

Acceso a Mercados en los Acuerdos de Compras del Sector Público.

Laura Rojas¹

El objetivo básico de un acuerdo en materia de contratación pública² que incluya el tema de acceso, es exponer ese mercado a una mayor competencia y un mayor escrutinio internacional. Para ello se establecen provisiones que obligan a las Partes del acuerdo a aplicar los principios de no-discriminación al marco legal y a las prácticas que siguen las entidades públicas para sus compras.

En este documento se analiza la forma en que los acuerdos sobre compras gubernamentales incorporan los principios de no-discriminación – Trato Nacional (TN) y Nación Más Favorecida (NMF) –para alcanzar la liberalización del comercio. El objetivo general es explicar de una manera sencilla y práctica la naturaleza y el alcance de las negociaciones de acceso a mercados, así como algunos de sus aspectos metodológicos. El documento está organizado de la siguiente manera: en primer lugar, se abordará la no-discriminación en la contratación pública desde una perspectiva conceptual, como una forma de identificar las disciplinas relativas a la no-discriminación en los acuerdos comerciales y su relación con los compromisos de acceso a mercados. En esta sección se hará hincapié en la relación de las disciplinas sobre compras con las que conciernen a las medidas en frontera sobre los bienes y servicios. En segundo lugar, se analizará el tema de la cobertura y las excepciones a la cobertura, como los aspectos que determinan la extensión del acceso al mercado en un acuerdo. En tercer lugar, se describirán los formatos de presentación de ofertas y de los compromisos de acceso a mercados. Finalmente se presentará un resumen y conclusiones.

La negociación de acuerdos comerciales en materia de compras del sector público continúa siendo un tema polémico a nivel internacional. Sin embargo, desde que el primer texto se suscribiera en el marco de la Ronda Tokio del GATT en 1967, muchos países han decidido negociar disciplinas para este mercado. En el continente americano, los dos primeros tratados que incorporaron el tema fueron el acuerdo bilateral de libre comercio entre Canadá y Estados Unidos (1991) y el NAFTA (1994). Desde

¹ La autora fue Viceministro de Desarrollo de Venezuela. Fue negociadora por su país para el tema de contratación pública en el período 1996 – 99, así como Vocera de la Comunidad Andina para el ALCA. Consultor del Banco Interamericano de Desarrollo desde 2001. Actualmente coordina la asistencia técnica que el Comité Tripartito presta al Grupo de Negociación de Compras del Sector Público (GCSP)

² En el documento se utiliza indistintamente los términos contratación, compras y adquisiciones; igualmente se asumen como sinónimos los calificativos de públicas y gubernamentales.

entonces se han negociado cuatro acuerdos bilaterales y seis plurilaterales.³ Todos los países del hemisferio, a excepción de CARICOM y MERCOSUR, tienen alguna experiencia en esta materia, algunos incluso con socios extraregionales como es el caso de Chile y de México. Esa experiencia, sin embargo, no se ha traducido en una capacidad institucional en la mayoría de los países y son muchos los malos entendidos y las preconcepciones sobre el tipo y la extensión de las disciplinas que se adoptan en los acuerdos. Por ello, ha parecido conveniente incorporar ejemplos del tratamiento del tema de acceso a mercados en diferentes acuerdos en el hemisferio y en el plurilateral de la OMC (GPA). De esta manera se espera que el lector interesado pueda derivar, con facilidad, lecciones aplicables a las iniciativas comerciales en curso que tratan el tema de la contratación pública.

No - Discriminación Y Contratación Pública.

La propuesta de algunos países de tratar las medidas que afectaban a las compras y las contrataciones del Estado como cualquier otra medida relacionada con el comercio de bienes fue, como se sabe, rechazada durante las negociaciones que dieron lugar al GATT en 1945. Algunas publicaciones describen las razones por las que en su momento el mercado de la contratación pública fue excluido de las disciplinas comerciales⁴ y otras explican la racionalidad económica y política detrás de la continua resistencia de muchos gobiernos de acceder a someter a reglas internacionales, un mercado que representa del diez al veinte por ciento del producto interno de los países y hasta un quince por ciento del comercio internacional.⁵ Consideraciones relativas a la seguridad y defensa nacional, por ejemplo, justifican a los ojos de muchos gobiernos la discriminación de proveedores y bienes y servicios extranjeros. Igual ocurre con la promoción de segmentos de la industria nacional, de tecnología local, de regiones dentro de un país o de ciertos grupos sociales (como los pequeños y medianos empresarios o los indígenas). En muchos casos, los gobiernos discriminan de acuerdo a la nacionalidad de los proveedores o mercancías.

El impacto económico que tienen estas medidas a nivel doméstico depende de la extensión y naturaleza de las mismas así como del tamaño y de la eficiencia relativa del Estado. A nivel internacional, el

³ Los acuerdos bilaterales son los suscritos por México con Bolivia, Costa Rica y Nicaragua respectivamente y el de Chile con Estados Unidos. Los plurilaterales son los suscritos por los países centroamericanos con Chile, Panamá y República Dominicana, así como también el suscrito entre México, Colombia y Venezuela (G-3). A excepción del negociado entre Chile –Estados Unidos todos los demás están vigentes. Las negociaciones de CAFTA y ALCA incluyen también el tema de las compras públicas.

⁴ Ver Blank Annet y Marceau Gabrielle “ The history of Government Procurement Negotiations since 1945” en Bernard M. Hoekman and Petros C. Mavroidis, eds. “Law and Policy in Public Purchasing: the WTO Agreement on Government Procurement, Ann Arbor; University of Michigan Press, 1997.

⁵ Ver por ejemplo, Evnenet Simon ‘ Multilateral Disciplines and Public Procurement en Bernard M.Hoekman, Philip English and Aaditya Mattoo “Development, Trade and the WTO Part VI. Versión pdf. www.worldbank.org.

resultado de la ausencia de disciplinas es, según estimaciones de la OECD, un margen de preferencia para los productores y la producción nacional, que se ubica entre un 13% y un 50% y la presencia de barreras, en algunos casos significativas, al comercio internacional de bienes y servicios.

