aplicable una moratoria (ya sea por haberse autorizado a la entidad adjudicadora a no aplicarla, con arreglo al artículo [21 3)], o por no haber ésta aplicado la moratoria prescrita), el recurso deberá ser presentado dentro de un plazo contado a partir de la fecha en que el proveedor tuvo conocimiento, o debiera haberse percatado, de las circunstancias que lo hayan motivado. A fin de no dejar abierto el plazo para presentar recursos motivados por esas circunstancias, ese inciso fija, como plazo límite, el de que no cabrá interponer recurso alguno, una vez transcurridos cierto número de días laborables a partir de la entrada en vigor del contrato adjudicado. Ese plazo límite es necesario para conciliar el derecho de los proveedores a que no se viole la integridad del proceso de contratación con el deseo de que el contrato adjudicable cumpla lo antes posible su función. Cabe también señalar que toda acción judicial está también sujeta a prescripción en la mayoría de los Estados. Cabrá expresar ese plazo en semanas o en meses, en vez de en días

laborables, si se estima procedente. El Estado promulgante podrá fijar esos dos plazos límites a la luz de las necesidades locales.

9. Respecto del primer plazo fijado en el inciso 2) b) ii), la Ley Modelo de 1994 fija, para ese mismo caso, un plazo de 20 días, mientras que el [Acuerdo sobre Contratación Pública revisado] fija un plazo mínimo de diez días. Todo Estado promulgante podrá inspirarse en esos ejemplos al fijar el plazo aplicable en su derecho interno. Respecto del segundo plazo previsto en el inciso 2) b) ii), cabe decir que, pese a que en muchos casos el aviso de la adjudicación del contrato, publicado con arreglo al artículo [22], alertará al autor eventual del recurso de las circunstancias que tal vez motiven su presentación, puede suceder que ese no sea el caso. Por ejemplo, cabe que las razones para no aplicar una moratoria justifiquen también una exención de la obligación de anunciar la adjudicación del contrato, como sería el caso si se invocan razones esenciales de defensa nacional. Por ello, se decidió no referirse a la publicación del aviso como punto de partida del plazo límite fijado, por no haberse de publicar ese aviso siempre, sino calcular ese plazo a partir de la entrada en vigor del contrato adjudicado.

10. Como en el artículo [65], no se aborda en este artículo la cuestión de la competencia de la instancia administrativa independiente para conocer de recursos presentados contra la cancelación del proceso de contratación. Ello se debe a la decisión de la Comisión, mencionada en el párrafo [6] del comentario sobre el artículo [65], de que todo recurso contra una decisión de cancelar la contratación debería ser de la competencia exclusiva de la instancia judicial.

11. El apartado 2) c) prevé que el proveedor podrá pedir a la instancia administrativa independiente, que admita a examen un recurso presentado tras la expiración de la moratoria aplicable con arreglo al artículo [21 2)], siempre que el recurso esté motivado por razones de interés público importantes. El Estado promulgante deberá fijar el plazo límite para la presentación de esos recursos tardíos, que deberá alinearse con el que se fije en el inciso 2) b) ii). La instancia independiente deberá pronunciarse acerca de si las razones alegadas justifican la admisión del recurso. En cuanto a cuáles son las razones que pueden justificar la admisión de un recurso, habiendo ya expirado la moratoria, cabe considerar que la más usual será el haberse descubierto algún caso de corrupción o de irregularidad fraudulenta. El Estado promulgante tal vez desee enunciar alguna norma o pauta orientadora a este respecto. La índole facultativa de esta regla deja cierto margen para que la instancia independiente admita a examen este tipo de recurso. Dentro del plazo de prescripción normal de la ley del foro competente, cabrá también presentar directamente este tipo de recurso por la vía judicial. Lo aquí dispuesto puede ser particularmente útil en casos a los que no se apliquen las salvaguardias de transparencia normales previstas por la Ley Modelo.

12. El párrafo 2) d) señala el plazo aplicable a la presentación de recursos contra una decisión emitida por la entidad adjudicadora con arreglo al artículo [65] y contra el hecho de que no se emita esa decisión dentro de los plazos prescritos en el artículo [65]. El Estado promulgante deberá de nuevo fijar este plazo en función de la fecha en que el proveedor se dio cuenta o debiera haberse dado cuenta de las circunstancias del caso. Los Estados deberán tratar de alinear, según corresponda, la duración de los plazos prescritos en el capítulo VIII y la de la moratoria prescrita en el artículo [21 2)].

