



UNSAM
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE
SAN MARTÍN

***“COMPRAS PÚBLICAS EN SUDAMÉRICA:
¿HAY ESPACIO PARA LA CONVERGENCIA DE LOS ACUERDOS?”***

Red Mercosur de Investigaciones Económicas

*Investigadores:
Julio Berlinski
Natalia Ferreira Coimbra
Juan Labraga
Marcel Vaillant*

Programa ICT4GP

Documento de Trabajo N° 08

Buenos Aires, Noviembre de 2011

	Contenidos	
RESUMEN EJECUTIVO.....		3
1. INTRODUCCION.....		6
2. ACUERDOS DE COMPRAS PÚBLICAS		7
2.1 Economía simple de los acuerdos de compras públicas		7
2.2 Acuerdos de Compras Públicas en las Américas: selección de acuerdos.....		10
3. CONSTRUCCIÓN Y ANALISIS DE BASES DE DATOS.....		12
3.1 Identificación de las disposiciones de los textos de los ACP seleccionados		12
3.2 Codificación de variables que caracterizan un ACP. Construcción de una tipología.....		16
4. ACUERDO DE COMPRAS PLURILATERAL DE LA OMC.....		27
4.1 Características generales		27
4.2 Trato especial y diferenciado para los países en desarrollo		32
4.3 Acuerdos de CP Plurilateral OMC y APC regionales		33
5. ESPACIO DE POLÍTICAS DOMÉSTICAS: CASO MIPyMEs.....		36
5.1 Normativa nacional de compras públicas.....		36
5.2 Disciplinas en los Acuerdos de Contrataciones Públicas y Normativa Nacional vigente.....		40
5.3 Espacio para desarrollar políticas de fomento a las MIPyMEs nacionales		41
6. CONVERGENCIA DE LOS ACP.....		42
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS		
ANEXO A- BASE DE DATOS SOBRE ACUERDOS SELECCIONADOS EN SUDAMERICA		
ANEXO B- LEGISLACIÓN DOMÉSTICA EN COMPRAS PÚBLICAS		

Resumen ejecutivo

El documento se organizó en la introducción y cinco secciones. En la segunda sección se ubican los acuerdos de compras públicas en una dimensión conceptual e informativa. Luego, en la tercera sección, se hizo una revisión de los acuerdos de compras para los países del continente con el propósito de establecer un foco de interés sobre los acuerdos de los países de Sudamérica. Con estos antecedentes se seleccionó la canasta de cuatro acuerdos preferenciales que fueron estudiados en profundidad. En primer lugar se organizó el contenido de los acuerdos en una matriz común, luego se codificó cada dimensión para establecer una tipología de los acuerdos seleccionados. La cuarta sección presenta el acuerdo de compras públicas de la OMC (GPA), destacándose el Tratamiento Especial y Diferenciado a los Países en Desarrollo. La quinta sección se especializa en analizar el espacio para las políticas domésticas en el caso de las compras públicas y el desarrollo de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (MIPyMEs). La última sección se focalizó en un proceso de convergencia gradual de los acuerdos de compras públicas a escala de los países sudamericanos.

La comparación de las normas legales de los Acuerdos de Compras públicas de Uruguay-Chile, Colombia-Chile, Perú-USA, Chile-UE, con las correspondientes al Acuerdo Plurilateral de Compras públicas de la OMC, supone que la implementación de los mismos no afecta el espíritu de las normas. Como el GPA es un acuerdo de adhesión voluntaria, la comparación con los acuerdos bilaterales (regionales), también de adhesión voluntaria, podría resultar en una comparación razonable de la normativa. Sin embargo, cabe considerar el posible sesgo de agregación del paralelo realizado, dado que no se incorpora a través de índices cuantitativos la diferencia regulatoria y de cobertura (Entidades, Bienes/Servicios, Umbrales), que surge del detalle de los anexos correspondientes.

Respecto del “Principio de no discriminación” (Trato nacional y NMF), éste es similar tanto en el acuerdo plurilateral (GPA), como en los Acuerdos Comerciales Preferenciales (ACPs) analizados. Tampoco difieren entre el GPA y los de la UE y del NAFTA respectivamente. La similitud del enfoque de las “Reglas de procedimiento relacionadas con la Transparencia del proceso” entre los acuerdos bilaterales y el mayor detalle de las mismas en el GPA, sugiere la existencia de un nivel de procedimientos más restrictivos del GPA, comparado con acuerdos que algunos signatarios (USA y UE) parecen haber flexibilizado en sus acuerdos bilaterales. Por su parte, el presente status normativo del “Trato especial y diferenciado para los países en desarrollo” introducido en el GPA, requiere a los Países en Desarrollo negociar dicho trato especial tanto en el proceso de adhesión al GPA, como posteriormente solicitando la concesión de exenciones al Comité de Contratación Pública, luego que la adhesión este vigente, o en rondas futuras.

Cuando se consideran la totalidad de las reglas y disciplinas que conforman los textos de los acuerdos, se encuentra que el Acuerdo entre Chile y Uruguay es el más abierto. En el extremo opuesto se encuentran el acuerdo de Chile con la UE y el plurilateral de la OMC. El análisis por tipo de cláusula muestra que en las disciplinas que se refieren al alcance y cobertura de los acuerdos, el acuerdo entre Chile y Uruguay es

el más abierto, en tanto que el acuerdo entre Perú y Estados Unidos es el que menor grado de apertura presenta, verificándose el mayor rango de dispersión entre los acuerdos. En lo que refiere a la transparencia, Colombia y Chile presentan el mayor grado de apertura, en tanto Chile con la UE y el ACP plurilateral están en el extremo opuesto. Por último, en materia de disposiciones institucionales de aplicación, nuevamente Chile con la UE y el acuerdo OMC son los más cerrados. Resulta llamativo observar que la distribución del grado de apertura promedio según tipo de cláusula es idéntico en el caso de Chile-UE y el ACP de la OMC, esto podría ser resultado del peso negociador que la UE tiene como Parte en ambos acuerdos.

La comparación de los acuerdos, indicaría que, a nivel de los compromisos específicos, los acuerdos entre Chile y Uruguay por un lado, y Chile con la UE, por el otro, son los más generosos. Sin embargo, hay que considerar que Uruguay mantiene un margen de protección muy fuerte concentrado en la reserva del 15% del valor de sus compras. Esto podría, en algún sentido equilibrarse con el hecho de que Uruguay es el único país en los acuerdos analizados que ofrece sus empresas públicas comerciales. Cuando se considera el acuerdo entre Chile y Colombia, se ratifica lo que se observaba a nivel de los textos: al menos respecto a Chile, Colombia parece ser más “cerrado” que Uruguay. En el caso de los compromisos específicos esta diferencia parece acentuarse.

En Perú, la protección parece ser muy fuerte, pero hay que considerar que puede haber un sesgo de selección asociado al hecho de que analizamos únicamente su acuerdo con Estados Unidos, en donde éste último impone fuertes restricciones en distintos niveles de gobierno, y el resultado de esta negociación puede haber respondido a consideraciones de reciprocidad. La UE y Estados Unidos son, por otra parte, los países que parecen tener más desarrollada su batería de protección doméstica en materia de compras públicas. La primera ha logrado llevar gran parte de sus necesidades de protección a las disposiciones de los textos (se observa tanto en el acuerdo con Chile como en el plurilateral de la OMC), en tanto que el segundo, la concentra en los anexos, gran parte bajo la forma de programas específicos. Por último, Chile claramente es el país más abierto en los acuerdos, pero también lo es fuera de los mismos. Si se piensa en términos de lo que un país está abriendo su mercado de compras cuando firma un acuerdo, la apertura unilateral de Chile es, probablemente, el país que menos concesiones ha hecho en esta materia.

Para entender los incentivos de cada parte a suscribir acuerdos recíprocos en compras públicas, es necesario conocer la orientación de la política doméstica en esta materia. Por ello, en el estudio del espacio de las políticas domésticas se amplió el conjunto de países a 9 (todos los de la ALADI menos Cuba, Ecuador y Paraguay). Lo cual permitió diferenciar cuatro grupos de países según la cantidad de instrumentos aplicados para fomentar la industria nacional y las MIPyMEs en particular. Un grupo de países integrado por Argentina, Brasil, México y Venezuela utilizan gran cantidad de instrumentos, en lo que respecta al fomento a la industria nacional y al apoyo de las MIPyMEs, que discriminan entre el proveedor nacional y el extranjero. A su vez, dentro de este primer grupo de países, hay que destacar que en México el trato discriminatorio no comprende a las ofertas cubiertas por Acuerdos de Contratación Pública en los que participa el país. Brasil, por su parte, estableció en 2010 que la preferencia a los bienes

y servicios nacionales puede ser extendida total o parcialmente a los bienes y servicios originarios del MERCOSUR, sin embargo, no hay ninguna norma que extienda efectivamente este trato a dichos países.

Un segundo grupo de países está integrado por Bolivia, Colombia y Uruguay quienes aplican un grupo acotado de instrumentos, en lo que respecta al fomento a la industria nacional y al apoyo a las MIPyMEs, pero que no aluden a formatos generales de contratación que excluyen ex-ante la participación del extranjero. El tercer grupo estaría integrado únicamente por Perú que no utiliza medidas horizontales de apoyo a la industria nacional pero sí gran cantidad de medidas de apoyo de las MIPyMEs, en estas medidas no se especifican sectores o programas, por lo que deja un margen de acción bastante abierto. Finalmente, Chile no utiliza las compras públicas como instrumento de política industrial.

Parece claro que la normativa doméstica en materia de compras públicas en Sud América es heterogénea y va desde una utilización plena de las compras públicas como herramienta de fomento a la industria nacional, con una gran discrecionalidad disponible en la redacción de los pliegos para la aplicación de tal discriminación (Venezuela), hasta la no utilización de este instrumento con fines de promoción industrial (Chile). Entre estos dos países, y con una amplia y heterogénea gama de matices, se encuentra el resto de los países analizados. Sin embargo, el espacio de la convergencia es reducido dado que los acuerdos son pocos, pero el protagonismo que ha tenido Chile, indica que ha generado una matriz que podría ser utilizada como base de tal acuerdo.

1. INTRODUCCIÓN

El Estado es el mayor comprador de bienes y servicios en la economía nacional. Esto lo enfrenta al dilema de tener que optar entre la eficiencia económica, por un lado, y el estímulo a determinados sectores productivos domésticos, por el otro. La opción por la eficiencia económica se justifica tanto por razones de buena administración como por la posterior rendición de cuentas frente a los contribuyentes. Por otra parte, el generar una demanda para determinados bienes y servicios nacionales -que quizás en otro caso fuera inexistente-, puede crear las condiciones necesarias para el desarrollo de determinados sectores productivos nacionales e incluso ser un factor determinante para la localización de determinadas empresas en el país (Brulhart y Trionffetti 2001). Un análisis de la normativa vigente en materia de compras públicas en cada país de América Latina y el Caribe revela la forma en que cada país ha resuelto el dilema entre eficiencia en la compra y estímulo a los sectores productivos nacionales.

Este trabajo se propone, en primer lugar, determinar las características de los formatos seleccionados de acuerdos bilaterales o regionales de compras públicas suscritos por países de Sudamérica, a los efectos de determinar los márgenes de flexibilidad para la aplicación de políticas preferenciales en sectores estratégicos, sin perder las ganancias derivadas de la liberalización de las compras públicas en otros sectores. En segundo lugar, realizar un análisis prospectivo sobre los acuerdos de compras públicas en escenarios alternativos de integración regional. Estos objetivos generales se expresan en tres objetivos específicos.

El primer objetivo específico consiste en determinar los formatos y características de los ACP suscritos por países de Sudamérica. El segundo objetivo específico consiste en evaluar la dimensión futura del proceso de integración en términos de dos escenarios alternativos que se pueden presentar como sustitutos o complementarios. Por un lado, las posibilidades de convergencia de un conjunto de acuerdos en Sudamérica (convergencia de la liberalización y reglas regionales de compras gubernamentales en un espacio regional mayor), y, por el otro, la dispersión asociada a una estrategia de integración distinta con socios extraregionales (EEUU, Unión Europea). El tercer objetivo específico es el de analizar el impacto que tienen los acuerdos de compras gubernamentales en las políticas de fomento a la industria nacional, en particular, en lo relativo al uso de las compras públicas como fomento de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (MIPyMEs). En este sentido, se buscará responder a la pregunta de si es posible preservar cierto margen de acción y, en caso de que así fuera, cual sería la forma que debiera adoptar. En particular, interesa estudiar el tratamiento dado a los programas de MIPyMEs en un contexto dinámico en donde la apertura de los mercados de compras públicas planteada en los acuerdos permite mejorar la legislación doméstica y, al mismo tiempo, focalizar la política de fomento

El trabajo se organizó en esta **introducción** y cinco secciones más. En la **segunda sección** se ubican los acuerdos de compras públicas en una dimensión conceptual y otra informativa. Se expone la economía simple de las compras públicas y cuales son sus efectos fundamentales. Luego se hace una revisión de los acuerdos de compras para los países del continente con el propósito de establecer un contexto al foco de interés de este trabajo que son los acuerdos de los países de Sudamérica. Con estos antecedentes se selecciona la canasta de cuatro acuerdos preferenciales que serán estudiados en profundidad. En la **tercera sección** se presenta la construcción de la base de datos sobre los acuerdos preferenciales seleccionados. En primer lugar se organiza la información primaria del contenido de los acuerdos en una matriz común (conjuntos de dimensiones fundamentales). Luego se codifica cada dimensión con el propósito de establecer una tipología de los acuerdos seleccionados. Por último se presenta un conjunto de indicadores económicos básicos que establecen la jerarquía que tiene este tema dentro del conjunto de países seleccionados. La **cuarta sección** presenta el acuerdo de compras públicas de la OMC y está dividida en tres sub secciones. En la primera se presentan las características fundamentales (umbrales, discriminación, reglas de origen, procedimientos). En la segunda sub sección se desarrolla el tema de trato especial y diferenciado al interior del acuerdo, y se analiza por qué los países en desarrollo, y en particular los países de la región, no participan de este acuerdo. La tercera sub sección, desarrolla una comparación entre el acuerdo plurilateral y los acuerdos bilaterales seleccionados. La **quinta sección** se especializa en el análisis del espacio para las políticas domésticas en el caso de las compras públicas y el desarrollo de las MIPyMEs. La **sexta** y última **sección** concluye focalizándose en las alternativas de un proceso de convergencia gradual en los acuerdos de compras públicas a escala de los países sudamericanos.

2. ACUERDOS DE COMPRAS PÚBLICAS

2.1 Economía simple de los acuerdos de compras públicas

El crecimiento gradual en las disciplinas internacionales dentro del ámbito de las compras públicas responde a un proceso más general. La actividad económica que se comercia internacionalmente se amplía y además se reducen los instrumentos de discriminación comercial aplicados en la frontera (liberalizaciones multilaterales y preferenciales de instrumentos arancelarios y no arancelarios). Ambos factores explican por que es creciente el interés por ampliar las disciplinas comerciales de no discriminación entre proveedores (origen doméstico versus resto del mundo) dentro de las fronteras. Es así que numerosos acuerdos internacionales incorporan crecientemente la regla del trato nacional a muchas políticas de carácter doméstico pero con amplias posibilidades de discriminación. Uno de los casos emblemáticos está referido a las compras públicas¹.