La negociación de acuerdos comerciales para el mercado de compras del sector público puede abrir importantes oportunidades de mercados, incluso si el objetivo que se plantea no es la total eliminación de la discriminación, sino tan solo su reducción.⁶ Para ello es importante que los miembros asuman la obligación sustantiva de aplicar dos principios básicos de la legislación internacional, Trato Nacional y Nación Más Favorecida.

Trato nacional

Bajo una regla de Trato Nacional los miembros de un acuerdo acceden a otorgar un tratamiento no menos favorable a proveedores y productos (bienes y servicios) extranjeros que el que reciben los nacionales. El objetivo es eliminar las barreras que se encuentran en leyes, regulaciones y requisitos diversos, que afecten negativamente a los no-nacionales. Tradicionalmente, en el marco del GATT/OMC, el principio ha implicado la prohibición de aplicar a los bienes importados, una vez que los aranceles han sido pagados, cualquier tipo de impuestos, sobretasas o procedimientos administrativos, distintos que los aplicados a los nacionales. Después de la ronda Uruguay el concepto de Trato nacional se extendió a los acuerdos sobre servicios (Art. XVII GATT) y propiedad intelectual (Art. III TRIPS). También se incluyó en el acuerdo sobre barreras técnicas (TBT).

La promoción de un ambiente de competencia internacional en el mercado de la contratación pública, depende en lo fundamental de la reducción de las medidas discriminatorias que aplican los gobiernos y que están contenidas en distintos aspectos de los regímenes nacionales de compras. Por ello, similarmente a lo que ocurre en otros ámbitos del comercio internacional y temas relacionados, la aplicación del principio de no-discriminación a las compras públicas implica, en lo sustantivo, la prohibición de aplicar medidas discriminatorias que derive de cualquier ley, reglamento, procedimiento o práctica establecida, en cualquier parte del proceso de compra, incluyendo lo relativo a los posibles conflictos entre entidades y oferentes. Esta provisión está contenida en todos los acuerdos de compras regionales, bilaterales o plurilaterales que incluyan el tema de acceso a mercados, incluyendo el GPA. Pero su aplicación está

⁶ La falta de transparencia en la legislación y sobre todo en las prácticas de las entidades gubernamentales y la discrecionalidad con que éstas conducen sus negocios en muchos países, introducen criterios extra técnico-económicos en los procesos de compra y dificulta todavía más el acceso al mercado de los oferentes extranjeros. Este aspecto, sin embargo no es tratado en este documento.

sujeta a excepciones, clarificaciones y condicionantes, dependiendo de lo que los países hayan negociado como parte de la cobertura del acuerdo, tema que se discutirá ampliamente en la próxima sección. En este sentido, hay una diferencia importante con relación a los acuerdos de libre comercio y que establecen el trato nacional para todo el universo de bienes.

En el recuadro siguiente pueden observarse las medidas a las que los gobiernos recurren comúnmente y que estarían prohibidas.

***Medidas Discriminatorias Contra Proveedores, Bienes Y Servicios Extranjeros
Comúnmente aplicadas***

- ?? *Preferencias de Precios a proveedores locales al momento de la evaluación de la oferta*
- ?? *Compre Nacional (prohibición de comprar bienes o servicios extranjeros) ó provisiones que excluyen a proveedores extranjeros de determinados proceso de compras.*
- ?? *Reserva de una porción de las compras de una entidad para:*
 - Proveedores nacionales*
 - Bienes y servicios nacionales (o de una región del país en particular)*
 - Grupos específicos de proveedores nacionales*
- ?? *Requisitos de Desempeño: Preferencia a proveedores que cumplan con exigencias de contenido local, licenciamiento de tecnología, contratación de personal, formación de consorcios con firmas locales, metas de exportación, counter-trade, o cualquier otra exigencia similar.*
- ?? *Exigencias diferentes a proveedores extranjeros al momento del registro, la pre-calificación, la solicitud de especificaciones técnicas, entre otras.*
- ?? *Contratación directa de proveedores nacionales.*
- ?? *Dificultades para acceder a los mecanismos de revisión e impugnación de los procesos de compras.*

La inclusión de una cláusula de trato nacional en un acuerdo de compras es muy importante para definir la liberalización del mercado. Sin embargo, hay que tener en cuenta que no elimina las barreras en frontera al comercio de bienes, o las limitaciones regulatorias para la prestación de servicios en cualquiera de sus modalidades. Así, los aranceles, las regulaciones de importación y otros aspectos de la entrada al mercado de bienes y servicios extranjeros no son regulados por el acuerdo de compras, sino por las provisiones de los capítulos respectivos. Estas provisiones adquieren mucha importancia en el caso de los servicios, como por ejemplo, en construcción, que requieren de la presencia física de trabajadores y de facilidades para el movimiento de personas naturales.

En el mismo sentido, las reglas de origen son las que corresponden a “las operaciones comerciales normales y en el momento de la transacción”⁷. Para el capítulo de compras de los acuerdos de libre comercio, una cláusula semejante supone que aplican las reglas preferenciales contenidas en el capítulo de bienes, no otorgándose trato nacional a menos que se satisfagan requisitos como contenido local, salto arancelario, etc. En algunos casos, las reglas preferenciales suponen una traba capaz de nulificar las concesiones realizadas en el ámbito de las compras. Un tratamiento alternativo de este tema, lo logró Chile en el acuerdo negociado con Estados Unidos, al introducir el uso de reglas no preferenciales, que son en general menos exigentes.⁸ De esta manera, los productos de Chile se colocan en casi una total igualdad de condiciones que el producto de origen estadounidense a la hora de participar en procesos de compras cubiertos por el acuerdo.

Nación Más Favorecida (NMF)

El significado de una cláusula NMF es la obligación de tratar a los productos (bienes y servicios) y proveedores de un país, no menos favorablemente que se trata a los productos y proveedores de cualquier otro país miembro de un acuerdo. Su objetivo básico es promover la igualdad de oportunidades entre todos los participantes, maximizando los posibles beneficios económicos para el país importador. El Trato NMF está contenido en el Art. I del GATT y del GATS, así como en el artículo IV del acuerdo sobre propiedad intelectual (TRIPS).