13. Los párrafos 3) y 4) regulan lo relativo a la suspensión. Las razones que motivan el régimen de la suspensión son examinadas en [los párrs. [15 a 21] del comentario sobre el art. [65]] y son también aplicables a lo aquí dispuesto.
14. En el párrafo 3) se da a la instancia administrativa independiente amplio margen para ordenar o no la suspensión de la contratación, a reserva de su obligación de decretarla en los supuestos mencionados en el párrafo 4). En todo supuesto en el que la suspensión no sea, como en los supuestos del párrafo 4), prescriptiva, la instancia administrativa independiente podrá ordenar una suspensión por el tiempo que estime necesario para amparar los intereses del autor del recurso; podrá asimismo levantar o prorrogar toda suspensión que haya impuesto, poderes que podrá ejercer durante todo el procedimiento entablado ante ella. Al reconocer que el derecho interno tal vez limite el poder de suspender contratos o acuerdos marco ya en vigor, el apartado b) (al igual que toda otra regla del artículo [66] referida a contratos o acuerdos marco ya en vigor) lleva una nota a pie de página indicando la índole optativa de lo dispuesto respecto de esos contratos o acuerdos.
15. El párrafo 4) enuncia dos supuestos en los que deberá, por regla general, suspenderse la contratación. Se trata de dos situaciones que se estima que suponen un grave riesgo para la integridad del proceso de contratación.
16. Con arreglo al apartado 4 a), deberá aplicarse una suspensión de diez días laborables si se recibe un recurso antes de vencer el plazo para la presentación de ofertas. Esa suspensión trata de alentar que se dé respuesta a esos recursos antes de que se clausure esta etapa, por ser la etapa más propicia para toda acción rectificadora. En esa etapa, la instancia administrativa independiente podrá además prorrogar el plazo para la presentación de ofertas y ordenar medidas correctoras de las condiciones de la convocatoria o de la precalificación.
17. El apartado 4) b) se refiere al supuesto de que se reciba un recurso, habiendo ya vencido el plazo para la presentación de ofertas y sin que se haya previsto una moratoria. Su texto no señala la duración de la suspensión, por estimarse que esa duración deberá fijarse en función de las circunstancias. Dado que cabrá presentar este recurso estando ya en vigor el contrato adjudicado, el texto de este apartado prevé la opción de que pueda incluso suspenderse la aplicación de un contrato o de un acuerdo marco, según sea el caso, ya en vigor.
18. En cada caso previsto en los párrafos 3) y 4), la suspensión será siempre presuntiva, pero nunca automática, dado que cabe que la entidad administrativa independiente decida que razones de interés público urgente justifican que el contrato adjudicable o el acuerdo marco prosiga su curso. El criterio aquí aplicable es el mismo que el previsto en el artículo [64 3)] (para responder a una solicitud de la entidad adjudicadora de que se levante la prohibición de concluir el contrato adjudicable o el acuerdo marco), por lo que el Estado promulgante debe tratar de impartir orientación adecuada acerca de lo que constituye un motivo justificante para levantar esa prohibición. Cabe citar al respecto los desastres naturales, los casos de emergencia o el daño desproporcionado que, de lo contrario, se ocasionaría a la entidad adjudicadora o a alguna otra parte interesada. El reglamento de la instancia administrativa independiente tal vez la autorice para consultar con la entidad adjudicadora, de haber de decidir acerca de la suspensión antes de que se le facilite el expediente completo, hasta ese momento, de la contratación, conforme se exige en el párrafo 8) de este artículo.

19. En todo caso, la instancia administrativa independiente deberá tener presente que una suspensión puede resultar menos perturbadora para el curso de la contratación que el tener que deshacer pasos ya dados, si esa instancia decide, por ejemplo, revocar o rectificar alguna decisión ya adoptada de la entidad adjudicadora. Además, debe incentivarse en cierta medida la presentación de recursos, para lo que es importante que se pueda contar con la posibilidad de esa suspensión.