El gran atractivo de los mercados de compras públicas radica en que el Estado es el principal comprador de bienes y servicios de un país². Una proporción del gasto agregado en la economía es realizada por un actor particular (el gobierno) que puede tener reglas discriminatorias para comprar³. Dado el tamaño del Sector Público, sus decisiones sobre qué, cuánto y a quiénes comprar los bienes y servicios que requiere para cumplir sus funciones, constituyen un elemento vital para el fomento y desarrollo de empresas en nuevos sectores productivos o en sectores productivos pre-existentes.

Cuadro 2.1

Discriminación y reglas

Proveedor de referencia	Discriminación con Proveedor del:	Lugar de la discriminación/Tipo	Regla que elimina la discriminación
Doméstico	Extranjero	Frontera	Libre comercio
		Dentro	Trato Nacional
Extranjero	Extranjero	Frontera	Nación más Favorecida
		Dentro	Nación más Favorecida

Fuente: Elaboración propia.

En el caso de las compras públicas es importante explicitar cuál es el objetivo que las mismas persiguen. Podría ser, establecer los mecanismos que permitan seleccionar a los mejores proveedores y generar eficiencia en la asignación del gasto público. Sin embargo, este objetivo puede estar en conflicto con otro que tenga como propósito sostener el nivel de actividad y empleo en un cierto sector y/o que busque defender a algún tipo particular de actor económico. También las compras públicas pueden ser una forma de alcanzar una cierta masa crítica en un determinado sector que tenga interés por ejemplo por las opciones de innovación y desarrollo tecnológico asociado al mismo. La forma en que están

¹ En este trabajo se hará uso de una definición inclusiva del término compras públicas abarcando toda la actividad económica, es decir, toda modalidad de contratación por parte de cualquier entidad pública.

² Mackay y Robert (2001) estiman las compras anuales del sector público en 180 mil millones (MM) de dólares en EEUU, 20 MM en Brasil, 11 MM en México, 4 MM en Chile, y 3 MM en Uruguay.

³ Según estimaciones citadas por Ulloa (2006) las CP representan el 10% producto mundial o 80% del comercio mundial.

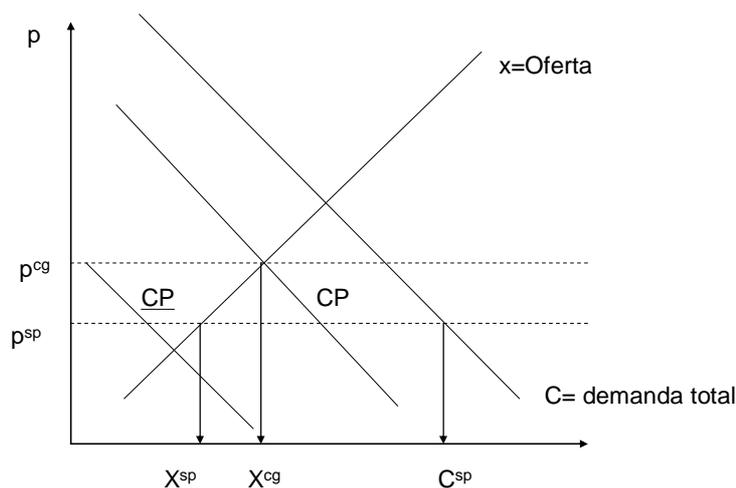
combinados estos objetivos establecerá el diseño particular que una cierta política de compras públicas adopta.

En el Cuadro 2.1 se realiza una clasificación del origen de la discriminación y de la regla que la elimina. El caso más corriente en Acuerdos de Compras Públicas corresponde al del proveedor doméstico discriminando al proveedor extranjero.

En el plano internacional, de la misma forma que un país busca tener las mejores condiciones de acceso al mercado del otro socio comercial, buscará también no ser discriminado por las compras públicas que se realicen en este país. A cambio de ello deberá estar dispuesto a no discriminar al proveedor del país con el cual establece un acuerdo de compras. Este es el fundamento que tienen los capítulos de compras públicas insertos dentro de los tratados de libre comercio.

Cuando existe una gran asimetría entre los tamaños de mercado de los países que hacen el acuerdo, la reducción o eliminación de la discriminación debería tener un efecto mayor sobre la economía que es más pequeña. Sin embargo, puede ser que exista un efecto de escala que reduzca, o incluso anule, esta mejora. Si un país grande hace un acuerdo de compras con un país muy pequeño, es muy factible que los proveedores del país pequeño no alcancen nunca a cubrir el tamaño mínimo de las compras del grande y que en este sentido no implique ninguna presión competitiva adicional. Pero lo contrario no es cierto. Cuando se suscribe un acuerdo de compras públicas el país grande genera la presión competitiva de forma inmediata en el país pequeño sobre aquellos proveedores eventualmente beneficiados. Este problema de asimetría de tamaño puede verse aún acentuado cuando las entidades gubernamentales que se incluyen dentro de la disciplina del Trato Nacional son las entidades del gobierno central y no se incluyen los niveles subcentrales y locales⁴.

Gráfico 2.1
Efecto de las compras del gobierno sobre precios, consumo, producción y comercio



En el gráfico 2.1 se presenta un esquema simple de equilibrio parcial para representar el efecto de la utilización de las compras públicas como mecanismo de protección de la industria local. Este mecanismo puede tener diferentes modalidades que se traducen en una preferencia en la compra de productos nacionales. Hay dos casos diferentes que se determinan en función del tamaño de las compras públicas:

⁴ Los niveles de los umbrales en los que a las compras se les aplica la regla de trato nacional pueden exacerbar aún más este efecto (ver sección 3).

- i. CP reducidas (\underline{CP}), es decir no alcanzan a cubrir ($\underline{CP}(p^{SP}) < X(p^{SP})$) la producción doméstica al precio bajo (precio sin preferencia p^{SP}).
- ii. CP grandes, es decir se cumple que $CP(p^{SP}) > X(p^{SP})$.

En el primer caso, donde CP no cubre a la producción doméstica, entonces no hay un efecto de la preferencia a comprar doméstico. En el segundo caso, cuando las CP sí cubren la producción doméstica, entonces el efecto es similar a un subsidio a la producción (suben los precios a la producción pero no se modifica el precio al consumo privado)⁵. El nivel de distorsión que implica es menor que un arancel a las importaciones dado que no se verifica una distorsión en el consumo privado.

Según datos de la OCDE los países miembros de este acuerdo establecen niveles de preferencia de entre 13% y 50% en sus políticas domésticas de compras públicas.

Si es posible identificar un efecto de país grande, la política de compras públicas puede abaratar el precio de las importaciones al restringir la demanda del bien que se compra al resto del mundo. En mercados no competitivos pueden contabilizarse efectos estratégicos que pueden reducir el poder de mercado del proveedor externo y por esta vía mejorar el bienestar. Es decir que si bien el modelo básico para economía pequeña identifica a las compras públicas –asociadas a una discriminación– con un efecto análogo al de un subsidio a la producción, es posible analizar otros contextos en donde pueden implicar una mejora del bienestar. Brühlhart y Trionfetti (2004) analizan los efectos de estos programas sobre la localización industrial y demuestran que este tipo de programas, al crear una demanda para los productos locales, permiten aumentar la producción local en determinados sectores industriales. Se vuelve relevante, por tanto, analizar la forma en que –sin perder las ganancias derivadas del aumento de la competencia (producidas por la apertura de los mercados a la competencia de las empresas del socio con quien se suscribe el acuerdo de contratación pública)–, se preserva cierto margen de flexibilidad para el fomento de actores específicos.

Los procedimientos empleados con el objetivo de discriminar a los proveedores de bienes y servicios del extranjero son muy variados. Una modalidad convencional es la preferencia de precios a proveedores locales al momento de la evaluación de las ofertas. Pueden existir prohibiciones de comprar bienes o servicios extranjeros a través de programas de “compre nacional”. Otra alternativa es la reserva de una porción de las compras de una cierta entidad para proveedores que cumplan ciertas condiciones (ser de una localidad, pertenecer a algún grupo específico).

Las preferencias pueden seguir mecanismos más complejos a través de ciertos requisitos de desempeño (exigencias de contenido local, licenciamiento de la tecnología, contratación de personal, obligación de formar consorcios locales, metas de exportación, etc). Las especificaciones técnicas y los requisitos de pre-calificación pueden contener exigencias diferentes para los proveedores extranjeros. El sector público siempre tiene la posibilidad de recurrir a procedimientos de contratación directa donde, de hecho, se excluye a los proveedores extranjeros. Por último, los mecanismos de revisión e impugnación de los procesos de compras públicas pueden ser desfavorables en sus términos a los proveedores extranjeros.

El efecto de los programas de compras públicas que otorgan preferencia a los proveedores de bienes o prestadores de servicios locales con respecto a los extranjeros en el contexto de los acuerdos de integración regional constituye un objeto de estudio relativamente reciente en la economía. Los Acuerdos de Integración Regional que incorporan acuerdos de compras públicas (ACP) intentan eliminar -o delimitar a determinadas entidades y/o programas- la discriminación con respecto a los países con los que se suscribe el Acuerdo. Esto tiene un efecto positivo directo: el sector público pasa a pagar un precio más cercano al precio de mercado por el bien o servicio en cuestión.

Los diferentes mecanismos de discriminación pueden diferenciarse en función del grado de transparencia con la cual la misma se lleva adelante. Como todo proceso de negociación comercial, en el caso de las compras públicas, resulta esencial establecer reglas generales sobre la transparencia de los procedimientos y de la implementación de los mecanismos. De no estar bien establecidos estos criterios, los acuerdos corren el riesgo de no aplicarse o de ser sustantivamente incumplidos.

⁵ Un ejemplo análogo es posible de construir dejando la función de compras públicas en un cierto nivel y modificar la oferta doméstica (baja y alta).

2.2 Acuerdos de Compras Públicas en las Américas: selección de acuerdos

Muchos de los acuerdos de compras públicas de países del continente han seguido el patrón establecido en el NAFTA, el cual tiene una estructura análoga al Acuerdo Plurilateral de Comercio de la OMC (GPA). La diferencia fundamental se refiere a que la mayoría de estos acuerdos pueden ser categorizados como más liberalizantes en relación al acuerdo de la OMC (ver sección 4). En todos los casos es muy difícil de evaluar el desempeño que han tenido debido a las dificultades que se enfrentan en los registros estadísticos de las compras públicas. Al inicio de los noventa pocos acuerdos incorporaban capítulos sobre compras públicas pero la tendencia de esos últimos 20 años es al crecimiento en la uso de esta disciplina.

A nivel doméstico se ha llevado adelante un proceso paralelo de carácter unilateral caracterizado por una mejora sustancial en los sistemas de compras gubernamentales. Las reformas modernizadoras se orientan a aumentar la transparencia y eficiencia de los regímenes de compras gubernamentales. Sin embargo, muchos países mantuvieron restricciones al comercio como parte de tales regímenes con la intención de apoyar a los productores domésticos. Canadá y EEUU son los únicos países de las Américas que firmaron el Acuerdo Plurilateral de Compras Gubernamentales (GPA) de la OMC, aun así también mantienen sistemas de preferencias para los proveedores domésticos.

En efecto, en contraste con el esfuerzo de abrir las compras gubernamentales en el exterior, EEUU mantuvo medidas restrictivas como parte de su régimen doméstico de compras gubernamentales. Los EEUU firmaron el Código de Compras Gubernamentales del GATT⁶, y también adhirieron al régimen plurilateral (GPA)⁷. Este último redujo las restricciones y mejoró la transparencia, pero la participación extranjera se restringió en compras no cubiertas por el GPA u otros acuerdos internacionales.

Más recientemente, asociado a la crisis financiera y económica internacional, a nivel del gobierno federal en EEUU, dichas restricciones incluyeron los requerimientos del "Buy American Act", bajo el cual las agencias pueden en principio realizar compras y materiales de construcción definidas como "domestic end-products". Además, un conjunto de preferencias tenían por objeto mejorar la habilidad de las pequeñas empresas de competir por contratos federales, y varios esquemas para reservar cierto porcentaje de los fondos ("set-aside"). Estas medidas se complementaban en algunos Estados con regulaciones del tipo "Buy-In-State" o "Buy American", como también preferencias y "set-asides".

Canadá firmó el Código de Compras Gubernamentales del GATT, también firmó el Acuerdo de Compras Gubernamentales (GPA) de la OMC. Este país otorgó tratamiento nacional a compras cubiertas por el GPA y otros acuerdos internacionales; sin embargo, a fines del 2009 excluyó compras al nivel sub-federal que representaban una proporción significativa de sus compras, lo que derivó en fricciones con otros firmantes del GPA. Las compras no cubiertas por compromisos internacionales se basaban en reciprocidad y debían apoyar los objetivos nacionales de Canadá. Durante el periodo de revisión, Canadá tomó un largo tiempo hasta el establecimiento de un régimen doméstico transparente de compras. En particular, se extendieron las disciplinas de compras a las municipalidades, entre otras entidades; sin embargo, las provincias mantuvieron sus propias agencias de compras, y algunas otorgaron preferencias regionales o locales. En general, los criterios usados por las provincias para otorgar contratos de compras permanecieron menos transparentes respecto de aquellos aplicados al nivel federal.

En contraste, ningún país de América Latina y el Caribe (LAC) fue signatario del Código de Compras Gubernamentales del GATT, y ninguno firmó el Acuerdo Plurilateral (GPA). Argentina, Chile, Colombia y Panamá fueron observadores de este acuerdo, y Panamá fue el único que inició negociaciones para acceder al mismo.

En el pasado, algunos países de LAC mantuvieron regímenes de compras altamente restrictivos. Por ejemplo, las compras gubernamentales en Colombia involucraban verificar la disponibilidad local de sustitutos antes de aprobar la compra de un producto del exterior, mientras que en Argentina a los

⁶ Negociado originalmente en la Ronda Tokio de Negociaciones Comerciales, vigente a partir de Enero de 1981.

⁷ Negociado en paralelo con la Ronda Uruguay en 1994, vigente a partir de Enero de 1996.

productores locales se les dio la oportunidad de identificar si un producto comparable podía obtenerse localmente. Brasil requería a las empresas extranjeras que quisieran participar en el abastecimiento de compras gubernamentales que se asociaran con empresas locales, manteniendo preferencias locales y promoviendo la compra de bienes de informática y telecomunicaciones desarrollados domésticamente. Estos regímenes implicaron barreras significativas al comercio en los países de LAC, donde el número y tamaño de las empresas públicas implicaba que las compras gubernamentales de bienes y servicios constituyeran una proporción importante del comercio exterior.