Un aspecto relacionado a tener en cuenta, son las provisiones relativas la “denegación de beneficios” ya que ayudan a precisar quienes son los proveedores beneficiarios de ventajas de acuerdo a su origen. Una cláusula estándar en contrataciones públicas es aquella que extiende el trato nacional a personas naturales o jurídicas de las Partes no miembros si tienen presencia comercial (no se discrimina a empresas en razón del grado de afiliación o propiedad extranjera) y desarrollan una “actividad sustancial” en el territorio de un país miembro. La relación en este sentido debe hacerse con el capítulo de servicios, dado que las restricciones al “ derecho al establecimiento” en ciertos sectores podría convertirse en una barrera para la participación en el mercado de compras.

La aplicación de la cláusula de Nación Más favorecida tiene excepciones en el marco de los acuerdos de compra. De la más importante es la que se refiere al tema de la multilateralización de los compromisos. En el GPA y en la mayoría de los acuerdos de libre comercio, los países han encontrado difícil dar el

⁷ Artículo IV del GPA

⁸ Artículo 9:2. -3 del texto en cotejo lingüístico, sujeto a revisión legal.

mismo tratamiento a todas las Partes involucradas. Más bien prevalece el concepto de reciprocidad, mediante el cual un país no liberaliza un sector a menos que otros países hagan lo mismo, o que cumplan con ciertas condiciones. La reciprocidad permite alcanzar un balance de cobertura, o equivalencia en la dimensión del mercado negociado.

Si bien la reciprocidad está presente en toda negociación comercial, la aplicación del principio NMF implicaría que las concesiones alcanzadas deberían extenderse a todas las Partes de manera “inmediata e incondicional”, independientemente del tamaño del mercado de cada uno de ellos. La excepción a esta regla en otras áreas del comercio, como en bienes, es sólo de carácter temporal. Sin trato incondicional NMF, es difícil que los países pequeños y de escaso desarrollo disfruten de una liberalización relevante de los mercados de los socios mayores, aún cuando ofrezcan la porción más significativa de su mercado doméstico⁹. Por si esto fuera poco, ambos elementos hacen poco transparentes las obligaciones de acceso a mercado de los miembros de un acuerdo, convirtiendo un plurilateral en una combinación de bilaterales. Este hecho ha sido mencionado por muchos miembros de la OMC como la razón principal para no acceder al GPA. A nivel regional o subregional ha creado y podría continuar generando resistencia a someter el mercado de compras públicas a disciplinas internacionales.

Ejemplos de aplicación restringida o condicional del trato NMF:

- ☞ GPA. EE.UU. aplica a Corea umbrales más altos que a los otros miembros para el nivel subcentral las y las empresas públicas, dado que Corea tiene un umbral más alto en este sector (y lo aplica NMF).*
- ☞ NAFTA: EE.UU. no abre sus empresas eléctricas y las compras del Departamento del Interior a Canadá hasta que Canadá acepte comprometer sus gobiernos provinciales y locales.*
- ☞ BILATERALES DE MEXICO Los compromisos de acceso de Costa Rica con México son más amplios que los que el primero adquirió con Chile, Panamá y República Dominicana. Costa Rica, Bolivia y Nicaragua incluyen entidades a nivel sub-federal. México no las incorporó.*

El modelo del GPA no es el único posible, sin embargo. Algunos países han suscrito acuerdos muchos más comprehensivos en su cobertura. En este sentido, el bilateral entre Australia y Nueva Zelanda aparece como el paradigma opuesto al del GPA. En la región, los acuerdos suscritos por Chile con República Dominicana y con los países de Centroamérica, así como el de estos últimos con República Dominicana se caracterizan por la amplitud de su cobertura.

⁹ Para una extensa discusión sobre este tema, ver David J. Walker: “A Small Open Economy View”, así como Michael Hart y Pierre Sauvé “Does Size Matter? Canadian Perspectives on the Development of Government Procurement Disciplines in North America” ambos en Bernard Hoekman ob. cit.

Otra excepción es la que tiene que ver con el trato especial y diferenciado. Es interesante notar que la mayoría de los acuerdos específicos al tema de compras no contemplan provisiones sobre trato especial y diferenciado, lo cual no ha impedido que se haya concedido un tratamiento asimétrico, a veces temporalmente, otras permanentemente, a países de menor desarrollo. La excepción es el GPA, cuyo artículo V establece que se podrán negociar excepciones al trato nacional y modificar las listas de compromisos teniendo en cuenta las necesidades de desarrollo.

Algunos ejemplos de trato asimétrico en acuerdos hemisféricos:

- ☞ NAFTA. Reserva Global para México: compras no excederán de \$1 billón anual hasta 31/12/2003.*
- ☞ NAFTA. G-3 Liberalización progresiva por 10 años para las empresas del sector de energía y para los servicios de construcción en el sector no-energético en el NAFTA.*
- ☞ BILATERALES MEX- BOLIVIA Y NICARAGUA Diferenciales de umbrales para Bolivia y Nicaragua por 6 años.*

Asimismo, la inclusión en el GATT de un artículo (XXIV) sobre acuerdos regionales, permitiendo a los miembros otorgar mayores ventajas arancelarias a lo “sustancial del comercio”, representa una desviación del trato NMF. En el marco de los acuerdos de compras, significa la posibilidad de no extender algunas o todas las provisiones del tratado, incluyendo el trato nacional, a aquellos miembros que no forman parte de un esquema regional.