20. A fin de mitigar el posible efecto perturbador de un recurso en primera instancia o en alzada, en los párrafos 5) y 6) se prevé que la entidad adjudicadora lleve a cabo un examen inicial del recurso presentado, similar al previsto en el párrafo 3) del artículo [65], respecto del cual se imparte orientación en el comentario sobre ese párrafo (párrs. [13 a 22] del comentario sobre el art. [65]). Ese examen inicial debe entenderse como una evaluación a simple vista del recurso presentado que permita determinar si procede admitirlo a examen.

21. El párrafo 5) exige que la instancia administrativa independiente dé aviso sin tardanza del recurso presentado y de su contenido a la entidad adjudicadora y a todos los participantes en el proceso de contratación que se hayan dado a conocer a dicha instancia. No estará obligada a dar aviso a otras entidades cuyos intereses pudieran verse afectados por el recurso (como pudiera ser otras entidades públicas), pero deberá publicar un aviso del recurso presentado, a fin de que toda entidad afectada pueda adoptar las medidas que proceda en defensa de sus intereses. Como se mencionó al examinarse el recurso interpuesto ante la entidad adjudicadora, tales medidas pueden incluir, a tenor del artículo [67], la de intervenir en las actuaciones que se abran a raíz del recurso, así como la de solicitar que se levante toda suspensión que se haya impuesto, o la adopción de toda otra medida prevista en los reglamentos aplicables a la contratación o al recurso interpuesto.

22. Deberá también decidir si suspende o no el proceso y dar aviso de su decisión a todos los interesados (indicando además el plazo de la suspensión, de haberla decretado). La instancia independiente deberá también dar sus razones para no suspender la contratación al autor del recurso (a fin de facilitarle todo recurso que desee interponer por la vía judicial contra esa decisión) y a la entidad adjudicadora.

23. La facultad reconocida a esta instancia, a tenor del párrafo 6) de este artículo, para desestimar un recurso es similar a la que se otorga a la entidad adjudicadora en el artículo [65], que se examina en el párrafo [13] del comentario sobre ese artículo. También serán aplicables, en aras de la transparencia, los requisitos previstos en el artículo [65], de que se notifique y motive la desestimación del recurso.

24. A tenor del párrafo 7), deberá darse aviso de toda medida adoptada con arreglo a los párrafos 5) y 6), dentro de los tres días laborables siguientes a la recepción del recurso. El efecto del aviso dado varía en función de la decisión que se notifique, pero cabe señalar que la instancia administrativa independiente está facultada para ordenar a la entidad adjudicadora que suspenda la contratación.

25. El párrafo 8) exige que la entidad adjudicadora facilite, a la instancia administrativa independiente, toda la documentación relativa al proceso de contratación; esta obligación está supeditada a las reglas en materia de confidencialidad de los artículos [23 y 24] y, en particular, a las restricciones sobre la divulgación de ciertos datos, que podrán, no obstante, ser levantadas por toda autoridad competente designada por el Estado promulgante en esos artículos.

El Estado promulgante tal vez desee enunciar normas o pautas que obren en aras de la seguridad y eficiencia del traspaso a esa instancia de la documentación del proceso de contratación, a fin de evitar tropiezos que perturben el curso de la contratación o de las actuaciones abiertas.

26. El párrafo 9) enuncia una lista de los remedios que la instancia administrativa independiente podrá otorgar, con arreglo a la Ley Modelo, a raíz de todo recurso que admita a examen. El párrafo 9) reconoce que existen diferencias entre los remedios que una instancia administrativa, con poderes cuasijudiciales, puede otorgar, con arreglo al derecho interno de cada país. Se alienta a los Estados que promulguen la Ley Modelo a facultar esa instancia para otorgar todo remedio previsto en su derecho interno con miras a dotar a esa vía de recurso de la eficacia de que debe gozar, según la Convención contra la Corrupción. Este párrafo enuncia los medios requeridos para dar una respuesta adecuada a todo recurso interpuesto (incluso desestimándolo, cuando proceda); al emitir su fallo, la instancia administrativa independiente deberá también levantar o prorrogar, conforme sea necesario, toda suspensión que se haya decretado.