En los últimos 20 años, muchos países de LAC implementaron reformas significativas para modernizar el proceso de compras, e incrementar la transparencia y eficiencia de sus regímenes públicos de contratación, aunque en algunos países esto fue un proceso prolongado (“drawn-out”). Las reformas fueron encaradas en muchos casos a través de una nueva legislación de compras gubernamentales. Los países de LAC que adoptaron nuevas legislaciones de compras gubernamentales en el período 1989-2009 incluyeron: Argentina, Bolivia, Belice, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Santa Lucía, Uruguay y Venezuela. Sin embargo, en algunos miembros de CARICOM no hubo legislación que definiera las guías del proceso de selección de compras; en el caso de Belice, la legislación relevante corresponde a la era colonial. En algunos países de LAC, la legislación de compras gubernamentales proveyó que no hubiera discriminación basada en el origen de los productos, servicios o proveedores. Este fue el caso, por ejemplo de Chile, República Dominicana, Guatemala y Panamá.

Por el contrario, otros países de LAC usaron procedimientos de compras discriminatorios en un intento de apoyar las actividades domésticas. El tipo y nivel de las preferencias ofrecidas a las compras domésticas variaban entre países. El método más común fue otorgar márgenes de preferencia en el precio, donde muchos países de LAC los adoptaron en la segunda mitad del período analizado. Márgenes de preferencia fueron utilizados, entre otros, por Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Guyana, Honduras, Perú y Uruguay. En Venezuela el margen de preferencia aumentó significativamente en 2002; sin embargo, debido a la importancia de los insumos y bienes de capital, la proporción de compras del exterior fue importante. Lo mismo probablemente ocurrió en el caso de otros países de LAC con ofertas domésticas limitadas. Potencialmente más restrictiva fue el caso de la legislación de Ecuador, que permitió a las autoridades limitar las licitaciones a empresas domésticas. En México, muchas compras gubernamentales tuvieron lugar a través de licitaciones a personas y empresas de México, o a mejicanos y extranjeros con los que México había firmado acuerdos relevantes.

En el caso de Sudamérica los acuerdos de compras públicas intraregionales son escasos (ver cuadro 2.2 a) Acuerdos de Compras Públicas intraregionales). Es tradicional tener en los Acuerdos de Complementación Económica (ACE) de la ALADI una mención general a las compras públicas, esta se expresa en la voluntad de aplicar la regla de trato nacional y se invoca la creación de un programa futuro con ese propósito (artículo general de intención). Sin embargo, solamente existen dos acuerdos de compras públicas entre países de Sudamérica con capítulos completos, listas y parámetros acordados, y solo uno está notificado a la OMC (Chile-Colombia). El otro acuerdo reciente (2009) es el que firmaron Chile y Uruguay. En el cuadro 2.2 se clasifican a los acuerdos en función de si son intraregionales o si se establecen con socios de fuera de la región. Una primera conclusión es que de los dieciséis acuerdos existentes trece tienen a Chile como uno de los signatarios. En segundo lugar, y con una vocación de política doméstica de firmar este tipo de acuerdos, se encuentra el caso de Perú, que incluyó capítulos de compras públicas en los acuerdos con Canadá y Estados Unidos. En tercer término se encuentra el caso de Uruguay que incluyó un capítulo de Compras en el acuerdo con México y que hace dos años culminó un proceso similar con Chile. Mientras el primer acuerdo aún está incompleto (no se han negociado las listas y los parámetros fundamentales), el segundo está completo.

Cuadro 2.2

Compras públicas en los APC de los países sudamericanos

a) Intraregionales

PAÍSES SOCIOS	TIPO	CONTENIDO Y SITUACIÓN	AÑO
Argentina-Venezuela	ACE 20	Artículo general de intención	
Argentina- Ecuador	ACE 21	Artículo general de intención	
Brasil- Venezuela	ACE 27	Artículo general de intención	

Ecuador-Uruguay	ACE 28	Artículo general de intención	
Colombia- México-Venezuela	ACE 33	Artículo general de intención	
Chile- Venezuela	ACE 23	Artículo general de intención	
Chile-Colombia ^{a)}	ACE 24	Capítulo completo con listas.	
Chile-Ecuador	ACE 32	Artículo general de intención	
Chile-Perú	ACE 38	Artículo general de intención	
Chile-Uruguay	ACE 35	Capítulo completo con listas	

b) Extraregionales

PAÍSES SOCIOS	TIPO	CONTENIDO Y SITUACIÓN	AÑO
Chile-México ^{a)}	ACE 41	Capítulo completo con listas ^{b)}	
Chile-Australia ^{a)}	ZLC-AIE	Capítulo completo con listas.	
Chile-Canadá ^{a)}	ZLC-AIE	Capítulo completo con listas.	
Chile-Costa Rica ^{a)}	ZLC-AIE	Capítulo completo con listas.	
Chile-El Salvador ^{a)}	ZLC-AIE	Capítulo completo con listas.	
Chile-Unión Europea ^{a)}	ZLC-AIE	Capítulo completo con listas.	
Chile-Japón ^{a)}	ZLC-AIE	Capítulo completo con listas.	
Chile-EFTA ^{a)}	ZLC-AIE	Capítulo completo con listas.	
Chile-Corea ^{a)}	ZLC-AIE	Capítulo completo con listas.	
Chile-Estados Unidos ^{a)}	ZLC-AIE	Capítulo completo con listas.	
Trans-Pacific Strategic Economic Partnership ^{a)}			
Uruguay-México	ACE 60	Capítulo sin lista	
Perú- Canadá ^{a)}	ZLC	Capítulo completo con listas.	
Perú- Estados Unidos ^{a)}	ZLC	Capítulo completo con listas.	

^{a)} Tiene la forma de un protocolo adicional.

^{b)} Notificado a la OMC

Fuente: Elaboración propia sobre datos de la ALADI y la OMC.

Una mención aparte merecen las compras públicas a nivel de los acuerdos sub regionales de integración profunda. En el caso de la Comunidad Andina no existe un acuerdo de compras públicas aunque en el proceso de liberalización de servicios las contrataciones públicas no están excluidas. En el MERCOSUR se negoció y se acordó a nivel del Consejo Mercado Común un Protocolo de Compras Públicas. Sin embargo, este acuerdo no logró ser ratificado a nivel doméstico y en los hechos quedó fuera de la negociación. Recientemente en virtud del proceso de negociación con la Unión Europea el tema volvió a ser considerado pero no existen avances concretos como para ser consignados. Parecen mantenerse las dificultades originales, la negativa de incluir las entidades sub nacionales por parte de los países federales es una de las más referidas.

En base a estas consideraciones se seleccionó una canasta de cuatro acuerdos que cubre una diversidad de situaciones. Por un lado, se seleccionaron acuerdos extraregionales con la Unión Europea (Chile) y Estados Unidos (Perú). Luego se seleccionaron los dos acuerdos entre países de la región que han manifestado una vocación por suscribirlos (Chile-Uruguay y Chile-Colombia). A estos se agrega un análisis detallado del acuerdo de contratación pública de la OMC que se desarrolla en la cuarta sección.

3. CONSTRUCCIÓN Y ANÁLISIS DE BASES DE DATOS

Los acuerdos seleccionados se dispusieron en un formato “*side by side*” de base de datos que permitiese un análisis comparativo detallado a nivel intra-cláusula (ver anexo A). De esta manera se hizo posible identificar los aspectos comunes a los distintos acuerdos así como aquellas particularidades que los caracterizan. Este trabajo se realizó tanto a nivel de los textos – donde se establecen los compromisos que rigen para las Partes -, como de los anexos correspondientes – donde se disponen los compromisos y excepciones específicos que obligan a cada una de las Partes de manera independiente-.

3.1 Identificación de las disposiciones de los textos de los ACP seleccionados

En el cuadro 3.1 se muestran las principales cláusulas de los textos de acuerdo al tipo de disposición de que se trate: alcance, procedimientos y transparencia, o reglas sobre la aplicación. Todas las disposiciones que aparecen en el cuadro están, en particular, comprendidas en la totalidad de los textos seleccionados para estudio. En sombreado aparecen aquellas cláusulas en las cuales se concentró el análisis, tratándose el resto bajo el acápite de “otras disposiciones”. Esta selección se realizó a los efectos de identificar variables que permitiesen explicar las diferencias entre los acuerdos seleccionados en materia de compromisos asumidos, lo que se desarrollará en la subsección 3.2 de este documento.

La organización de la información del contenido de los acuerdos en una matriz común facilitó el análisis de las principales reglas y disciplinas consagradas en los textos. Estas disposiciones pueden agruparse en tres clases: 1) las que hacen al alcance del acuerdo; 2) las relativas a la transparencia del acuerdo; y 3) las institucionales relativas a la aplicación del acuerdo. Para cada una de ellas se identificaron las principales cláusulas, acompañadas de una breve descripción que representa el mínimo común denominador en los acuerdos seleccionados.

Cuadro 3.1

Cláusulas típicas de un acuerdo de contratación pública

REGLAS SOBRE EL ALCANCE	REGLAS SOBRE PROCEDIMIENTOS Y TRANSPARENCIA	REGLAS INSTITUCIONALES SOBRE LA APLICACIÓN
Ámbito de aplicación (AA)	Valoración de contratos (VC)	Impugnaciones y reclamaciones (PI)
Trato nacional y no discriminación (TN)	Documentos de licitación	Solución de controversias
Reglas de origen (RO)	Especificaciones técnicas (ET)	Enmiendas y modificaciones (REC)
Denegación de beneficios	Modalidades de contratación (PL)	Negociaciones futuras (NF)
Excepciones generales (EX)	Calificación de proveedores	Comité de contratación pública
Umbrales (UM)	Presentación y apertura de ofertas	Otras disposiciones (OD)
Definiciones (DEF)	Adjudicación de contratos	
	Requisitos de desempeño o compensaciones (PCCE)	
	Negociación con los proveedores	

Fuente: Elaboración propia.

3.1.1 *Reglas y disciplinas referentes al alcance del Acuerdo*

Dentro de este grupo de reglas se encuentra una de las cláusulas más relevantes de cualquier acuerdo: el *ámbito de aplicación*. Éste establece el principio general de que el Acuerdo aplica a cualquier medida relacionada con las compras cubiertas, es decir con aquellas compras realizadas por las entidades establecidas en el anexo de entidades, de bienes, servicios u obras, que se efectúen de acuerdo a las disposiciones del acuerdo, incluidos sus anexos. Los *umbrales* a menudo se determinan en los anexos del Acuerdo, aunque pueden aparecer dentro del artículo de ámbito de aplicación. Éstos determinan el valor monetario a partir del cual la compra se encuentra cubierta.

El *ámbito de aplicación* establece también, de manera explícita, aquello a lo que no aplica el Acuerdo, entre ello: los acuerdos no contractuales o cualquier otra forma de asistencia que una Parte o empresa del Estado otorgue; la contratación de empleados públicos; y, a menudo -como ocurre en el caso de todos los acuerdos seleccionados- los servicios financieros.

Por otra parte, gran parte de la sustancia de un acuerdo de compras públicas radica en cómo se encuentre consagrado el principio de *trato nacional y no discriminación*. Éste establece que *con respecto a cualquier medida cubierta por el Acuerdo, cada Parte otorgará a los bienes, a los servicios y a los proveedores de la otra Parte, un trato no menos favorable que el trato más favorable que la Parte otorgue a sus propios bienes, servicios y proveedores*. Esto es, podrá tratarse a los bienes, servicios y

proveedores de la otra Parte incluso mejor que a los nacionales, pero nunca se les podrá tratar peor. Además, se establece que ninguna Parte podrá discriminar a un proveedor establecido localmente por su grado de afiliación o propiedad extranjera o sobre la base de que los bienes o los servicios ofrecidos por dicho proveedor para una contratación pública particular, sean bienes o servicios de la otra Parte.

La cláusula de trato nacional se torna particularmente relevante cuando en el país existen políticas discriminatorias activas, en el sentido de que una vez vigente el Acuerdo esta discriminación deberá desaparecer, a menos que quede explícitamente excluida de la cobertura del Acuerdo. Cuanto más horizontal sea la discriminación, menor la posibilidad real de excluirla del Acuerdo y, por tanto, mayor impacto del compromiso asumido.

Las *reglas de origen* establecen las condiciones que deben cumplir los bienes y servicios para ser considerados originarios de una Parte y, por tanto, estar cubiertos por el Acuerdo. Los formatos estándares de reglas de origen son: a) las reglas del Acuerdo y b) las reglas del comercio normal. En el primer caso, se remite a las reglas de origen que regulan la entrada de mercancías en el marco de un Acuerdo preferencial en el que se circunscribe el Acuerdo de Compras (por ejemplo, cuando el Acuerdo de Compras es un capítulo de un Tratado de Libre Comercio). De esta manera, se indica que aplican las reglas de origen del Acuerdo, haciendo referencia a las reglas que confieren origen a los productos extranjeros a los efectos del otorgamiento de una preferencia arancelaria, que se usarán también para conferir origen a la hora de participar en las compras del Estado. En el segundo caso, las reglas del comercio normal, a diferencia de las primeras, son reglas del comercio no preferencial que usualmente se aplican para determinar origen cuando se enfrentan casos de prácticas anticompetitivas (antidumping, subvenciones, etc.). Tienen la desventaja de ser reglas unilaterales: cada Parte tiene las propias y obviamente no fueron negociadas conjuntamente, con lo cual en cualquier momento una de las Partes puede cambiarlas sin tener que dar explicaciones a la otra Parte. Esto quita transparencia a los operadores que no tienen la certeza de las normas de origen que enfrentan.

En algunos casos no existe regla de origen consagrada en el Acuerdo. Esto ocurre generalmente cuando se trata de un mercado abierto que no discrimina y con el Acuerdo está consolidando un status quo (no necesita conocer el origen porque trata a todos los países por igual).

Las *excepciones generales* establecen que *siempre y cuando estas medidas no se apliquen de modo que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre las Partes o impliquen una restricción encubierta al comercio entre las Partes, ninguna disposición del Acuerdo se interpretará en el sentido de impedir a una Parte adoptar o mantener las medidas:*(a) *necesarias para proteger la moral, el orden o la seguridad públicos;* (b) *necesarias para proteger la salud o la vida humana, animal o vegetal;* (c) *necesarias para proteger la propiedad intelectual;* o (d) *relacionadas con los bienes o servicios de personas minusválidas, de instituciones de beneficencia o del trabajo penitenciario.* Esta cláusula es básicamente un estándar y su redacción es común a todos los acuerdos seleccionados en este documento.

En la mayoría de los acuerdos se establece una lista de *definiciones* en donde las Partes acuerdan su entendimiento específico sobre distintos conceptos que integran la redacción, ya sea de los textos como de los anexos⁸. Uno de los conceptos más relevantes que aparece a menudo definido es el de “compra pública”. La discusión del concepto lleva muchas veces a la negociación del propio nombre del acuerdo, incluyéndose en el abanico de opciones: Compras Públicas, Compras Gubernamentales, Compras del Estado, Adquisiciones Públicas, Contrataciones públicas, etc. Esto es así porque muchas veces existe el temor de estar sugiriendo, a través del término escogido, un determinado alcance del Acuerdo (por ejemplo, el término “contratación” puede entenderse de manera más comprensiva que el término “compra”, esto es, la “compra” puede entenderse como una forma de contratación, pero puede haber alguna otra forma de contratación que no necesariamente sea una “compra”: por ejemplo la concesión de servicios o el alquiler). Esto se vuelve particularmente relevante si se considera el creciente interés manifestado, en particular por parte de los países desarrollados, por incorporar en la negociación de estos acuerdos a las *concesiones de obra pública*.