Un aspecto relacionado que ha sido discutido en el contexto hemisférico, es si el trato MFN en el marco regional o subregional, significa conceder de manera automática lo comprometido con terceros. En general, este no ha sido el caso. Por ejemplo,

- ☞ NAFTA EE.UU. no compromete gobiernos estatales, como si lo hace en el GPA y recientemente con Chile.*
- ☞ EE.UU. y Canadá retienen para sí umbrales más bajos que los concedido a México. (\$25.000 en vez de \$50.000).*
- ☞ CENTROAMÉRICA no tiene obligaciones entre sí, pero como bloque ha suscrito acuerdos con otros socios comerciales*
- ☞ G-3. Colombia y Venezuela no les extienden trato nacional concedido a México, a sus socios andinos.*

Resumiendo esta sección, el tratamiento que se otorga a los proveedores, bienes y servicios extranjeros y locales en un acuerdo sobre compras se determina por la combinación de las provisiones referidas a:

- ☞ Trato Nacional*
- ☞ Nación Más favorecida*

- ~~///~~ Trato Especial y Diferenciado
- ~~///~~ Reglas de Origen
- ~~///~~ Denegación de Beneficios

Compromisos específicos, excepciones y acceso a mercados

Cobertura

La cobertura de un acuerdo de compras del sector público define el ámbito de aplicación de las disciplinas comerciales y los compromisos de acceso a mercado. Normalmente, la cobertura se define a partir de los siguientes elementos:

1. Definición de las compras gubernamentales
2. Modalidades de compra / contratación
3. Valor de las compras o contratos
4. Niveles de gobierno y Entidades
5. Bienes y Servicios objeto de la contratación

1. Definición. En general, la mayoría de los acuerdos, como el GPA, NAFTA, los firmados por México con los países del hemisferio y con la UE y los de Chile con EE.UU. y con la UE, han evitado utilizar la definición de compras como un elemento para delimitar la cobertura de los acuerdos. Como se verá a continuación, esta suerte de “zona gris” parece haber sido adoptada con el propósito de limitar la aplicación de las obligaciones de no-discriminación a los elementos de la cobertura claramente identificados por las Partes. Otros, especialmente los suscritos por los países centroamericanos con Chile, Panamá y República Dominicana, utilizan como definición “lo establecido en las legislaciones nacionales”, lo que en general refiere a los montos de compra sujetos a determinados métodos de compras (públicas, selectivas, directas, etc.)

2. Modalidades de compra. La mayoría de los acuerdos incluyen todas las modalidades de compra y alquiler con sin opción a compra, salvo las concesiones. Chile y CA fueron los primeros en el hemisferio que incluyeron específicamente las concesiones. El bilateral entre Chile y EE.UU. también la incluye.

En general, se excluyen las compras indirectas realizadas por entidades públicas, que son las que realizan otros entes con fondos bajo la forma de donaciones, préstamos, subvenciones, incentivos fiscales etc. Igualmente, tiende a excluirse las adquisiciones realizadas con recursos de organismos multilaterales, ya que las entidades están obligadas a aplicar los procedimientos establecidos por dichos organismos.

Igualmente, hay una tendencia a excluir la contratación de servicios prestados “en ejercicio de funciones gubernamentales” tales como seguridad social, pensión o seguro de desempleo, educación, salud (Chile – CA). Además de excluirlos de los artículos sobre el ámbito de aplicación del acuerdo, algunos países los excluyen de los compromisos específicos de acceso a mercados (educación y salud en el caso de Canadá en NAFTA.)

3. Valor de las compras o contratos. Otro elemento que acota la cobertura del acuerdo es el tema de los “umbrales” o el valor de los contratos a los que aplican el trato nacional y los procedimientos de licitación competitiva. Los umbrales son normalmente diferentes según los niveles de gobierno, y el tipo de compra. En el cuadro siguiente pueden observarse los umbrales establecidos en diferentes acuerdos.

Niveles de Gobierno	GPA	NAFTA	G-3	Bilaterales México	Bilaterales Centroamérica
Gobierno					
Bienes	177	50(1)	50	50	Legislación nacional
Servicios	177	50 (1)	50	50	Legislación nacional
Construcción	6800	6500	6500	6500	Legislación nacional
Empresas					
Bienes	545 (2)	250	250	250	Legislación nacional
	GPA	NAFTA	G-3	Bilaterales México	Bilaterales Centroamérica
Sub-central					
Bienes	483			50 (3)	Legislación nacional
Servicios	483			50 (3)	Legislación nacional
Construcción	6800			6500 (3)	Legislación nacional

1) Para EEUU y Canadá el umbral es de \$25.000

2) EEUU aplica un umbral de \$250.000 para las compras de las empresas

3) Válidos para Nicaragua y Bolivia, no para México

Los umbrales han resultado ser un tema contencioso en las negociaciones, por reducir el tamaño del mercado del mercado abierto y especialmente, por no propiciar la participación de pequeñas y medianas empresas en adquisiciones más ajustadas a su tamaño. Para algunos países sin embargo, estipular un umbral evita sufragar los costos administrativos que tiene una licitación pública para montos pequeños. Lo que no se ha determinado con precisión es cuán pequeño es un contrato para la aplicación de un procedimiento competitivo, por lo que el tema queda para la definición entre las partes.

Con el uso cada vez más generalizado del comercio electrónico por los gobiernos (e-government procurement), sin embargo, la respuesta parece ser que ningún monto es muy pequeño. De acuerdo con algunos estudios del Centro de Comercio Internacional “si los gobiernos fueran a adoptar los avances recientes en comercio electrónico, [] cualquier compra de bienes estándar puede ser realizada con procedimientos competitivos, procesadas y pagadas en menos de cinco minutos.”¹⁰ Ello ocurre porque el sistema automatiza buena parte del proceso de compras reduciendo los costos y los tiempos del mismo. A pesar de sus beneficios, los países no han hecho más que mencionar el tema del comercio electrónico en el marco de los acuerdos de compras, e incluso en la actual revisión del GPA que se lleva a cabo en la OMC, las delegaciones tienen dificultades para acordar el tratamiento más correcto de este asunto.

Otro esquema que podría seguirse para superar la traba de los umbrales, es respetar lo que contemplan las legislaciones nacionales para la selección de los métodos de compra. Así, los acuerdos suscritos por Centroamérica, no incluyen umbrales sino que rigen las legislaciones nacionales.

4. Niveles de Gobierno y Entidades Los gobiernos a nivel subcentral o subfederal son grandes compradores de bienes y servicios que también tienen la capacidad de imponer barreras al comercio internacional, de allí la importancia de incluirlos en la cobertura. Sin embargo, no ha sido fácil lograr que los gobiernos centrales asuman compromisos en esta área. En algunos casos existen trabas constitucionales que limitan la capacidad del nivel central de asumir obligaciones sin el consentimiento de los estados o provincias, como ocurre en Canadá y en menor medida en Estados Unidos. Pero en general parece que el problema es más de economía política y refiere de nuevo al esquema del balance en los compromisos de acceso a mercado. Así por ejemplo, la negativa de Canadá de incluir las provincias canadienses en el GPA y en NAFTA tuvo que ver con la negativa de los Estados Unidos a eliminar los programas para la pequeña y mediana empresa.