27. Algunas de las disposiciones de este párrafo figuran entre paréntesis, por ser de índole optativa y prestarse a ser adaptadas a las circunstancias del lugar donde se promulguen. Por ejemplo, los apartados c) y e) facultan a la instancia administrativa independiente para revocar actos o decisiones de la entidad adjudicadora, incluso la adjudicación del contrato. El término “revocar” no conlleva aquí efectos especiales (no implica que la decisión revocada sea nula y sin efecto alguno), por lo que el Estado promulgante podrá asignarle un efecto concorde con su normativa interna. No obstante en una nota de pie de página de esos apartados, así como del apartado d), se observa que donde no sea posible facultar a esta instancia para revocar un contrato ya adjudicado o para sustituir su propia decisión a la de la entidad adjudicadora, cabría facultarla para anular la decisión de la entidad adjudicadora, a fin de obligarla a adoptar una nueva decisión a la luz de lo dictaminado por la instancia administrativa independiente.

28. Ordenar medidas rectificadoras debe ser considerado, conforme al criterio consagrado en el Acuerdo sobre Contratación Pública, como el remedio primario y más deseable. Rectificar a tiempo puede, sin duda, evitar el tener que indemnizar al autor del recurso, mientras que esa indemnización tal vez sea, al menos, parte del remedio adecuado, si el contrato está ya en vigor al dirimirse el recurso, y no procede revocarlo. Por ello no prever una indemnización financiera (más allá de la de las costas incurridas en el recurso) tal vez nos prive de un remedio adecuado para ciertos casos, por lo que convendría que todo sistema de reparación eficaz prevea ese remedio.

29. El apartado 9) h) prevé, por ello, que se otorgue una indemnización financiera y ofrece dos opciones al Estado promulgante. De retenerse el texto entre paréntesis, cabrá reclamar indemnización por todo gasto razonable en el que el autor del recurso incurra al recurrir contra un acto o decisión ilícito, o contra un procedimiento contrario a derecho, pero esos gastos no incluyen el lucro cesante del proveedor o contratista por razón de no haberse aceptado su oferta. Mientras que de retenerse la segunda opción ofrecida en el apartado h) (es decir, de promulgarse este apartado, sin el texto entre paréntesis) se estará previendo un tipo de pérdida que puede abarcar, cuando proceda, las futuras pérdidas, tal como el lucro cesante del concursante agraviado. El Estado promulgante deberá tener en cuenta el trato

que se dé en su derecho interno a las pérdidas puramente económicas, a fin de determinar si procede, conforme a su derecho interno, indemnizar toda pérdida de oportunidades y en que medida la indemnización otorgable dependerá de que el autor del recurso pruebe que su oferta debiera haber salido ganadora. Dado que la posibilidad de percibir una indemnización puede elevar el riesgo de que se presenten recursos meramente especulativos, que perturben el curso de la contratación, tal vez proceda prever, en un principio, incentivos adecuados para alentar a todo concursante serio a recurrir, siempre que proceda, por esta vía, pero revisando esos incentivos a la luz de la experiencia, a medida que esta vía de recurso madure. El Estado deberá, además, supervisar el riesgo de que se abuse de esta facultad de otorgar indemnizaciones, especialmente si su derecho interno la confiere a una entidad pequeña que esté en manos de unas cuantas personas².

30. El párrafo 10) prevé un plazo límite para la resolución del recurso por la instancia administrativa independiente. También prevé que la decisión que se emita deberá ser notificada a todos los interesados, lo que leído junto a la regla del párrafo 11), exige que toda decisión de la instancia administrativa independiente sea emitida por escrito, enuncie toda medida que deba adoptarse, junto con las razones que la motiven, y sea consignada en el expediente del proceso de contratación, enunciándose también en este último párrafo importantes salvaguardias en materia de transparencia que tienen por objeto facilitar la presentación ulterior de recursos por la vía judicial, si se estima necesario. Lo dispuesto en estos dos párrafos es similar a lo dispuesto en los párrafos 6) y 8) del artículo [65]; por ello lo dicho en los párrafos [24] y [26] del comentario sobre el anterior artículo [65] se aplica igualmente a lo dispuesto en estos dos párrafos del artículo [66].

31. La práctica de la prueba, y la manera de practicarla (por ejemplo, mediante la celebración de audiencias) puede ser un factor determinante de la duración de las actuaciones, y esa práctica se regirá por el derecho interno. Si el Estado interesado no dispone aún de un reglamento de las actuaciones sustanciadas por la vía administrativa jerárquica o cuasijudicial, cabría formular ese reglamento en una norma aparte o incorporarlo al reglamento de la contratación pública, a fin de regular cuestiones como la presentación de recursos, la sustanciación de las actuaciones y la práctica de la prueba.