⁸ Cuando el Acuerdo de Compras Públicas es un capítulo de un Acuerdo de Libre Comercio, los conceptos comunes a otros capítulos se encuentran en la lista general de definiciones.

3.1.2 Reglas y disciplinas sobre procedimientos y transparencia

Todo acuerdo de compras contiene una disposición sobre cómo deberán valorarse los contratos a fin de determinar si se encuentran o no cubiertos por las disposiciones del Acuerdo. La *valoración de contratos* establece que al calcular el valor de un contrato, una entidad deberá incluir el valor máximo total estimado por el período completo de duración de la contratación pública, tomando en cuenta todas las opciones, premios, honorarios, comisiones, intereses y otros flujos de ingresos u otras formas de remuneración dispuestas en dichos contratos. Se agrega, además, que no deberá dividirse o fragmentarse la compra con el propósito de evadir las obligaciones del Acuerdo. Ambas disposiciones refieren a la necesidad de establecer reglas para evitar la elusión de los compromisos alcanzados, en tanto los acuerdos contienen disciplinas para contratos limitados a determinados umbrales.

Por otra parte, los acuerdos contienen un detalle de las *especificaciones técnicas* que deben establecerse en los documentos de licitación a los efectos de regir el proceso de preparación y presentación de las ofertas. Esta regla establece la forma en como deberá ser estipulada toda especificación técnica de manera de que se trate de un proceso realmente competitivo y que ninguna entidad prepare, adopte o aplique ninguna especificación técnica con el propósito o el efecto de crear obstáculos innecesarios al comercio entre las Partes. En particular, se indica que cualquier especificación técnica prescrita por una entidad deberá, cuando corresponda: (a) estar especificada en términos de desempeño y requisitos funcionales, en lugar de las características descriptivas o de diseño; y (b) estar basada en normas internacionales, cuando sea aplicable, o de lo contrario en reglamentos técnicos nacionales, en normas nacionales reconocidas, o en códigos de construcción. Asimismo, se indica que una entidad *no prescribirá especificaciones técnicas que requieran o hagan referencia a una marca o nombre comercial, patente, diseño o tipo, origen específico o productor o proveedor, a menos que no exista una manera suficientemente precisa o inteligible de describir, de otra forma, los requisitos de la contratación pública, y siempre que, en tales casos, expresiones tales como “o equivalente” se incluyan en la documentación de la licitación.*

Otra de las disposiciones que establecen los acuerdos en materia de transparencia tiene que ver con las *modalidades o procedimientos de contratación*⁹. En todos los acuerdos analizados se consagra la licitación pública o abierta como el principio general y se establecen excepciones a dicho principio siempre que no se utilice dichas excepciones *para evitar la competencia o para proteger a sus proveedores nacionales, o para discriminar en contra de los proveedores de la otra Parte*. El establecimiento de excepciones a la licitación abierta tiene como cometido consolidar procedimientos que tienen su respaldo en el ámbito de las legislaciones nacionales y que no poseen una naturaleza de discriminación “nacional-extranjero”. Se trata, en general, de los procedimientos de compra directa o restringida. Estas excepciones incluyen: los casos en que previamente se declaró desierta una compra por no presentarse oferta o porque ninguna oferta cumplió con los requisitos exigidos en los documentos de licitación; cuando el objeto contratado puede ser provisto por un solo proveedor debido a la ausencia de competencia por razones técnicas, o porque se trata de una obra de arte, o por razones relacionadas con la protección de patentes, de derechos de autor u otros derechos exclusivos de propiedad intelectual; cuando priman razones de extrema urgencia; y cuando se trata de una compra en el mercado de *commodities*, entre otras.

Los *requisitos de desempeño o condiciones compensatorias* son un aspecto clave a la hora de la negociación de un acuerdo de compras públicas. En algunas legislaciones nacionales existen exigencias para los proveedores extranjeros, en especial en las licitaciones de obras públicas, en orden a favorecer el desarrollo local y la producción doméstica, la transferencia de tecnología, y el comercio compensado, entre otros. El ejemplo clásico de requisitos de desempeño es el requisito de contenido nacional. La solicitud de compensaciones puede estar presente en cualquiera de los pasos de un proceso de licitación. En general, los acuerdos firmados en los últimos años prohíben la imposición de condiciones compensatorias especiales en todas las etapas del proceso de negociación. Esto es lo que ocurre en todos los acuerdos bilaterales seleccionados. En el caso del GPA de la OMC, se acepta para los países en desarrollo la posibilidad de introducirlas en la etapa de calificación o habilitación de los proveedores,

⁹ En general, el término “procedimientos de contratación” hace referencia en los acuerdos al proceso que se inicia con el aviso de licitación y culmina con la adjudicación del contrato.

pero no como criterio de adjudicación. De esta manera, al excluirlas en la etapa de la adjudicación se desea preservar el carácter competitivo del proceso licitatorio.

3.1.3 Reglas y disciplinas institucionales relativas a la aplicación del Acuerdo

La disposición institucional más relevante que refiere a la aplicación de un acuerdo de compras es la de *impugnaciones y reclamaciones*. Esta disposición está relacionada con la confianza en las instituciones y en la normativa vigente.

Los procedimientos de impugnación y reclamaciones establecen, en primer lugar, el compromiso de mantener una autoridad administrativa o judicial independiente, sin interés particular en las adquisiciones de las entidades contratantes, encargada de examinar las reclamaciones de los proveedores donde éstos puedan apelar las decisiones sobre una licitación en particular. En segundo lugar, se otorga a los proveedores el tiempo suficiente para presentar su reclamo y la posibilidad de una suspensión del proceso, si esto no es contrario al interés público por la naturaleza de los productos o servicios demandados, hasta tanto la situación se resuelva jurídicamente. Y en tercer lugar, se dispone que los procedimientos utilizados eviten que los proveedores puedan ser perjudicados en futuras licitaciones de las entidades ante las cuales ejercieron el derecho de reclamar.

Otra cláusula relevante es la cláusula que prevé las enmiendas, modificaciones o rectificaciones a la cobertura. Los acuerdos deben contemplar cláusulas que permitan realizar enmiendas y modificaciones a los mismos. Básicamente, éstas están relacionadas con la cobertura de entidades, productos, servicios y obras públicas que forman parte de los anexos. En este contexto deben considerarse las enmiendas menores o formales, como cambios de nombre de las entidades públicas, obviamente sin permitir la modificación de la estructura institucional con el fin de eludir los compromisos del acuerdo. Es posible también que los compromisos de acceso pactados se vean alterados por la privatización de alguna entidad que un gobierno puede decidir a posteriori de la vigencia del acuerdo. En este caso, aún cuando la entidad haya quedado totalmente fuera del control del Estado, puede considerarse la posibilidad que los restantes países evalúen cómo afectará el equilibrio del acuerdo y por ende, la posibilidad de exigir alguna compensación.

Por último, la mayoría de los acuerdos contiene una cláusula sobre *negociaciones futuras*. Básicamente se trata de una serie de lineamientos que guiarán la posible profundización del Acuerdo, básicamente en aquellas instancias en que una de las Partes haya culminado sus negociaciones con una tercera no Parte, lo que convierte a esta cláusula en algo similar a una cláusula no automática de nación más favorecida. Se establece, en general, que esta profundización de las negociaciones deberá hacerse sobre una base de reciprocidad. El único de los acuerdos seleccionados que no contiene estas disposiciones sobre negociaciones futuras es el Capítulo de Compras Públicas del Tratado de Libre Comercio entre Perú y Estados Unidos.

3.2 Codificación de variables que caracterizan a un ACP. Construcción de una tipología

Para las variables que caracterizan a un ACP y que se describen en la subsección 3.1 se construyó una categorización a los efectos de establecer una tipología de los acuerdos seleccionados¹⁰.

3.2.1 Codificación de las cláusulas del texto

¹⁰ Sea X = grado de apertura que consolida el Acuerdo, con recorrido de $X = (1; 2; 3)$, donde: 1= abierto; 2= parcialmente abierto; 3= cerrado.

Haciendo uso de la base que se presenta en el anexo A, y que dispone los acuerdos seleccionados en un “*side by side*”, se realiza, en primera instancia, una codificación intra-cláusula de los textos seleccionados. El cuadro 3.2 muestra el resultado de dicha codificación, que incluye también los cómputos de las características comparables del Acuerdo Plurilateral de la OMC, el que se discute en detalle en la sección 4.

En lo que tiene que ver con las reglas y disciplinas relacionadas con el alcance del Acuerdo se tiene que, en términos del ámbito de aplicación (AA), los acuerdos firmados por Chile con países de América Latina, ya sea tanto con Colombia como con Uruguay, así como el ACP de la OMC resultan ser los más abiertos.

Por el contrario, en el caso del Acuerdo firmado por Chile con la Unión Europea se establecen varias excepciones adicionales al AA. Entre ellas, que el mismo no comprende los *contratos para la adquisición o arrendamiento de tierras, edificios existentes u otros bienes inmuebles; ni la adquisición, el desarrollo, la producción o la coproducción de material de programación por emisoras de radiodifusión y contratos de tiempos de emisión; ni servicios de arbitraje y conciliación; ni servicios de investigación y desarrollo distintos de aquellos cuyos beneficios pertenezcan exclusivamente a la entidad para su utilización en el ejercicio de su propia actividad*. Al mismo tiempo, el Acuerdo entre Perú y Estados Unidos excluye explícitamente del AA aquellas compras que tengan por objeto el suministro de mercancías o servicios a personas o gobiernos del nivel regional o local.

También relacionado con la cobertura está la definición de los umbrales (UM). Si bien una comparación más rigurosa exigiría llevar al mismo momento de tiempo el valor de los UM, una gruesa comparación permite apreciar que los UM más bajos los tienen los acuerdos entre países de Sudamérica, en particular el acuerdo entre Chile y Uruguay, en tanto parecería que los umbrales más altos recaen sobre los acuerdos que se firman con socios extrarregionales.

Cuadro 3.2

Categorización intra-cláusula de los texto de los acuerdos ^{a)}

CLÁUSULAS		SOCIOS				
		URU-CHI	COL-CHI	PER-US	CHI-UE	PLURILATERAL OMC
ALCANCE	AA	1	1	2	2	1
	UM	1	2	3	3	3
	TN	2	2	2	2	1
	RO	1	3	3	1	3
	EX	1	1	1	1	2
	DEF	1	1	1	2	1
TRANSPARENCIA	VC	2	2	1	2	2
	PCCE	2	1	1	1	2
	ET	1	1	2	2	1
	PL	2	1	3	3	3
LI CA CI	PI	1	1	1	2	2

REC	1	1	1	2	2
NF	2	2	3	2	1
OD	2	2	1	1	2

a) Ver nota al pie número 14 respecto de los valores categorizados.

Fuente: Elaboración propia

En cuanto al trato nacional (TN), si bien todos los acuerdos disponen de una cláusula estándar en donde se otorga el trato no menos favorable a los productos/servicios/proveedores que el otorgado a sus respectivos nacionales, el acuerdo plurilateral de la OMC es el único de los analizados en donde se dispone de una cláusula de nación más favorecida (NMF) al mismo tiempo que se consagra el trato nacional y la no discriminación. Si bien este acuerdo dispone, además, en el tratamiento especial y diferenciado a los países en desarrollo, de la posibilidad de conceder excepciones al trato nacional sujetas a negociación, primó por su naturaleza la cláusula NMF para catalogarlo como el más abierto de todos en esta materia.

Por otra parte, en término de reglas de origen (RO), los acuerdos entre Chile y Colombia, Perú y Estados Unidos, y el acuerdo de la OMC establecen que las reglas de origen aplicables serán aquellas que rigen al comercio normal de cada Parte. Este tipo de disposición acarrea una incertidumbre importante, ya que pueden ser cambiadas unilateralmente en cualquier momento sin necesidad de que la otra Parte se pronuncie (no se encuentran consolidadas a nivel del Acuerdo). Por esta razón los mencionados acuerdos son los menos “abiertos” en materia de reglas de origen. En el otro extremo están los acuerdos de Chile con Uruguay y con la Unión Europea que no contienen artículo de RO.

La redacción de las *excepciones generales* (EX) suelen ser un estándar que establece un margen en materia de orden, seguridad pública y salud, entre otros. Sin embargo, en el acuerdo plurilateral de la OMC se agrega como excepción la adopción de medidas necesarias para proteger sus intereses esenciales en materia de seguridad en relación con la adquisición de armas, municiones o material de guerra, o cualquier otra contratación indispensable para la seguridad nacional o para fines de defensa nacional.

Por último, del análisis de las *definiciones* (DEF) que hacen al alcance del acuerdo se encuentra en el caso de Chile con la Unión Europea una definición de “contratación pública” que excluye de la cobertura a las empresas comerciales del Estado¹¹.

En lo que refiere a las reglas sobre transparencia, en el caso de la *valoración de contratos* (VC), se encuentra que el acuerdo entre Perú y Estados Unidos es el único en donde se indica que cuando se desconoce el valor máximo total estimado de una contratación pública a lo largo de su período completo de duración, esa contratación pública deberá estar cubierta por el Acuerdo. Esto reduce la discrecionalidad y, por defecto, ampara a la otra Parte. Esto convierte a este acuerdo en el más “abierto” en términos de VC.

Por otra parte, en relación con la prohibición de condiciones compensatorias especiales (PCCE), si bien en todos los acuerdos se consagra este principio en términos generales, los acuerdos más abiertos al respecto son los de Chile con Colombia, Perú con Estados Unidos y Chile con la UE. En este último, en particular, se prohíbe explícitamente la aplicación de márgenes de preferencia en precio. Por otro lado, el Acuerdo de Chile con Uruguay declara en las Notas Generales que *las Partes entienden que los márgenes de preferencia en precio no constituyen una condición compensatoria especial*. Esto, se entiende, habilita al uso de márgenes de preferencia en precio en tanto no constituyan una excepción al trato nacional (esto es, se pueden usar márgenes de preferencia pero los mismos no podrán discriminar a las compras cubiertas por el acuerdo). Por último, el Acuerdo de la OMC contiene una cláusula de

¹¹ “...cualquier forma de contratación de bienes o servicios, o una combinación de ambos incluidas las obras realizadas por entidades públicas de las Partes con propósitos gubernamentales y no con vistas a su reventa comercial o a ser utilizadas en la producción de bienes o la prestación de servicios para venta comercial, a menos que se especifique de otro modo”

excepción para países en desarrollo, a los que se les permite la aplicación de Condiciones Compensatorias Especiales en la etapa de la calificación (por ejemplo un porcentaje de contenido nacional), pero no en la etapa de la comparación de ofertas (por ejemplo una preferencia en precio a productos nacionales).