¹⁰ Paul Holden “SME and Public Procurement, Lowering Transaction Costs to increase participation en “Practical Guide for Assessing and developing Public Procurement to assist SME” . Anexo B. International Trade Center, Version PDF.

Las entidades cubiertas por las obligaciones del acuerdo se establecen en función de los niveles de gobierno que se comprometan, pero también en función de lo que acuerden las Partes. Para algunos acuerdos, lo importante es “el grado de influencia o control sobre las decisiones de compra de la entidad” que tienen los gobiernos (NAFTA, GPA). Los países latinoamericanos en cambio, salvo México, han tendido a usar “lo contenido en las legislaciones nacionales” como criterio para determinar el tipo de entes gubernamentales que podrían quedar sujetos a disciplinas. La discusión sobre el criterio es particularmente relevante para definir que tipo de empresas del Estado,¹¹ u otro tipo de entes autónomos, se incorporan a la cobertura, pero la ambigüedad de los que hasta ahora se ha utilizado hace que el tema de resuelva mediante la negociación entre las Partes. El criterio también es importante si se consideran provisiones para el caso de privatizaciones¹²

La característica común a nivel internacional, es que los tratados cubran un buen número de entidades al nivel central de gobierno. Pero existe una gran diversidad en la cobertura de niveles de gobierno subcentrales y empresas del Estado. A continuación, algunos ejemplos tomados de tratados suscritos en la región

Cobertura de Entidades independientes, proveedoras de servicios públicos y empresas del Estado

- ~~///~~ **CHILE – CENTROAMERICA** Sólo El Salvador.
- ~~///~~ **BILATERALES DE Costa Rica** las incluye con México pero no en sus otros acuerdos.
- ~~///~~ **BILATERALES DE MEXICO** Costa Rica, Bolivia y Nicaragua las incluyen aunque no México.
- ~~///~~ **NAFTA**. EE.UU. y México las incluyen pero no para Canadá.
- ~~///~~ **BILATERALES PANAMA** excluyen las compras de la Autoridad del Canal

Cobertura de Gobiernos Estatales, Departamentales, Municipalidades, y otras formas de gobierno local.

- ~~///~~ **CHILE – CENTROAMERICA** Sólo El Salvador.
- ~~///~~ **BILATERALES DE Costa Rica** Costa Rica las incluye con México pero no en sus otros acuerdos.
- ~~///~~ **BILATERALES DE MEXICO** Bolivia, Costa Rica y Nicaragua las incluyen aunque no México.
- ~~///~~ **NAFTA** se deja a la negociación futura. Condición para dar TN a Canadá en las empresas eléctricas de EEUU y México
- ~~///~~ **Chile-EE.UU.** Chile incluye las gobernaciones regionales y 341 municipalidades. EE.UU. incluye algunos estados (38) y sólo algunas agencias.

¹¹ Cabe recordar que para los miembros de la OMC, las empresas del Estado tienen la obligación de comprar competitivamente y aplicar un trato NMF para la importación de productos “ que no sean para su propio uso, para la reventa o para su uso en la producción de bienes y servicios para la venta” (Art. XVII del GATT).

¹² La privatización se entiende en algunos acuerdos como el acto de eliminar el control o la influencia del gobierno sobre la entidad.

5. Bienes y Servicios. Los bienes y servicios que serán adquiridos por las entidades identificadas en (4), se establecen a través de la negociación entre las Partes. Inicialmente, los acuerdos internacionales cubrían sólo el comercio de bienes, pero desde que los servicios, incluyendo los servicios de construcción, fueron incluidos en el bilateral entre Canadá y EE.UU. y luego en el GPA, forman parte estándar de todos los acuerdos.

En general la cobertura de bienes es bastante más amplia que la de los servicios. En general también, los bienes relativos a la seguridad y defensa nacional, tales como armas, municiones y material de guerra en general no forman parte de la cobertura. Algunos ejemplos de bienes y servicios que los países han excluido de los acuerdos son:

Cobertura de Bienes y Servicios

- ✍ BILATERALES CON MEXICO* Bolivia excluyó los bienes agrícolas adquiridos para programas de apoyo a determinados sectores.
- ✍ G-3*, Venezuela excluyó todos los bienes relacionados con programas sociales, como leche y uniformes y útiles escolares.
- ✍ GPA*, los países excluyeron los servicios postales, de telecomunicaciones, audiovisuales, recreación y turismo (Canadá sí incluyó este último).
- ✍ NAFTA*, Canadá excluyó los bienes de la industria de construcción y reparación de barcos, equipo de transporte urbano y ferrocarriles. Los servicios de transporte están excluidos para todas las partes, así como la investigación y desarrollo y los servicios financieros.
- ✍ BILATERALES DE CHILE* excluyó los servicios financieros, incluso en el negociado con EE.UU.

Excepciones

Para entender la extensión del acceso a mercados alcanzado en un acuerdo sobre compras, es crucial considerar las excepciones. En los acuerdos de libre comercio que han seguido el formato del NAFTA, puede distinguirse entre las excepciones generales al capítulo, las excepciones al ámbito de aplicación y las exclusiones a la cobertura identificadas en las listas de compromisos de los países.

Una cláusula estándar sobre excepciones generales a un capítulo de compras, se refiere a la suspensión del trato no-discriminatorio por razones relativas a la seguridad nacional, a la protección de la moral pública y el orden, de la vida humana, animal y vegetal y de la propiedad intelectual, entre las más importantes. El artículo XX del GATT contiene una provisión en los mismos términos, así como el Art. XXIII del GPA. Países como Chile y los Centroamericanos, decidieron que las excepciones generales aplicables al acuerdo de libre comercio son extensivas al capítulo de compras y por lo tanto éste último carece de una provisión específica sobre excepciones.