Artículo [67]. Derechos reconocidos a los demás participantes en el recurso interpuesto

1. La mención en el párrafo 1) de todo proveedor o contratista que participe en el proceso de contratación afectado y de toda entidad pública cuyos intereses puedan verse afectados por el recurso interpuesto crea un derecho general a participar en las actuaciones del recurso interpuesto que será ejercitable por todo concursante y por toda entidad pública con un interés legítimo en su resultado. Este derecho a participar en las actuaciones trata de conciliar la disponibilidad de una vía de recurso eficaz y el interés de que no se perturbe el curso de la contratación, deseo conciliatorio de intereses encontrados que ya se mencionó, respecto del derecho

² El Grupo de Trabajo expresó el deseo de que la Guía estudie la cuantificación de los gastos indemnizables, por lo que tal vez proceda que señale a la Secretaría, los parámetros para dicho estudio.

general a interponer recursos, en el comentario sobre el artículo [64] relativo a ese derecho general. Con idéntica intención conciliatoria se reconoce, en el párrafo 1) de este artículo, el derecho a participar en las actuaciones del recurso a todo concursante en el proceso de contratación afectado y a toda entidad pública que pruebe que sus intereses pueden verse afectados por el recurso interpuesto.

2. A este respecto, podrán participar en el recurso interpuesto muy diversas entidades privadas (concurstantes) y públicas, que estén interesadas en su resultado, interés que dependerá de la oportunidad del recurso y de la importancia del contrato adjudicable. Como ejemplos de entidad pública interesada, cabe citar toda entidad que desee valerse de un acuerdo marco ya negociado por otra entidad pública, o una autoridad cuya aprobación haya avalado el contrato adjudicado. La mención de proveedores o contratistas “que participen en el proceso de contratación” se refiere a todos los que sigan participando en ese proceso (concurstantes), pero excluye a todo el que haya sido eliminado en la etapa de preselección u otra etapa similar del proceso, salvo que el recurso sea contra alguna medida adoptada en dicha etapa previa de la contratación.

3. El párrafo 2) enuncia el derecho de la entidad adjudicadora a participar en todo recurso que se interponga contra ella ante la instancia administrativa independiente.

4. El párrafo 3) enuncia los derechos básicos de todo participante en un recurso, entre los que cabe citar el derecho a ser oído, a tener acceso a todas las actuaciones y a presentar pruebas. Estos derechos se confieren a las entidades descritas en los párrafos 1) y 2) del artículo, pero no a los meros asistentes a las actuaciones (tales como periodistas y miembros de cadenas informativas). La instancia administrativa independiente está facultada para dar acceso al expediente del recurso del que conozca (expediente que, con arreglo al artículo [66 8]), tal vez incluya el expediente del proceso de contratación). Todo participante que solicite acceso a un documento deberá probar la legitimidad de su interés en consultarlo, lo que permitirá que la instancia que conozca del recurso retenga el control de las actuaciones y evite la curiosidad de todo pescador de datos. El acceso a la documentación estará además sujeto al régimen de la confidencialidad enunciado en el artículo [68]. Deberá promulgarse un reglamento eficaz de las actuaciones que permita un examen puntual y con el detalle debido de toda cuestión controvertida.

Artículo [68]. Confidencialidad de las actuaciones abiertas en la sustanciación de un recurso administrativo

Se ha incluido este artículo en el capítulo VIII a fin de declarar aplicables, los principios de confidencialidad enunciados en el artículo [23], a la vía de recurso administrativa, en general, y a la instancia administrativa independiente, en particular (por no estar esta sujeta al art. [23]).

Artículo 69. Recurso por la vía judicial

[1. Esta sección sigue incompleta. Incluirá todo texto pertinente de la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de 1994 relativo al artículo dedicado a esta vía, junto con las observaciones del Grupo de Trabajo sobre el alcance de la vía judicial y una nota a pie de página del artículo [69] que aparece ya en el proyecto revisado de la Ley Modelo.