Los acuerdos más “cerrados” en términos de especificaciones técnicas (ET) son el de Perú con Estados Unidos, y el de Chile con la UE. En el primero se establece que nada de lo dispuesto en dicho artículo impedirá que una entidad prescriba requisitos técnicos para la preservación del medioambiente. Esto parece generar cierto margen de discrecionalidad, dado que el concepto de “preservación del medioambiente” podría llegar a ser muy amplio, no está definido y claramente se descuelga del marco jurídico (internacional y doméstico) que es el referente primario para las ET. Por otro lado, en el caso de Chile con la UE se debilita el requisito técnico al permitir que se acepten ofertas que, aunque no cumplan con los requisitos estipulados, sí cumplan con las condiciones “esenciales” previstas, no definiéndose en ninguna parte lo que se entiende por condición “esencial”.

En el caso de las *modalidades o procedimientos de contratación* (o licitación) (PL), el rango de dispersión es el máximo posible. Esto es, en un extremo se encuentra el acuerdo entre Chile y Colombia como el más “abierto”, seguido por el acuerdo entre Chile y Uruguay, y el resto de los analizados (Perú-Estados Unidos, Chile-UE y OMC) en el extremo opuesto como los más “cerrados”. En el caso de estos últimos existe una cláusula de licitación selectiva que restringe la participación, ya que solo los proveedores seleccionados por la entidad podrán presentar oferta. En el caso del Acuerdo entre Chile y Uruguay se exceptúan de la licitación abierta los servicios de consultoría relacionados con aspectos de naturaleza confidencial. Por otra parte, si bien hay cláusula de licitación abreviada, ésta no restringe la participación ya que cualquier interesado puede presentar oferta sin necesidad de ser invitado o de haber calificado previamente en un registro particular.

En referencia a las disciplinas institucionales de aplicación, en particular a los *procedimientos de impugnación* (PI), los acuerdos en que participa la UE (tanto el acuerdo con Chile como el Plurilateral) parecen ser los más “cerrados”. Éstos establecen que respecto a la aplicación de medidas cautelares, se tendrán en cuenta las consecuencias adversas sobre intereses afectados que deban prevalecer, incluido el interés público, antes de pronunciarse a favor de las mismas, lo que quita garantías al proveedor que reclama. Además, se dispone que si procede, la rectificación de la infracción al Acuerdo se podrá otorgar una compensación por los daños o perjuicios sufridos, que podrá limitarse exclusivamente a los gastos de la preparación de la oferta o de la reclamación.

Por su parte, en materia de *modificaciones y rectificaciones* (REC) los acuerdos más cerrados son nuevamente aquellos en los que participa la UE. En el acuerdo con Chile no hay ningún requisito que prevea, de que una modificación de la cobertura llevada a cabo por una Parte con ofrecimiento de compensación tenga que ser aceptada por la otra Parte. Esto es, no se requiere que la otra Parte manifieste su acuerdo con la modificación y la compensación que se le ofrece. En el caso del acuerdo plurilateral de la OMC ni siquiera se establece la obligación de compensar ante una modificación de las listas, dejándolo a criterio del Comité. Si bien ésta parece una disposición bastante fuerte, hay también una cláusula que la suaviza que es que *una modificación acordada por las Partes de conformidad con el procedimiento establecido por el Comité no entrará en vigor para una Parte hasta que esa Parte la haya aceptado*.

En materia de *negociaciones futuras* (NF) el acuerdo más “abierto” es el plurilateral de la OMC que establece que *a más tardar al final del tercer año después de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo, y posteriormente con periodicidad, las Partes entablarán nuevas negociaciones, con miras a mejorar el presente Acuerdo y a dar la máxima amplitud posible a su ámbito de aplicación sobre la base de la mutua reciprocidad*. Como ya hay cláusula NMF automática, las negociaciones futuras se basan en ampliaciones del acuerdo más allá del trato NMF que ya se tiene. En el extremo opuesto se encuentra el Acuerdo entre Perú y Estados Unidos en donde ni siquiera hay un artículo que prevea las negociaciones futuras. Entre estos dos extremos, califican como “parcialmente abiertos” el resto de los acuerdos seleccionados, en donde, si bien no hay un NMF automático, existe una disposición que habilita a extender el trato sobre una base de reciprocidad y que lo sujeta a una negociación.

El resto de las disciplinas (básicamente procedimentales) se trataron conjuntamente bajo el acápite de otras disposiciones (OD). Se destacan como condiciones que restringen: a) en el caso del Acuerdo entre Chile y Uruguay se establece en las Condiciones para Participar que las entidades compradoras podrán exigir a los proveedores la acreditación del estricto cumplimiento de sus obligaciones fiscales (este no es un requisito que soliciten las entidades en otros acuerdos); b) en el caso

del Acuerdo entre Chile y Colombia se establece únicamente 10 días como mínimo de plazo entre la publicación de un aviso de contratación y la apertura de las ofertas, (el resto de los acuerdos establecen como mínimo 40 días, aunque puede reducirse a 10 si se cumplen ciertas condiciones); y c) el Acuerdo de la OMC dispone una cláusula bastante detallada otorgando transitoriamente el Trato Especial y Diferenciado a los países en desarrollo.

El Cuadro 3.3 resume la distribución del grado de apertura promedio de los acuerdos según el tipo de cláusula involucrada¹².

Cuadro 3.3

Resumen comparativo del grado de apertura promedio de los acuerdos

	URU - CHI	COL - CHI	PER - US	CHI - UE	ACP-OMC
ALCANCE	1,17	1,67	2,00	1,83	1,83
TRANSPARENCIA	1,75	1,25	1,75	2,00	2,00
APLICACIÓN	1,50	1,50	1,50	1,75	1,75
TOTAL	1,43	1,50	1,79	1,86	1,86

Nota: cuando menor es el indicador mayor es la liberalización (ver nota 14)

Fuente: Elaboración propia

Cuando se consideran la totalidad de las reglas y disciplinas que conforman los textos de los acuerdos, se encuentra que el Acuerdo entre Chile y Uruguay es el más abierto ($\bar{X} = 1,43$). En el extremo opuesto se encuentran el acuerdo de Chile con la UE y el plurilateral de la OMC.

El análisis por tipo de cláusula muestra que en las disciplinas que refieren al alcance y cobertura de los acuerdos, el acuerdo entre Chile y Uruguay es el más abierto ($\bar{X} = 1,17$), en tanto que el acuerdo entre Perú y Estados Unidos es el que menor grado de apertura presenta ($\bar{X} = 2,00$). Es también a nivel de las cláusulas de alcance y cobertura que se verifica el mayor rango de dispersión entre los acuerdos.

En lo que refiere a la transparencia, son Chile y Colombia quienes presentan el mayor grado de apertura, en tanto Chile con la UE y el ACP plurilateral están en el extremo opuesto.

Por último, en materia de disposiciones institucionales de aplicación, nuevamente Chile con la UE y el acuerdo OMC son los más cerrados.

Resulta llamativo observar que la distribución del grado de apertura promedio según tipo de cláusula es idéntico en el caso de Chile-UE y el ACP de la OMC. Esto podría ser el resultado del peso negociador que la UE tiene como Parte de ambos acuerdos.

3.2.2 Codificación de las cláusulas de los anexos

El análisis de los anexos permite completar el mapa sobre los compromisos efectivamente asumidos. Para ello se realizó una codificación similar a la de los textos, siendo en este caso la variable relevante la existencia o no de una excepción al acceso o al trato nacional.

Se trabajó a nivel de Acuerdo - País, en un formato de tabla de doble entrada que permitió analizar el marco específico en que se da la existencia de una excepción a los compromisos generales. Esto es, se definió la excepción de acuerdo a las siguientes dimensiones: i) Nivel de gobierno (central,

¹² Si bien el grado de apertura (variable X) es una variable cualitativa, al ser ordinal se puede establecer, a fines ilustrativos, una comparación resumida entre los acuerdos.

sub-central, otros); ii) Rubro afectado (bienes, servicios, obras públicas); y iii) Proveedores contemplados (MIPyMEs¹³)

Al mismo tiempo, cada una de las tres dimensiones contempla una categoría “horizontal” previendo la existencia de reservas universales. Al igual que en la primera codificación se impusieron valores de acuerdo a niveles alternativos de apertura¹⁴.

Los siguientes cuadros (3.4 a 3.7) resumen el comportamiento estudiado para la totalidad de países que participan en los acuerdos bilaterales seleccionados¹⁵.

Cuadro 3.4
Excepciones en los anexos del acuerdo entre Chile y Uruguay

CHI – UY						
CHILE						
ORIENTACIÓN DE LA RESERVA		NIVEL DE GOBIERNO				
TIPO DE PROVEEDOR	RUBRO	HORIZONTAL	CENTRAL	SUB CENTRAL	OTROS	PROMEDIO
HORIZONTAL	HORIZONTAL	1	1	1	1	1,0
	BIENES	1	1	1	1	1,0
	SERVICIOS	2	1	1	1	1,3
	OBRA PÚBLICA	2	1	1	1	1,3
MIPyMEs	HORIZONTAL	1	1	1	1	1,0
	BIENES	1	1	1	1	1,0
	SERVICIOS	1	1	1	1	1,0
	OBRA PÚBLICA	1	1	1	1	1,0
PROMEDIO		1,3	1,0	1,0	1,0	1,1
URUGUAY						
ORIENTACIÓN DE LA RESERVA		NIVEL DE GOBIERNO				
TIPO DE PROVEEDOR	RUBRO	HORIZONTAL	CENTRAL	SUB CENTRAL	OTROS	PROMEDIO
HORIZONTAL	HORIZONTAL	3	1	1	1	1,5
	BIENES	1	1	1	1	1,0
	SERVICIOS	2	1	1	2	1,5
	OBRA PÚBLICA	3	1	1	1	1,5
MIPyMEs	HORIZONTAL	1	1	1	1	1,0
	BIENES	1	1	1	1	1,0

¹³ En principio, el análisis se había realizado, adicionalmente, para una categoría “otros”. Sin embargo, en el caso de ningún país hubo algún registro de excepciones para la dimensión “proveedores contemplados” que no fuera una excepción horizontal o una orientada hacia MIPyMEs.

¹⁴ Se definió la variable Y = reservas a los compromisos (ver anexo A), con Recorrido de $Y = (1; 2; 3)$, donde: 1= no hay reservas; 2= hay reservas con leve restricción al acceso y/o trato nacional; 3= hay reservas con fuerte restricción al acceso y/o trato nacional.

¹⁵ Si bien el análisis del texto se hizo también para el acuerdo plurilateral de la OMC, en el caso de los anexos no se consideró apropiado, dada la cantidad de países intervinientes y que ninguno de ellos era, en verdad, un país de la región objeto de estudio, esto es Sudamérica.

	SERVICIOS	1	1	1	1	1,0
	OBRA PÚBLICA	1	1	1	1	1,0
PROMEDIO		1,6	1,0	1,0	1,1	1,2

Ver nota 19 para definición del grado de la reserva.

Fuente: Elaboración Propia.

El Acuerdo entre Chile y Uruguay (ver cuadro 3.4) muestra a éste último como más conservador a la hora de asumir los compromisos específicos. En particular, Uruguay mantiene una fuerte reserva de carácter horizontal, que implica reservarse el 15% del valor de las compras del período anterior para efectuar contratos por fuera del ámbito del Acuerdo. A su vez, en materia de contratos de obra pública, se habilita a que Uruguay otorgue un margen de preferencia en precio a las ofertas que contemplen utilización de mano de obra nacional. Como excepciones menores del lado de Uruguay están aquellas compras realizadas por instituciones de enseñanza (“otras entidades”) para adquirir bienes o contratar servicios destinados al mantenimiento de infraestructura y a la investigación científica. En el caso de Chile, quedan excluidos únicamente los servicios de construcción para la isla de Pascua. Por último, ambos países excluyen los servicios financieros.

Cuadro 3.5
Excepciones en los anexos del acuerdo entre Chile y Colombia

CHI – COL						
CHILE						
ORIENTACIÓN DE LA RESERVA		NIVEL DE GOBIERNO				
TIPO DE PROVEEDOR	RUBRO	HORIZONTAL	CENTRAL	SUB CENTRAL	OTROS	PROMEDIO
HORIZONTAL	HORIZONTAL	1	1	1	1	1,0
	BIENES	3	1	1	1	1,5
	SERVICIOS	2	1	1	1	1,3
	OBRA PÚBLICA	2	1	1	1	1,3
MIPyMEs	HORIZONTAL	1	1	1	1	1,0
	BIENES	1	1	1	1	1,0
	SERVICIOS	1	1	1	1	1,0
	OBRA PÚBLICA	1	1	1	1	1,0
PROMEDIO		1,5	1,0	1,0	1,0	1,1
COLOMBIA						
ORIENTACIÓN DE LA RESERVA		NIVEL DE GOBIERNO				
TIPO DE PROVEEDOR	RUBRO	HORIZONTAL	CENTRAL	SUB CENTRAL	OTROS	PROMEDIO
HORIZONTAL	HORIZONTAL	1	1	1	1	1,0
	BIENES	3	3	2	2	2,5
	SERVICIOS	3	1	1	1	1,5
	OBRA PÚBLICA	3	1	1	1	1,5
MIPyMEs	HORIZONTAL	2	1	1	1	1,3
	BIENES	1	1	1	1	1,0
	SERVICIOS	1	1	1	1	1,0
	OBRA PÚBLICA	1	1	1	1	1,0
PROMEDIO		1,9	1,3	1,1	1,1	1,3

Fuente: Elaboración Propia.

En el caso de Colombia y Chile (ver cuadro 3.5), Colombia también es quien adopta una posición más conservadora, manteniendo reservas horizontales tanto en bienes, como en servicios y obras públicas. En materia de bienes y servicios se trata, entre otras, de la exclusión de la compra y arrendamiento de bienes inmuebles; los servicios de investigación y desarrollo; servicios de ingeniería y arquitectura; servicios públicos; servicios sociales; servicios de impresión; elaboración de programas de televisión; y servicios financieros. En materia de obras públicas, se permite aplicar condiciones relacionadas con la contratación de personal local en áreas rurales (requisitos de desempeño).

A nivel del gobierno central, quedan excluidas una gran proporción de las compras del Ministerio de Defensa relativas a alimentos, bebidas, tabaco, textiles, y productos de cuero¹⁶. Tampoco están incluidas las compras del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y las del Ministerio de Protección Social, de alimentos, insumos agropecuarios y animales vivos relacionados con programas de ayuda alimentaria y asistencia social, respectivamente, así como las compras de otras entidades de menor tamaño.

Por último, si bien existe en el caso de Colombia una exclusión horizontal para MIPyMEs, ésta se encuentra limitada por un valor máximo de 125.000 dólares.

En el caso de Chile se mantiene el patrón seguido por Uruguay, salvo que se agrega en este caso la exclusión –al igual que Colombia- de la compra y arrendamiento de bienes inmuebles, lo que parece ser un resultado espejo de la negociación.

Cuando se analiza el acuerdo entre Perú y Estados Unidos, nos encontramos con el que parece ser, en principio, el más cerrado a la hora de consagrar compromisos específicos (ver Cuadro 3.6). Sin embargo, hay que tener presente que no se da en ninguno de estos países una exclusión horizontal general como el 15% del valor de compras que se reserva Uruguay en su acuerdo con Chile¹⁷.