Las excepciones al ámbito de aplicación se usan para aquellas adquisiciones que las Partes coinciden en excluir de mutuo acuerdo, por distintas razones. Pueden considerar, por ejemplo, que no corresponde la aplicación de los procedimientos del acuerdo. En general éste ha sido el caso de las operaciones efectuadas indirectamente o con fondos de organismos multilaterales. Sin embargo, ante todo es un tema de negociación; así, Chile logró consenso con Centroamérica para excluir los servicios financieros del ámbito de aplicación del bilateral que suscribieran, pero no con EE.UU. Como resultado, Chile excluyó estos servicios de su lista nacional. Panamá ha podido excluir las compras de la Autoridad del Canal del ámbito de aplicación de los acuerdos suscritos en la región, pero todavía negocia su exclusión de la lista de compromisos nacionales en el GPA.

Las exclusiones negociadas a la cobertura son específicas a cada Parte de un acuerdo y como su nombre lo indica, resultado de las negociaciones. Entre las razones para tener exclusiones negociadas pueden mencionarse el deseo de un país de:

-  Retener el derecho a ejecutar políticas nacionales de protección a sectores, determinados bienes o servicios o de ciertos grupos sociales.
-  Mantener el trato preferencial a los miembros de otros acuerdos regionales o bilaterales.
-  Alcanzar un balance en las negociaciones
-  Otorgar un tratamiento especial a los niveles de desarrollo y tamaño de las economías.

Las exclusiones negociadas a la cobertura aparecen en los anexos al acuerdo. Los países tienen alternativas para su tratamiento. Para mayor claridad a este respecto es conveniente abordar el tema de la presentación de los compromisos, aspecto que será tratado en la próxima sesión.

Presentación de ofertas y de compromisos de acceso a mercados

Las listas son el principal instrumento de negociación en materia de acceso a mercados. Tanto para el caso de las negociaciones para hacerse miembro del GPA, como en las de tratados de libre comercio, se sigue un formato de Oferta-Solicitud, en el cual la presentación de ofertas nacionales da inicio al proceso de negociación. Los países especifican en su oferta tanto las entidades, bienes y servicios que formarán parte de su cobertura como las excepciones. Aquellos que aspiren a un trato especial, deben incorporar en su oferta las excepciones, temporales o permanentes, y cualquier trato asimétrico que deseen. Posteriormente, en el proceso de solicitud de mejora, los países piden a las contrapartes que incorporen a la cobertura las

entidades, bienes o servicios de su interés. También responden a los requerimientos de las otras partes en la negociación, presentando ofertas “mejoradas”.

Se utilizan dos formatos básicos, o listas, para la presentación de ofertas. Las listas pueden ser positivas o negativas y son individuales para entidades, bienes y para servicios. En las listas positivas los países sólo adquieren compromisos sobre lo que está listado y por eso se dice que tienen un carácter restrictivo. En cambio, en una lista negativa los países adquieren compromisos sobre TODO el universo [de entidades, bienes ó servicios] y sólo lo que está listado queda exceptuado. Para algunos países, las listas positivas dan mayor transparencia a los compromisos adquiridos, pero a ciertos países se les ha dificultado lograr que sus socios incluyan las entidades, bienes y servicios de su interés. A pesar de ello, las listas negativas deben ser trabajadas con cuidado, ya que un país podría estar dando concesiones en un área sin estar totalmente conscientes de ello.

La exclusión de una entidad de la cobertura significa que el país retiene el derecho a adelantar los procesos de compras de esa entidad conforme a procesos discriminatorios. Sin embargo, un país puede decidir excluir a una entidad de la cobertura, aún cuando en la actualidad sus compras sean hechas por procesos competitivos y sin favorecer a nacionales. En este caso, el país retiene un margen de maniobra, la posibilidad de imponer en el futuro políticas discriminatorias que obliguen a la entidad a comprar “nacional”. Lo mismo se aplica con relación a bienes y servicios.

Ejemplo de lista positiva de entidades

NAFTA

Anexo 1001.1a-1: Entidades del Gobierno Federal Lista de Canadá

Departamento de Agricultura

2. Departamento de Comunicaciones

3. Departamento del Consumidor y Asuntos Corporativos

4. Departamento de Empleo e Inmigración

5. Inmigración y Junta del Refugiado

(continúa)

Ejemplo de lista negativa de entidades

☞ Chile – Centroamérica

Artículo 16.01 Definiciones Para efectos de este Capítulo, se entenderá por: Entidades: todas las entidades públicas de las Partes, [salvo aquéllas señaladas en el Anexo 16.01;](#)
ANEXO 16.01

ENTIDADES

Lista de Chile

- : Contraloría General de la República;*
 - b) Banco Central;*
 - c) Fuerzas Armadas;*
 - d) Fuerzas de Orden y Seguridad Pública;*
 - e) Municipalidades;*
 - f) Consejo Nacional de Televisión;*
- (continúa)*

Las listas se incorporan al cuerpo de un acuerdo como anexos al mismo y constituyen el formato en el que se presentan los compromisos de acceso a mercados de un país. Dependiendo de lo negociado, también se incorporan anexos sobre umbrales y sobre exclusiones a la cobertura.

Exclusiones

Que una entidad esté listada, en cualquiera de los formatos, no significa que *todas* sus adquisiciones estén liberalizadas o excluidas. Pueden exceptuarse montos o porcentajes de las compras globales, reservar parte de ellas para ciertos grupos, o permitir la compra de ciertos bienes o servicios de forma discriminatoria. Adicionalmente, los bienes y servicios se listan bajo sistemas de clasificación, que tienden a agrupar varios productos en un mismo código. Los países pueden requerir exceptuar partes de un código. Para ello se usan las clarificaciones y las calificaciones a los listados de las entidades, de los bienes o de los servicios.

Exclusiones a la cobertura mediante exclusiones / clarificaciones

☞ NAFTA

Anexo 1001.2b. Servicios

Lista de Canadá

B Estudios y análisis - no investigación y desarrollo

B002 Estudios Animales y Pesqueros B003 Estudios sobre Zonas para Pastoreo / llanos

B507 Estudios Legales ([excepto Servicios de Asesoría en Legislación Extranjera](#))

B503 Estudios Médicos y de Salud

B400 Estudios Aeronáuticos / espaciales

~~NAFTA~~

Anexo 1001.1a-1: Entidades del Gobierno Federal
Lista de Estados Unidos

Departamento del Interior, incluyendo el Bureau of Reclamation (Para bienes de Canadá, proveedores de tales bienes, y proveedores de servicios de Canadá, este capítulo se aplicará a las compras realizadas por el Bureau of Reclamation del Department of the Interior a partir del momento en que este capítulo se aplique a las compras efectuadas por las plantas hidroeléctricas de las provincias canadienses, excluyendo las plantas locales.)