2. El comentario sobre el artículo 57, relativo a la vía judicial, de la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de 1994 dice:

“Este artículo no tiene por objeto limitar o desplazar el derecho eventual a interponer un recurso contencioso-administrativo con arreglo a alguna otra norma aplicable. Se trataría más bien de confirmar ese derecho y de declarar competente al tribunal o tribunales especificados para entender de todo recurso interpuesto de conformidad con el artículo 52 así como de las apelaciones contra las decisiones, o contra la falta de una decisión oportuna de los órganos que hayan de conocer de un recurso presentado conforme al artículo 53 o al artículo 54. Los aspectos procesales y de otra índole del recurso contencioso-administrativo así como los remedios que puedan otorgarse, se regirán por la ley aplicable a ese recurso. La ley aplicable al recurso contencioso-administrativo determinará si de recurrirse una decisión adoptada conforme al artículo 53 o al artículo 54, el tribunal deberá examinar desde un principio el fondo de la cuestión controvertida del proceso de contratación impugnado o si habrá de examinar únicamente la legalidad o corrección de la decisión impugnada. Con el enfoque adoptado se ha procurado que el artículo 57 no entre en conflicto con las leyes y reglamentos nacionales por los que se rija el procedimiento judicial.”

3. Las observaciones del Grupo de Trabajo, acerca del nuevo texto revisado de la Ley Modelo relativo a las vías de recurso, han sido recogidas en la nota de pie de página 43 del documento A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.8. Cabe resumirlas como sigue:

“La ley Modelo no pretende interferir con las prerrogativas de los tribunales de justicia, que estén, o debieran estar, reguladas en alguna norma de derecho procesal del Estado promulgante. La Ley Modelo tampoco pretende restringir toda facultad más amplia que se haya reconocido a los tribunales en el derecho interno, tal como el poder de otorgar indemnización por los daños previsibles, o de otorgar medidas cautelares, incluso respecto de un contrato adjudicado y firmado que se esté ya aplicando, poderes que serán legítimos en la medida en que estén reconocidos por la ley procesal del foro.

Dado que la Ley Modelo sólo se ocupa de la vía de recurso judicial para esbozar el marco de esa vía y para alentar a los Estados a dotarla de todos los medios de rectificación o reparación de que dispone la vía administrativa jerárquica o cuasijudicial, el artículo 66 (nuevo art. [69]) no trata de regular el poder de un tribunal judicial para decretar la suspensión de la contratación, ni el alcance eventual de esa facultad.”

4. Una nota a pie de página del artículo [69] dice:

“Todo Estado podrá prever una vía de recurso judicial (denominada vía de lo contencioso-administrativo) o una vía de recurso administrativa (denominada vía administrativa jerárquica), o podrá prever ambas vías a la vez, para recurrir, con arreglo a su derecho interno, contra los actos o decisiones de una entidad adjudicadora. Todo Estado, que prevea tan solo una vía de recurso judicial deberá dotarla de una vía de apelación apropiada, así como de la eficacia requerida para obtener toda reparación que sea debida en casos en los que no se hayan observado el régimen y los métodos de contratación prescritos en esta Ley, ni las condiciones prescritas en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Una vía judicial eficaz debe prever en particular:

i) que los plazos para la presentación de recursos, en primera instancia y en apelación, contra las decisiones de la entidad adjudicadora o, de la instancia administrativa independiente, según sea el caso, resultan adecuados en el contexto de la contratación pública, sin olvidarse del régimen de la moratoria previa a la entrada en vigor del contrato adjudicado previsto en la presente Ley; ii) que el tribunal competente para conocer de un recurso que se presente con arreglo al artículo 63 pueda adoptar cualquier medida prevista en el artículo 66 9) de la presente Ley, o toda combinación de esas medidas que resulte adecuada, así como toda medida cautelar que estime necesaria para asegurar la eficacia del recurso interpuesto, medidas entre las que cabe citar la suspensión del proceso de contratación, del contrato adjudicado o del acuerdo marco concertado, según sea el caso; y iii) que se hayan previsto ciertas salvaguardias mínimas para dar, a los interesados, acceso al recurso judicial abierto o que se vaya a abrir, así como concernientes a la práctica de la prueba o a la protección de toda información reservada o confidencial, conforme a lo previsto en los artículos 67 y 68 de la presente Ley.”]