Perú mantiene fuertes restricciones a las contrataciones tanto de bienes como de servicios. En materia de bienes el Acuerdo no se aplica a la adquisición de tejidos y confecciones elaborados con fibras de alpaca y llama y a ninguna compra de mercancías destinada a programas de ayuda alimentaria. Además, mantiene las restricciones específicas a nivel del Gobierno Central, donde se excluyen las compras de calzado y textiles de algunas reparticiones de los Ministerios de Defensa y del Interior, así como algunos bienes adquiridos por el Seguro Social de Salud. En materia de servicios, Perú se reserva explícitamente la contratación de servicios de contabilidad y auditoría, arquitectura, diseño en ingeniería, servicios de ingeniería durante la fase de construcción e instalación y servicios de conciliación y arbitraje.

En el caso de Estados Unidos, las restricciones más fuertes se concentran en la contratación de servicios. Se excluyen de manera horizontal las contrataciones de servicios de investigación y desarrollo; procesamiento de información y servicios de telecomunicaciones relacionados; instalación, mantenimiento y reparación de bienes y equipos; operación de instalaciones; servicios públicos; y servicios de transporte, viajes y reubicación. También, en el caso de los servicios de obra pública, se excluye el dragado, lo que es particularmente relevante cuando se consideran los montos usuales de dichas contrataciones, que en general se encuentran por encima de los umbrales previstos en los acuerdos para la contratación de obras públicas.

En el caso de Estados Unidos hay, además, fuertes restricciones a la contratación de bienes. En principio, el Acuerdo no aplica a la contratación pública de mercancías agrícolas adquiridas para fomentar programas de apoyo a la agricultura o programas de alimentación humana. Tampoco lo hace en lo que refiere a la contratación pública realizada por el Ministerio de Defensa de un abanico importante de

¹⁶ Particular atención merecen las exclusiones de los Ministerios de Defensa o del Interior, por ser generalmente los compradores más importantes de la Administración Central.

¹⁷ Este tipo de exclusión tan general tiene asociados problemas de incertidumbre (en este caso para Chile), ya que Uruguay mantiene la potestad de decidir a qué contrataciones aplica este margen y no hay ninguna previsión en el Acuerdo que le obligue a tomar esta decisión con anticipación (al inicio del ejercicio, por ejemplo), ni a comunicarle los detalles de su aplicación a la contraparte.

bienes entre los que se encuentran: vehículos, embarcaciones, herramientas, materiales, contenedores y cajas, textiles, vestimenta, productos de cuero, y calzado.

Cuadro 3.6
Excepciones en los anexos del acuerdo entre Perú y Estados Unidos

PER – ESTADOS UNIDOS						
PERÚ						
ORIENTACIÓN DE LA RESERVA		NIVEL DE GOBIERNO				
TIPO DE PROVEEDOR	RUBRO	HORIZONTAL	CENTRAL	SUB CENTRAL	OTROS	PROMEDIO
HORIZONTAL	HORIZONTAL	1	2	1	1	1,3
	BIENES	3	3	3	1	2,0
	SERVICIOS	3	2	3	1	2,0
	OBRA PÚBLICA	1	1	3	1	1,5
MIPyMEs	HORIZONTAL	3	1	1	1	1,5
	BIENES	1	1	1	1	1,0
	SERVICIOS	1	1	1	1	1,0
	OBRA PÚBLICA	1	1	1	1	1,0
PROMEDIO		1,3	1,4	1,6	1,0	1,4
ESTADOS UNIDOS						
ORIENTACIÓN DE LA RESERVA		NIVEL DE GOBIERNO				
TIPO DE PROVEEDOR	RUBRO	HORIZONTAL	CENTRAL	SUB CENTRAL	OTROS	PROMEDIO
HORIZONTAL	HORIZONTAL	1	2	3	1	1,7
	BIENES	1	3	3	1	1,7
	SERVICIOS	3	1	3	1	2,3
	OBRA PÚBLICA	2	2	3	1	2,0
MIPyMEs	HORIZONTAL	3	1	1	1	1,5
	BIENES	1	1	1	1	1,0
	SERVICIOS	1	1	1	1	1,0
	OBRA PÚBLICA	1	1	1	1	1,0
PROMEDIO		1,6	1,2	2,0	1,0	1,5

Fuente: Elaboración Propia.

Hay una serie de restricciones fuertes que mantienen tanto Perú como Estados Unidos a nivel subcentral, algunas de las cuales implican la aplicación de requisitos de desempeño cuyo incumplimiento redundaría en la denegación de beneficios. Consisten básicamente en requerir que el proveedor de aquellos bienes y servicios cubiertos tenga instalada su principal actividad comercial en alguno de los Estados que se encuentran cubiertos por el Acuerdo¹⁸. Por último, ambos países mantienen una reserva horizontal para las contrataciones comprendidas en los programas de MIPYMES.

Cuadro 3.7
Excepciones en los anexos del acuerdo entre Chile y la UE

¹⁸ Ninguno de los dos países incluye la totalidad de sus reparticiones estatales en la cobertura del Acuerdo. De hecho, esta cobertura parecería ser bastante frugal.

CHILE-UNIÓN EUROPEA						
CHILE						
ORIENTACIÓN DE LA RESERVA		NIVEL DE GOBIERNO				
TIPO DE PROVEEDOR	RUBRO	HORIZONTAL	CENTRAL	SUB CENTRAL	OTROS	PROMEDIO
HORIZONTAL	HORIZONTAL	1	1	1	1	1,0
	BIENES	2	1	1	1	1,3
	SERVICIOS	2	1	1	1	1,3
	OBRA PÚBLICA	1	1	1	1	1,0
MIPyMEs	HORIZONTAL	1	1	1	1	1,0
	BIENES	1	1	1	1	1,0
	SERVICIOS	1	1	1	1	1,0
	OBRA PÚBLICA	1	1	1	1	1,0
PROMEDIO		1,3	1,0	1,0	1,0	1,1
UNIÓN EUROPEA						
ORIENTACIÓN DE LA RESERVA		NIVEL DE GOBIERNO				
TIPO DE PROVEEDOR	RUBRO	HORIZONTAL	CENTRAL	SUB CENTRAL	OTROS	PROMEDIO
HORIZONTAL	HORIZONTAL	1	1	1	1	1,0
	BIENES	2	3	1	1	1,8
	SERVICIOS	3	1	1	1	1,5
	OBRA PÚBLICA	1	1	1	1	1,0
MIPyMEs	HORIZONTAL	1	1	1	1	1,0
	BIENES	1	1	1	1	1,0
	SERVICIOS	1	1	1	1	1,0
	OBRA PÚBLICA	1	1	1	1	1,0
PROMEDIO		1,4	1,3	1,0	1,0	1,2

Fuente: Elaboración Propia.

Por último, el Acuerdo entre Chile y la UE (ver Cuadro 3.7) parecería estar, a nivel de los compromisos específicos, entre los más “abiertos”. Esto puede ser también el efecto de que en materia de textos (ver subsección 3.1) es uno de los más “cerrados”, es decir, logró llevar parte de la protección a los compromisos comunes de las Partes.

En el caso de Chile se reproduce el patrón observado tanto con Uruguay como con Colombia, mientras que en el caso de la UE se identifican un par de reservas relevantes. En particular, la UE mantiene fuertes exclusiones referidas a las contrataciones de servicios. Es el único caso de los seleccionados para nuestro análisis en donde se lista de forma positiva, lo que vuelve menos transparente la exclusión. Sin embargo, los servicios financieros y gran parte de los servicios de telecomunicaciones, entre otros, están claramente excluidos de la cobertura.

En materia de bienes, la UE excluye de las compras de los Ministerios de Defensa, una gran cantidad de bienes, como ser, todos los agrícolas y agrícolas procesados, así como los textiles.

En resumen, la comparación de los acuerdos parece arrojar que, a nivel de los compromisos específicos, los acuerdos de Chile y Uruguay y Chile con la UE son los más aperturistas. Sin embargo, hay que considerar que Uruguay mantiene un margen de protección muy fuerte concentrado en la reserva

del 15% del valor de sus compras. Esto podría, en algún sentido equilibrarse con el hecho de que Uruguay es el único país en los acuerdos analizados que ofrece sus empresas públicas comerciales.

Cuando se considera el acuerdo entre Chile y Colombia, se ratifica lo que se observaba a nivel de los textos: al menos respecto a Chile, Colombia parece ser más “cerrado” que Uruguay. En el caso de los compromisos específicos esta diferencia parece acentuarse.

En el caso de Perú, la protección parece ser muy fuerte, pero hay que considerar que puede haber un sesgo de selección asociado al hecho de que analizamos únicamente su acuerdo con Estados Unidos en donde éste último impone fuertes restricciones en distintos niveles de gobierno, y el resultado de esta negociación puede haber respondido a consideraciones de reciprocidad.

La UE y Estados Unidos son, por otra parte, los países que parecen tener más desarrollada su batería de protección doméstica en materia de compras públicas. El primero ha logrado llevar gran parte de sus necesidades de protección a las disposiciones de los textos (se observa tanto en el acuerdo con Chile como en el plurilateral de la OMC), en tanto que el segundo concentra su protección en los anexos, gran parte bajo la forma de programas específicos.

Por último, Chile claramente es el país más abierto en los acuerdos, pero también lo es fuera de los mismos. Si se piensa en términos de un país que está abriendo su mercado de compras cuando firma un acuerdo, la apertura unilateral de Chile corresponde, probablemente, al país que menos concesiones ha hecho en esta materia. Es decir, Chile no otorga ninguna preferencia cuando firma un acuerdo de compras pero obtiene un acceso preferencial en el socio del acuerdo.

4. ACUERDO DE COMPRAS PLURILATERAL DE LA OMC

4.1 Características generales

El GPA tiene dos componentes básicos: un requerimiento de no discriminación y reglas de procedimiento relacionadas con la transparencia del proceso. El primer aspecto se trata de la cláusula de nación más favorecida (NMF) y tratamiento nacional. La primera concierne a la discriminación externa, la segunda a la discriminación local en términos de propiedad entre oferta externa y nacional. Además, el GPA tiene una larga lista de regulaciones de transparencia, desde licitaciones en base a pre-selección de oferentes basadas en un proceso de pre-calificación de los mismos., hasta requerimientos de publicación con el objeto de asegurar que los oferentes potenciales tengan acceso a la misma información limitando así la discreción de las entidades (Evenett y Hoekman, 2000).

La renegociación del GPA en la Ronda Uruguay se enfocó especialmente en expandir la cobertura, reforzar sus cláusulas de aplicación y aumentar sus miembros. Dicho acuerdo se aplica a toda ley, procedimiento o práctica referido a cualquier gasto, por encima de cierto umbral, realizado por entidades enumeradas por cada una de las Partes. Los contratos de servicios y construcción fueron incluidos, y el alcance del acuerdo se amplió a entidades sub-nacionales y otros gastos públicos. Las cláusulas de aplicación fueron reforzadas por la introducción de mecanismos que permiten al sector privado impugnar el resultado de la adjudicación. Por su parte, el intento de expandir la cobertura de miembros no tuvo éxito. La relevancia del GPA se basa en la información asimétrica existente entre los agentes involucrados en las compras gubernamentales. En este contexto, dos elementos son importantes; los asociados a la transparencia por parte de las agencias gubernamentales, y el hecho de que los oferentes extranjeros tienen la oportunidad de impugnar sus decisiones en tribunales o en otros organismos independientes (Mattoo 1996).

El Apéndice I se divide en cinco Anexos para cada firmante, los primeros tres contienen la cobertura de entidades, el cuarto se refiere a los servicios cubiertos, el quinto a servicios de construcción, y los valores de los umbrales se detallan en los anexos de las partes. En el caso de bienes todos los gastos están cubiertos, excepto las compras de los Ministerios de Defensa, generalmente sujetas a una lista positiva. En el caso de servicios (incluso servicios de construcción), también están sujetos generalmente a una lista positiva, excepto en el caso de los EEUU donde se aplican listas negativas.

Miembros y adhesiones

Las adhesiones vigentes a principios del 2010 eran: i) 19 adhesiones completas desde 1996 (12 desde la UE y China Taipei en el 2009); ii) adhesiones pendientes y cerca de completarse: Armenia y Jordania; iii) procesos de adhesión iniciados, con tareas sustanciales pendientes: Albania, China, Georgia, República Kyrgyz, Moldova, Omán y Panamá; iv) con compromiso de adhesión República de Yugoslavia Macedonia, Arabia Saudita y Ucrania. La base legal para la adhesión es el Artículo XXIV párrafo 2, donde cualquier miembro de la OMC es elegible. Se requiere llegar a un acuerdo con las Partes actuales, depositar el instrumento de adhesión, su entrada en vigor es 30 días después.

Temas fundamentales: umbrales y discriminación

Los principales temas a negociar con las Partes se refieren a: i) la cobertura de la oferta (entidades, bienes, servicios y servicios de construcción); ii) umbrales relevantes (los mismos son diferentes para el gobierno central, los gobiernos sub-centrales y otros organismos públicos como puede verse en el ejemplo del Cuadro 4.1); iii) la consistencia de la legislación nacional con el GPA puede requerir cambio legislativos; iv) la flexibilidad a proveer un tratamiento especial y diferenciado, requerido por los propósitos de desarrollo económico (Kodjo Osei-Lah, 2010).

Cuadro 4.1
Ejemplo de umbrales generales (en Special Drawing Rights)

(dólares)

ENTIDADES	BIENES/SERVICIOS	SERVICIOS DE CONSTRUCCIÓN
Gobierno Central	130.000	5.000.000
Gobiernos Sub-Centrales	200.000	5.000.000
Otros organismos públicos	400.000	5.000.000

Fuente: OMC.

El GPA asegura a los oferentes extranjeros la posibilidad de participar en el abastecimiento de las compras gubernamentales de igual manera que los proveedores domésticos. En el caso de EEUU su importancia deriva de la existencia de una ley que prohíbe a las agencias federales la adquisición de bienes y servicios cubiertos por el GPA desde un país que no es parte del GPA o de un acuerdo preferencial de comercio. En lo que respecta al gobierno central, se trata de compras del poder ejecutivo, legislativo y judicial donde muchas Partes especifican las entidades cubiertas en el acceso al mercado. En este caso el número de entidades involucradas es alto, por ejemplo en Noruega y Suiza es más de 100 entidades, mientras que en el caso de Aruba, Islandia y Liechtenstein es menor a 10. El caso de los gobiernos sub-centrales hay listas de entidades o de sectores (sin identificar entidades), el tipo de cobertura depende de la estructura gubernamental, hay sistemas de compras centralizados o sistemas federales. En este caso, el número de entidades involucradas presenta una dispersión menor, son 37 entidades en el caso de los EEUU y 3 en Israel. En el caso de las Empresas del Gobierno, se han seguido también procedimientos de listas de entidades específicas, o cobertura de sectores sin listado de entidades (o lista parcial). Aquí, los valores extremos del número de entidades aumentan, siendo de 130 entidades el caso de Japón y de menos de 10 el de Hong Kong China y Aruba (Heilman Grier, 2010).