Department of Energy (No incluye las compras por seguridad nacional realizadas en apoyo a salvaguardar materiales o tecnología nucleares y que se celebren bajo la autoridad de la Atomic Energy Act y las compras de petróleo relativas a la Strategic Petroleum Reserve.)

Adicionalmente, las exclusiones de carácter horizontal o para programas específicos, tienden a listarse en anexos adicionales, aún si ya se han hecho clarificaciones a los otros listados. Bajo la forma de reservas o notas generales, se han exceptuado los programas para la pequeña y mediana empresas, los programas sociales y los de soporte agrícola y ayuda alimentaria. Las medidas que concretan un trato diferenciado para una de las Partes o cualquier otra medida también han quedado reflejadas de esta manera.

Exclusiones a la cobertura mediante reservas / notas generales

~~G-3~~

Anexo 7 al artículo 15-02: Reservas

No obstante cualquier otra disposición de este capítulo, los anexos 1 al 5 del artículo 15-02 están sujetos a lo siguiente:

Lista de Colombia:

Reservas transitorias

1. Colombia podrá reservar de las obligaciones de este capítulo, para los años y en los porcentajes descritos en el párrafo 2: ...

[]

2. Los años y los porcentajes a que se refiere el párrafo 1, son los siguientes:

1995	1996	1997	1998	1999
50%	45%	45%	40%	40%
2000	2001	2002	2003	2004 en adelante
35%	35%	30%	30%	0%

✍ G-3

Anexo 7 al artículo 15-02:
Lista de Venezuela

Reservas

No obstante cualquier otra disposición de este capítulo, los anexos 1 al 5 del artículo 15-02 están sujetos a lo siguiente

30. Este capítulo no se aplica a las compras efectuadas con relación a los programas sociales (tales como "Beca Láctea", "Beca Alimentaria", "Bono de Cereales", "Útiles y Uniformes Escolares", "Hogares de Cuidado Diario", "Programa Alimentario Materno-Infantil"), realizados por los Ministerios de Educación, Familia y Sanidad, son dirigidos a la atención de la educación, salud y alimentación.

✍ NAFTA

Anexo 1001.2b: Notas generales
Lista de Canadá

1. Este capítulo no se aplica a las compras relativas a: ... (d) reservas para pequeñas empresas y empresas de minorías; ... (f) las compras de bienes agrícolas adquiridos para programas de apoyo a la agricultura o para la alimentación humana.

Annex 1001.2b: Notas generales
Lista de México

6.. No obstante otras disposiciones de este capítulo, una entidad podrá imponer un requisito de contenido local de no más de: 40 por ciento para proyectos "llave en mano" o proyectos integrados mayores, intensivos en mano de obra; o (b) 25 por ciento para proyectos "llave en mano" o proyectos integrados mayores, intensivos en capital.

Conclusiones

La importancia de las negociaciones sobre acceso mercados en el área de la contratación pública no puede subestimarse. Además de las ganancias en eficiencia a nivel doméstico, el incentivo de asegurar mayores oportunidades en otros mercados para las empresas locales es una de las razones para aceptar disciplinas internacionales en esta área.

Sin embargo, la libertad de usar el poder de compra del estado con fines de desarrollo económico y social o por motivos extra-económicos, es un incentivo poderoso para limitar el acceso al mercado de los extranjeros. Por ello, salvo en el caso del bilateral entre Australia y Nueva Zelanda y algunos pocos ejemplos en la región, los acuerdos de compras han seguido el modelo del plurilateral de la OMC (GPA), que aplica los principios de no-discriminación dentro de un ámbito limitado. Contrariamente a lo que muchos piensan, en la práctica y aún en el marco de tratados de libre comercio, los gobiernos retienen una

porción, a veces sustancial, del mercado, donde pueden tratar más favorablemente a los proveedores, bienes y servicios domésticos y discriminar entre ellos dependiendo de su origen. El resultado es que los acuerdos de compras son complejos, especialmente cuando se trata de negociar y evaluar los compromisos de apertura que un país adquiere al suscribirlo. En este documento, se ha tratado de clarificar varios de los temas que podrían tenerse en consideración a la hora de negociar, poniendo de relieve la conexión que existe entre los principios de no-discriminación, algunas provisiones contenidas en el texto del acuerdo y, sobre todo, la negociación de los anexos o listas de compromisos. En este sentido, cabe resumir lo más importante:

El ámbito de aplicación del acuerdo se define en función de la cobertura negociada entre las Partes. Por lo tanto, el compromiso de no-discriminación aplica a una compra específica si y sólo si concurren varios elementos:

- ~~///~~ La modalidad de compra no está excluida del ámbito de aplicación del acuerdo.
- ~~///~~ La entidad compradora está incluida / excluida de la lista del país.
- ~~///~~ El valor de la compra es igual o superior al umbral especificado en el acuerdo.
- ~~///~~ El objeto de la compra, bien, servicio / servicios de construcción, está incluido / excluido de la lista del país.
- ~~///~~ No se realizaron clarificaciones, calificaciones o reservas que afecten los listados de las entidades, ni de los bienes o de los servicios.
- ~~///~~ La entidad no está obligada a cumplir con programas especiales incluidos en la lista de excepciones del país.

Los anexos contienen los compromisos de acceso a mercado de cada parte. Entre los anexos se encuentran las listas nacionales de entidades, bienes y servicios. Las listas, que pueden ser positivas o negativas, son utilizadas para intercambiar ofertas en la negociación y una vez aceptadas se incorporan como parte del cuerpo del acuerdo.

En las listas positivas los países sólo adquieren compromisos sobre lo que está listado. En cambio, en una lista negativa los países adquieren compromisos sobre TODO el universo y sólo lo que está listado queda exceptuado. La escogencia del formato no es irrelevante a los efectos de la negociación: las listas positivas presentan dificultades para los países de poco poder de mercado, dada la dificultad en convencer a sus socios de incluir los elementos de mayor interés. Sin embargo, las listas negativas, por su carácter

incluyente, podrían no ser las más convenientes para los países que desean mantener un amplio margen de maniobra para la aplicación de políticas nacionales.

Los umbrales negociados suelen trasladarse a un anexo, junto con la fórmula de actualización del valor de acuerdo a la inflación. La escogencia de los umbrales impacta el tamaño del mercado abierto a la competencia, pero también los costos de transacción que el acuerdo impone a los miembros, especialmente si las licitaciones públicas se aceptan como el método de compra preferente. Mientras más bajos, o inexistentes los umbrales, mayores serán las posibilidades de proveedores de países pequeños en otros mercados, pero mayores los costos administrativos para sus propias entidades. La solución de este dilema probablemente implicará incorporará a las negociaciones los avances en el tema del gobierno electrónico. También sería apropiado discutir en mayor profundidad la conveniencia de respetar los umbrales establecidos en las respectivas legislaciones nacionales para los distintos métodos de compra.

En las negociaciones se acepta como válido que un país acuerde con sus socios excepciones en cuanto a la aplicación de políticas nacionales para favorecer a proveedores o sectores específicos, las cuales se reflejan en los anexos de varias formas. Las más corrientes son las clarificaciones o calificaciones a las listas de entidades, bienes o servicios. Otra fórmula es listar las exclusiones en un anexo aparte, comúnmente utilizados para programas como los de la pequeña y mediana empresa o los programas sociales. Obviamente, la amplitud de las excepciones de cada país es un tema sujeto a negociación entre las Partes.

La importancia de las provisiones en materia de Nación Más Favorecida (NMF) es precisar a quien aplican los beneficios de un acuerdo, especialmente el trato nacional. En este sentido tienen mucha importancia cláusulas relacionadas, como la “denegación de beneficios” y sobre todo lo que se negocia en materia de servicios, pues las regulaciones en esta materia podrían nulificar cualquier concesión en el área de compras. Pero las listas son muy importantes, ya que en ellas se concreta las modalidades que adopten las excepciones a la aplicación del principio de no-discriminación por origen. Estas son las que tienen que ver con trato especial y diferenciado, preservación de compromisos adquiridos en acuerdos subregionales y la multilateralización de las concesiones negociadas.

En los acuerdos de compra, con la excepción del artículo V del GPA del GATT / OMC, no se encuentran provisiones especiales para el trato especial y diferenciado. Eso no ha sido obstáculo para que las partes hayan concedido un tratamiento más ventajoso a socios de menor desarrollo, en la forma de una liberalización progresiva de las compras de entidades importantes, la reserva permanente de una porción

de las compras de ciertas entidades, o mayor flexibilidad en el uso de ciertos métodos de compra, entre otras. Estas ventajas también se reflejan en los anexos al acuerdo. Tanto para el caso de las negociaciones para hacerse miembro del GPA, como en las de tratados de libre comercio, los países que aspiren a un trato especial deben incorporar en su propia oferta las excepciones, temporales o permanentes, que deseen. Igualmente en el proceso de solicitud de mejora de las ofertas, deberán solicitar que las contrapartes incorporen a la cobertura las entidades, bienes o servicios de su interés.

Los acuerdos sobre compras se han negociado sobre la base de obtener reciprocidad en los beneficios intercambiados. Esto es tradicional en el ámbito comercial, donde los países van a la mesa para “dar lo que reciben” en las negociaciones. Sin embargo, si se aplica el trato NMF, cualquier ventaja acordada por un socio debería “automática e incondicionalmente” ser extendida a los otros, independientemente del tamaño del mercado. La excepción temporal a este principio sería un período de transición al libre comercio, al cabo del cual las ventajas deberían multilateralizarse. En el acuerdo sobre servicios del GATS, el plazo era de diez años. Contrariamente, en la mayoría de los acuerdos que siguen el modelo del GPA, incluyendo los capítulos de tratados de libre comercio, la excepción a esta regla es permanente, limitando la apertura del mercado y sobre todo, las oportunidades para los países de bajo poder de mercado.

Bibliografía

Blank Annet y Marceau Gabrielle “ La Historia de las negociaciones sobre Compras Gubernamentales desde 1945” en Bernard M. Hoekman and Petros C. Mavroidis, eds. “Law and Policy in Public Purchasing: the WTO Agreement on Government Procurement, Ann Arbor; University of Michigan Press, 1997.

David J. Walker: “A Small Open Economy View” en Bernard M. Hoekman and Petros C. Mavroidis, eds. “Law and Policy in Public Purchasing: the WTO Agreement on Government Procurement, Ann Arbor; University of Michigan Press, 1997.

Evennet Simon ‘ Multilateral Disciplines and Public Purchasing ’ en Bernard M. Hoekman, Philip English and Aaditya Mattoo “Development, Trade and the WTO Part VI. Version PDF. www.worldbank.org.

Michael Hart y Pierre Sauvé “Does Size Matter? Canadian Perspectives on the Development of Government Procurement Disciplines in North America” en Bernard M. Hoekman and Petros C. Mavroidis, eds. “Law and Policy in Public Purchasing: the WTO Agreement on Government Procurement, Ann Arbor; University of Michigan Press, 1997.

Low Patrick “Government Procurement in Services” World Competition. September 1996

Paul Holden “SME and Public Procurement, Lowering Transaction Costs to Increase Participation en “Practical Guide for Assessing and Developing Public Procurement to assist SME . Anexo B. International Trade Centre. Versión PDF. www.intracen.org.

Capítulo IX del Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos. Texto en cotejo lingüístico, sujeto a revisión legal.

Acuerdo sobre Contratación Pública. WTO. Versión pdf. www.wto.org

Capítulos de Compras del Sector Público en los Acuerdos de Libre Comercio entre:

América Central – Chile

América Central – Panamá

América Central – República Dominicana

México – Bolivia

México – Costa Rica

México – Colombia – Venezuela (Grupo de Los Tres)

México – Nicaragua

México - El Salvador, Guatemala, Honduras

Versiones electrónicas. www.aos.sice.org.