El Artículo III presenta los principios de no discriminación: tratamiento nacional y NMF. Dichos principios se plantean en términos del país de origen (párrafo 1), como del grado de afiliación externa o propiedad (párrafo 2). Dada su importancia se los presenta literalmente, sujeto a la aclaración del párrafo 3¹⁹. Por su parte, la aclaración del párrafo 3 indica que el GPA contiene regulaciones solo referidas a compras gubernamentales y que los párrafos 1 y 2 no comprometen a otros instrumentos que afecten el acceso al mercado y condiciones de competencia.

Reglas de origen

En el Artículo IV, el párrafo 1 indica que a los efectos del GPA ninguna Parte aplicará a los productos/servicios importados de otras Partes normas de origen diferentes de las que se apliquen en operaciones comerciales normales (mismos productos/servicios, originados en las mismas Partes). En el párrafo 2 se indica que las Partes considerarán la posible modificación del párrafo 1 en base a la conclusión del programa de trabajo sobre armonización de las normas de origen, en el marco del Acuerdo sobre Normas de Origen (Anexo del Acuerdo donde se establece la OMC y de las negociaciones de servicios).

¹⁹ Párrafo 1. "En lo que respecta a todas las leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas relativos a los contratos públicos comprendidos en este Acuerdo, cada Parte concederá de forma inmediata e incondicional a los productos, servicios y proveedores de las demás Partes que ofrezcan productos o servicios de las Partes, un trato no menos favorable que el otorgado: a) a los productos, servicios y proveedores nacionales; y b) a los productos, servicios y proveedores de cualquier otra Parte." Párrafo 2. "En lo que respecta a todas las leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas relativos a los contratos públicos comprendidos en el presente Acuerdo, cada Parte se asegurará de que: a) sus entidades no den a un proveedor establecido en su territorio un trato menos favorable que a otro proveedor establecido en dicho territorio, por razón del grado en que se trate de una filial o sea propiedad de extranjeros; y b) sus entidades no ejerzan discriminación, por razón del país de producción del producto o servicio suministrado, contra proveedores establecidos en su territorio, siempre y cuando el país de producción de conformidad con las disposiciones del artículo IV sea Parte en el Acuerdo."

En el caso particular del acceso al mercado de los países desarrollados por parte de los países en vías de desarrollo, con preferencias arancelarias otorgadas, por ejemplo, a través del Sistema Generalizado de Preferencias (GSP), el análisis empírico indica la dificultad de identificar el impacto específico de las preferencias entre otros factores. El uso de dichas preferencias requiere la introducción de Reglas de Origen para inhibir la competencia desleal, lo que implica restricciones adicionales. Este umbral implica que las preferencias arancelarias solo son relevantes para productos donde la diferencia entre los aranceles MFN y los preferenciales es mayor. En el caso de los servicios, la Regla de Origen del GATS sostiene que la nacionalidad del servicio provisto confiere origen, además, en el artículo V del GATS (Integración Económica) se amplía el criterio indicando que una persona jurídica proveedora de un país no miembro puede recibir los beneficios preferenciales si tiene un nivel de transacciones importante en el país miembro del acuerdo.

En la literatura de compras gubernamentales en el contexto internacional se ha enfatizado la tensión entre la minimización de costos de las mismas y la protección a las empresas domésticas. Las virtudes de las preferencias a empresas domésticas se han basado en suponer que las ganancias de las mismas son parte del bienestar local, y cuando hay diferencias de costos entre firmas con competencia imperfecta, las preferencias contribuirían a minimizar costos de las compras gubernamentales.

En la medida que un tratamiento preferencial a las compras gubernamentales tiene efectos reales, el mismo puede realizarse también a través de la introducción de criterios de calidad. El Artículo XIII párrafo 4.b), referido a la Adjudicación de contratos al aludir a situaciones donde la oferta elegida no es la de menor precio, sino que puede ser considerada la más ventajosa por ciertas características específicas,²⁰ facilitaría otorgar un contrato con posible favoritismo.

Procedimientos

Lo referido a las especificaciones técnicas se establece en el Artículo VI. En el párrafo 1 se indica que las especificaciones técnicas que establezcan las características de los productos o servicios objeto de contratación, como su calidad, propiedades de uso, etc., y los procedimientos de evaluación de conformidad establecidos por las entidades contratantes, no se adoptarán para crear obstáculos al comercio internacional. Se indica que las especificaciones técnicas establecidas por las entidades se basarán en normas internacionales, cuando existan, o en reglamentos técnicos y normas²¹ nacionales. Tampoco se requerirán determinadas marcas de fábrica o de comercio o nombres comerciales, ni se hará referencia a ellos, y si no hay otra manera de indicar las características exigidas se indicará "o equivalente". Finalmente, las entidades no solicitarán asesoramiento de una empresa cuyo efecto sea excluir la competencia.

En relación a la Transparencia Ex ante: Estipula los requerimientos (Artículos VII a XVII) para proveer información a los participantes respecto de las características relevantes del producto sujeto a licitación. En el artículo VII se indica que se asegurará que el procedimiento de licitación se aplique en forma no discriminatoria, y que no se proveerá información a algún proveedor que afecte la competencia. Finalmente, se definen las licitaciones según tres categorías: Públicas, Selectivas y Restringidas.

Los procedimientos de calificación (artículo VIII) implicarán publicar con anticipación las condiciones para participar; dichas condiciones se limitarán a las requeridas para evaluar la capacidad de la empresa. El proceso de calificación o los plazos no pueden excluir a proveedores, y las entidades con listas permanentes de proveedores se asegurarán que los mismos puedan solicitar su calificación. En tal

²⁰ Párrafo 4.b) “Salvo que decida no concluir el contrato por motivos de interés público, la entidad hará la adjudicación al licitador que se haya determinado que tiene plena capacidad para ejecutar el contrato y cuya oferta, de productos o servicios nacionales o de productos o servicios de las demás Partes, sea la más baja o, según los criterios concretos de evaluación establecidos en los anuncios o en el pliego de condiciones, se considere la más ventajosa.”

²¹ En notas al pie se provee la definición de “reglamento técnico” referida a las características de los productos, servicios o procedimientos, incluidas disposiciones administrativas de uso obligatorio; y la definición de “norma” correspondiente a un documento aprobado por una institución reconocida que establece reglas, características de productos o servicios de uso no obligatorio.

sentido, las entidades comunicarán su decisión a los proveedores que soliciten calificación, asegurándose cada Parte que sus entidades sigan un único procedimiento de calificación, pudiendo excluirse proveedores por quiebra o declaraciones falsas.

En el artículo IX (*Invitación a participar en relación con el contrato previsto*) se señala que las entidades publicarán una invitación a participar salvo en los casos de invitación restringida, el mismo podrá ser un anuncio del contrato proyectado. Las entidades sub-nacionales y las demás públicas podrán anunciar el contrato programado o el sistema de calificación. De tal manera, las entidades que anuncien un contrato programado invitarán a los proveedores interesados al tiempo que indicarán la siguiente información en el anuncio: naturaleza y cantidad de productos/servicios, indicación del tipo de licitación, fechas de entrega de bienes/servicios; la dirección donde enviar las solicitudes para participar en la licitación, la dirección de la entidad que adjudique el contrato y facilite información, condiciones económicas o técnicas, importe y forma de pago, e indicación si las ofertas son de compra o alquiler. Por su parte, las entidades con un anuncio relativo al sistema de calificación como invitación deberán proveer información que dé a los interesados la posibilidad de evaluar su interés.

Los anuncios del contrato programado contendrán la información mencionada anteriormente, indicando que los proveedores interesados deben manifestar interés y el departamento donde pueden obtener información, indicando para cada contrato el objeto, plazos y donde solicitar los documentos. En las licitaciones selectivas, las entidades con listas permanentes de proveedores insertarán las publicaciones correspondientes, indicando a los proveedores las condiciones a reunir para ser incluidos, y el período de validez de las listas. Cuando se use un anuncio de este tipo como invitación, deberá incluirse la naturaleza de los productos/servicios; indicando que éste anuncio es una invitación a participar. Dicho anuncio dejará constancia que el contrato se rige por el GPA y podrá modificarse antes del plazo de expiración previsto en el mismo.

En el artículo X se establecen los procedimientos de selección. A fin de lograr competencia internacional en las licitaciones selectivas, las entidades invitarán a licitar al mayor número de proveedores nacionales y de las demás Partes. Mientras que las entidades que tengan listas permanentes de proveedores calificados podrán seleccionar a los invitados a licitar, también se permitirá ofertar a proveedores de un contrato previsto y se los considerará si se dispusiera de tiempo para calificarlos.

Los plazos serán suficientes para que los proveedores nacionales y de las demás Partes puedan presentar sus ofertas, asegurándose cada Parte que sus entidades consideren las demoras de publicación (artículo XI). En licitaciones públicas el plazo para recibir ofertas no será inferior a 40 días a partir de la publicación, mientras que en licitaciones selectivas sin lista permanente de calificados, no será inferior a 25 días contados desde la fecha de publicación. Los plazos pueden reducirse cuando: a) se haya publicado un anuncio durante 40 días, en el que los proveedores deben manifestar interés indicando el departamento donde obtener información; b) por razones de urgencia; c) en el caso de publicaciones posteriores de contratos iterativos; o d) cuando sean contratos de entidades sub-nacionales u otras entidades del sector público distintas de las entidades del nivel central de gobierno. Sin embargo, en ninguno de los casos el plazo podrá ser inferior a 10 días.

En las licitaciones, uno de los idiomas debe ser uno de los oficiales de la OMC (artículo XII). El pliego contendrá toda la información, a saber: dirección de la entidad donde enviar las ofertas y el pedido de información; idioma; fecha y hora de cierre de recepción; personas autorizadas a asistir a la apertura de ofertas; condiciones económicas y técnicas; descripción completa de los productos/servicios; los criterios en que se basará la adjudicación; condiciones de pago; términos y condiciones para aceptar oferta de no Partes. En las licitaciones públicas y selectivas las entidades enviarán el pliego al participante y responderán a solicitudes razonables de información.

La presentación, recepción y apertura se ajustarán a: ofertas por escrito; si se admiten otros medios, deberá figurar en la oferta toda la información requerida; no se permitirá corregir errores involuntarios después de la apertura de las ofertas, ni penalizar al proveedor cuya oferta se reciba después del vencimiento debido a negligencia de la entidad (artículo XIII).

Para que una oferta sea considerada para su adjudicación deberá cumplir en la apertura con los requisitos estipulados en anuncios o en el pliego de condiciones, y deberá provenir de un proveedor que cumpla con las condiciones de participación. Se indica además, que salvo que se decida no concluir el

contrato por interés público, la entidad adjudicará el contrato al proveedor con plena capacidad de ejecutarlo que presente la oferta más baja, o que según criterios concretos sea la más ventajosa²².

Toda Parte podrá prever la realización de negociaciones por las entidades, en el contexto de contratos donde se haya manifestado su intención, o cuando de la evaluación se desprenda que ninguna oferta es la más ventajosa (artículo XIV). En tal sentido, las negociaciones se usarán para identificar los aspectos ventajosos y desventajosos, proceso en el cual las entidades darán tratamiento confidencial a las ofertas. En estos casos, las entidades no establecerán discriminación entre proveedores, asegurándose que cualquier eliminación de participantes se realice con los criterios establecidos, y a los eliminados se les brinde la posibilidad de presentar ofertas nuevas.

No será necesario aplicar las regulaciones para licitaciones públicas y selectivas, siempre que no se use la licitación restringida para evitar la competencia (artículo XV). Se trata de las circunstancias siguientes: cuando no se hayan presentado ofertas o haya habido connivencia en las mismas; si se trata de obras de arte; por extrema urgencia; para sustituir partes de instalaciones ya existentes; cuando se trate de prototipos; para completar servicios de construcción del pliego original por circunstancias imprevisibles; en el caso de nuevos servicios de construcción análogos al proyecto básico; si se trata de productos adquiridos en un mercado de productos básicos; cuando las compras se efectúan en condiciones excepcionalmente favorables; y en el caso de contratos adjudicados al ganador de un concurso de proyectos.

Al calificar/seleccionar a los proveedores de productos/servicios las entidades se abstendrán de conseguir compensaciones (artículo XVI, *Compensaciones*). Sin embargo, cada país en desarrollo podrá - en el momento de su adhesión al acuerdo plurilateral- negociar condiciones para la utilización de compensaciones, por ejemplo incorporar requisitos de contenido nacional. Esta salvedad solo es permitida a los países en desarrollo en el caso de que se utilice como una condición al acceso de la oferta, pero nunca como una condición al momento de la evaluación

Toda Parte incentivará a las entidades a que indiquen las condiciones que se aparten del procedimiento competitivo de licitación (artículo XVII transparencia). Por tal motivo, redacten sus contratos ajustándose a las especificaciones técnicas; publiquen los anuncios del llamado; asegurándose que sus reglamentos de contratación pública no sean modificados durante el proceso. Además, los gobiernos de no-Partes que cumplieron con las condiciones anteriores, tendrán derecho a ser observadores en las reuniones del Comité.

Los requisitos de Transparencia Ex Post se refieren a la provisión de información adecuada respecto de las decisiones tomadas (Artículos XVIII y XIX). En tal sentido, las entidades pondrán un anuncio en la publicación correspondiente dentro de un plazo máximo de 72 días corridos desde la adjudicación, donde figurará: la naturaleza y cantidad de productos/servicios; el nombre y dirección del que adjudica; fecha; nombre y dirección del adjudicatario; valor de la oferta ganadora; el procedimiento utilizado (*Artículo XVIII Información y examen: obligaciones de las entidades*). Con tal motivo, las entidades facilitarán cuando sean requeridas: explicación de sus prácticas; razones por las que se desestimó la solicitud de un proveedor a ser incluido en la lista de los calificados; a los licitadores cuya oferta no fue elegida, las razones de tal decisión, indicando la oferta elegida y el adjudicatario. Debe destacarse que las entidades informarán prontamente a los proveedores de bienes/servicios sobre decisiones respecto de la adjudicación, pero pueden retener algunas informaciones contrarias al interés público o que lesionen intereses comerciales legítimos de empresas.

Cada Parte publicará todas las leyes, reglamentos y decisiones judiciales comprendidas en el GPA, y estará dispuesta a explicar a cualquier Parte los procedimientos que sigue (*Artículo XIX Información y examen: obligaciones de las partes*). Asimismo, el gobierno de un licitador no elegido, Parte del GPA, podrá pedir información adicional sobre la adjudicación del contrato, que las entidades suministrarán a las Partes. Además, la información confidencial facilitada a las Partes, contraria al interés público o que lesiona intereses comerciales, no será revelada sin autorización de la Parte que proveyó la información. Finalmente, cada Parte reunirá y facilitará al Comité anualmente estadísticas sobre los contratos sujetos al GPA, proveyendo información de entidades del gobierno central, entidades subnacionales y otras del sector público, sobre el valor estimado de los contratos adjudicados: los superiores

²² Este último aspecto fue mencionado anteriormente como una posible fuente de discreción en la adjudicación de un contrato.

al umbral, los del artículo XV (licitación restringida) y al amparo de exenciones, por categorías de entidades. También, estadísticas de los países de origen de los productos/servicios. El Comité establecerá guías para que las estadísticas sean comparables.

Las normas de impugnación permiten que decisiones de compras en el contexto del GPA sean impugnadas en tribunales nacionales u organismos administrativos independientes. Se destaca la importancia de los párrafos 2²³ y 7.c)²⁴ del Artículo XX que se transcriben literalmente en las notas al pie.

Respecto al procedimiento de impugnación (artículo XX) cuando un proveedor presente un reclamo basado en una infracción al GPA, la Parte interesada incentivará a resolverlo en consultas con la entidad contratante. Con tal motivo cada Parte establecerá procedimientos no discriminatorios, haciendo público y por escrito su procedimiento de impugnación, y conservando por 3 años la documentación correspondiente. Las impugnaciones serán entendidas por un tribunal u órgano independiente ajustándose a un procedimiento, que consiste en: oír a los participantes, que éstos puedan ser asistidos, tengan acceso a las actuaciones, las mismas puedan ser públicas, los dictámenes se formulen por escrito; puedan presentarse testigos y se den a conocer los documentos. Asimismo, se espera que el procedimiento provea medidas provisionales rápidas para corregir las infracciones, y una evaluación de la impugnación.

En las Consultas y solución de diferencias (artículo XXII) podrá ser aplicable el “Entendimiento sobre solución de Diferencias” de la OMC. Es decir, si una Parte considera que uno de los objetivos del Acuerdo no se realizó debido al incumplimiento de otra Parte podrá formular proposiciones a la misma, notificando al Órgano de Solución de Diferencias (DSB). Este último estará facultado para establecer grupos especiales, formular recomendaciones y autorizar la suspensión de obligaciones, o realizar consultas sobre medidas correctivas. El mandato de dichos grupos implicará examinar el asunto sometido al DSB y formular conclusiones. Las diferencias que se planteen no darán lugar a la suspensión de concesiones de este Acuerdo o de cualquier otro.

4.2 Trato especial y diferenciado para los países en desarrollo

El Artículo V permite a los países en desarrollo (LDC) negociar exclusiones mutuamente aceptables de las reglas de tratamiento nacional respecto a ciertas entidades, bienes/servicios incluidos en su lista de entidades. También algunos países desarrollados han planteado exclusiones de las disciplinas básicas.

Se indica que en la aplicación del Acuerdo se considerarán las necesidades de los LDC respecto de salvaguardar su balanza de pagos; promoción de ramas de producción nacionales, incluido el desarrollo de las pequeñas industrias; apoyar establecimientos que dependen de la contratación pública; y fomentar su desarrollo económico mediante acuerdos regionales o generales entre LDCs. De conformidad con el GPA, cada Parte facilitará el aumento de importaciones de los LDC teniendo presente sus niveles de desarrollo económico.

Con el fin de garantizar a los LDC la posibilidad de adherirse al Acuerdo en condiciones compatibles con sus necesidades, los países desarrollados (DC) se esforzarán en incluir entidades que adquieran productos/servicios cuya exportación interese a los LDC. En las negociaciones en el marco del GPA, los LDC pueden negociar exenciones de las reglas sobre trato nacional para entidades/productos/servicios, en estas negociaciones se tendrá en cuenta lo referido a la balanza de pagos, la promoción de actividades que dependan del gasto público y los acuerdos regionales o generales. A partir de la vigencia del Acuerdo, los LDC Partes (LDCP) podrán modificar listas de cobertura considerando sus necesidades de desarrollo o solicitar al Comité de Contratación Pública que conceda exenciones sobre trato nacional a entidades/productos/servicios.

²³ Párrafo 2 “Cada Parte establecerá procedimientos no discriminatorios, oportunos, transparentes y eficaces que permitan a los proveedores impugnar las presuntas infracciones del presente Acuerdo que se produzcan en el contexto de una contratación en la que tengan o hayan tenido interés.”

²⁴ Párrafo 7.c) “Una rectificación de la infracción del Acuerdo o una compensación por los daños o perjuicios sufridos, que podrá limitarse a los gastos de la preparación de la oferta o de la reclamación.”

Asimismo, cada DC Parte (DCP) prestará, si se lo solicitan, asistencia técnica a los LDCP. Esta asistencia se prestará sin discriminación entre los LDCP en la solución de problemas técnicos especiales en la adjudicación de un contrato y cualquier otro problema, lo cual comprenderá la traducción a uno de los idiomas de la OMC de documentos de calificación y ofertas que presenten los LDCP. Con tal objeto, los DCP establecerán centros de información para responder a solicitudes de los LDCP referidas a leyes, reglamentos, procedimientos de contratación pública. Finalmente, se concederá un trato especial a los países menos adelantados Partes y a los proveedores en ellos establecidos para productos/servicios originarios, además, las Partes podrán conceder los beneficios del Acuerdo a países menos adelantados que no sean Partes. Previa solicitud, cada DCP prestará la asistencia que considere apropiada a los países menos adelantados facilitando su eventual presentación de ofertas, selección de productos y para observar los reglamentos técnicos y normas de los productos/servicios. El Comité examinará anualmente la aplicación de este artículo y cada 3 años hará un examen de sus efectos, para conseguir mayor aplicación del GPA, de este artículo y de las disposiciones sobre exenciones, considerando que en rondas futuras cada LDCP estudiará ampliar sus listas de cobertura tomando en consideración su situación particular de desarrollo.

En los países en vías de desarrollo, la decisión de la Organización Mundial de Comercio del 28 de noviembre 1979 (L/4903) titulada “Differential and More Favorable Treatment, Reciprocity and Fuller Participation of Developing Countries” introdujo la posibilidad de tratamiento favorable y diferencial a estos países. La misma es reconocida como la Cláusula de Habilidad (“Enabling Clause”). Esta incluye básicamente: i) Preferencias arancelarias acordadas por Países desarrollados (DC) a productos originados en los Países en vías de desarrollo (LDC) de acuerdo al Sistema Generalizado de Preferencias (GSP); ii) Tratamiento diferencial y mas favorable respecto a restricciones no arancelarias; iii) Acuerdos regionales o globales entre LDC; iv) Tratamiento especial a los Países Menos Desarrollados²⁵ dentro de los LDC; v) El objetivo es promover el comercio de los LDC; vi) No constituir un impedimento de reducción de restricciones sobre la base de la Nación más Favorecida (MFN); vii) El tratamiento puede ser modificado por los DC para responder a las necesidades de los LDC; viii) Los DC no esperan reciprocidad de los LDC que sea inconsistente con sus necesidades individuales.

Es decir, el artículo V del GPA prevé un mecanismo de exclusiones negociadas caso a caso para los LDC en el momento de adhesión al acuerdo y sus posteriores modificaciones en rondas futuras. Esto podría compararse con la alternativa de tener un régimen general como el aplicado en el Sistema Generalizado de Preferencias. Allí, sus aspectos destacados implican: la definición de modalidades de compromisos, preferencias comerciales y declaraciones de apoyo; e identificar los principales grupos de países involucrados. Esto permitiría modalidades de compromisos entre diferentes tipos de países que pueden ser cumplidos si fueran cuestionados por otro miembro de la OMC. Las preferencias comerciales están relacionadas con la suspensión del tratamiento NMF implementadas a través de la Cláusula de Habilidad, y las declaraciones de apoyo se refieren generalmente a cláusulas no ejecutables, por ejemplo, como el artículo IV del Acuerdo General del Comercio de Servicios²⁶.

Finalmente, cabe preguntarse el porque de la falta de adhesión al GPA por parte de los países en desarrollo, comparado con el mayor grado de compromisos en acuerdos bilaterales y regionales. Las hipótesis a considerar requieren confirmación empírica: la primera, relacionada con las características de todo acuerdo de libre comercio de restringir a los signatarios la cláusula NMF; la segunda, implica analizar la existencia de un nivel de procedimiento más restrictivo del GPA, comparado con algunas disposiciones que los propios signatarios del GPA (USA y UE) parecen haber flexibilizado en sus acuerdos bilaterales; la tercera, requiere a los LDC negociar el trato especial tanto en el proceso de adhesión al GPA, como así también revisarlo posteriormente en distintas rondas de negociación, lo cual adiciona incertidumbre a tal adhesión.

4.3. Acuerdos de CP Plurilateral OMC y APC regionales

En esta comparación entre las regulaciones del acuerdo plurilateral de compras públicas (GPA) y un grupo de acuerdos bilaterales (regionales) analizados (Uruguay-Chile, Perú-USA, Colombia-Chile, Chile-

²⁵ Se trata de un conjunto de 49 países: 33 Africanos, 15 de Asia-Pacífico y Haití.

²⁶ Se refiere al aumento de las oportunidades de comercio de los Países Menos Desarrollados asociadas al aumento de capacidad y acceso a nuevas tecnologías.

UE) se enfatizarán los aspectos concernientes a los elementos básicos de los acuerdos gubernamentales de compras referidos al alcance (principios de no discriminación “Trato nacional” y “NMF”), y a las reglas sobre procedimientos y transparencias.

Principios de no discriminación

Las normas son similares tanto en el acuerdo plurilateral (GPA), como en los acuerdos bilaterales (regionales) analizados (ACPs). En las leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas relativos a contratos públicos comprendidos en estos Acuerdos, cada Parte concederá de forma incondicional a los productos/servicios/proveedores de las demás Partes un trato no menos favorable que el otorgado a los productos/servicios/proveedores nacionales y de cualquier otra Parte. Asimismo, cada Parte se asegurará que sus entidades no den a un proveedor establecido en su territorio un trato menos favorable que el otorgado a un proveedor extranjero, y sus entidades no discriminen según el país de producción del producto/servicio suministrado. Finalmente se aclara que el GPA solo contiene regulaciones referidas a compras gubernamentales y que dichas regulaciones no comprometen a otros instrumentos que afectan el acceso al mercado y las condiciones de competencia.

Reglas de procedimiento relacionadas con la transparencia del proceso

Las reglas referidas a la transparencia se refieren a dos momentos del proceso antes de la adjudicación de compra (ex ante) y después. En el cuadro 4.2 se resumen el conjunto de dimensiones consideradas en la etapa preliminar (transparencia ex ante). En relación a la transparencia ex post importa la información sobre adjudicaciones e información pública. En los acuerdos bilaterales analizados, después de adjudicar un contrato la entidad publicará los resultados a los proveedores que presentaron ofertas. Además, se informará, a solicitud de los proveedores no seleccionados, las razones para no seleccionar su oferta. La publicación de adjudicación contendrá: nombre de la entidad, descripción de los bienes contratados, fecha, nombre del ganador y valor del contrato. Las entidades podrán retener información sobre la adjudicación, si su difusión fuera contraria al interés público o perjudicara intereses comerciales.

En el caso del GPA, las entidades pondrán un anuncio después de la adjudicación, donde figurará: la naturaleza y cantidad de productos/servicios, el nombre y dirección del que adjudica, fecha, nombre y dirección del adjudicatario, valor de la oferta ganadora. Las entidades facilitarán, cuando sean requeridas, la explicación de las razones por las que se desestimó la solicitud de un proveedor a ser incluido en la lista de los calificados, o las razones a los licitadores cuya oferta no fue elegida. El gobierno de un licitador no elegido, Parte del GPA, podrá pedir información adicional sobre la adjudicación del contrato. Además, la información confidencial facilitada a las Partes que sea contraria al interés público o lesionar intereses comerciales no será revelada sin autorización de la Parte que proveyó la información.

Cuadro 4.2
Comparación de ACP bilaterales y GPA en transparencia (ex ante) de las reglas

	ACPs bilaterales	GPA
<i>Compensaciones</i>	No admitidas en ninguna etapa	No admitidas. Pueden existir excepciones para países en desarrollo
<i>Procedimiento de licitación</i>	Licitación abierta no discriminatoria ²⁷	Tres tipos: públicas, selectivas y restringidas.
<i>Excepciones</i>	Para proteger la moral, seguridad pública, vida, salud y seguridad de personas, animales o vegetales, propiedad intelectual, bienes/servicios de minúsculos, instituciones de beneficencia o trabajo penitenciario. Se agrega La compra de material de guerra en el GPA.	
<i>Publicación de las medidas de contratación pública</i>	Las entidades publicarán una invitación a participar, salvo en los casos de invitación restringida, indicando los siguientes datos: naturaleza y cantidad de productos/servicios, indicación del tipo de licitación, fechas de entrega, las direcciones donde enviar las solicitudes de participar en la licitación y de la entidad que adjudique el contrato y facilite información, las condiciones económicas o técnicas, criterios de adjudicación, importe y forma de pago, indicación si las ofertas son de compra o alquiler. ²⁸	
<i>Plazos para la presentación de ofertas</i>	40-10 días. Según el acuerdo y el medio utilizado.	No será inferior a 40 días y en licitaciones selectivas sin lista permanente de calificados, no será inferior a 25 días. Los plazos pueden reducirse, pero nunca ser inferiores a 10 días (casos de urgencia).
<i>Documentos de Licitación</i>	Una entidad proporcionará a los proveedores interesados la información para preparar ofertas adecuadas	En el idioma oficial de la OMC. El Pliego contendrá toda la información requerida.
<i>Calificación de proveedores</i>	Publicará un aviso invitando a participar para certificar la calificación de proveedores.	El proceso de calificación o los plazos no pueden excluir a proveedores. Las partes deberán asegurar que sus entidades sigan un único proceso de calificación.
<i>Tratamiento de ofertas y adjudicación de contratos</i>	Las entidades contratantes recibirán y abrirán las ofertas garantizando igualdad e imparcialidad entre proveedores	Las ofertas consideradas para su adjudicación deberán cumplir, en la apertura, con los requisitos estipulados en los anuncios o en el pliego de condiciones, y que sea un proveedor que cumple con las condiciones de participación
<i>Negociación</i>	En los acuerdos Uruguay-Chile y Chile-UE, las Partes pueden realizar negociaciones cuando de la evaluación de las ofertas se considera que no existe una oferta más ventajosa. En tal caso que toda eliminación de proveedores se realice con las bases de la licitación, y cuando la negociación haya concluido, que todos los proveedores puedan presentar ofertas nuevas.	Toda Parte podrá realizar negociaciones cuando de la evaluación se concluya que ninguna oferta es la más ventajosa. La eliminación de proveedores sea realizada con las bases de la licitación y los no eliminados puedan presentar nuevas propuestas.

Fuente: Elaboración propia en base a SICE y OMC.

Asimismo, las regulaciones indican que cada Parte establecerá procedimientos no discriminatorios y eficaces que permitan a los proveedores impugnar las presuntas infracciones del régimen de una contratación. En el caso de los acuerdos bilaterales de Compras Públicas y el GPA se destaca la importancia de establecer o designar una autoridad administrativa o judicial imparcial,

²⁷ En el caso del acuerdo Uruguay-Chile, la licitación abierta incluye la abreviada donde se invita a un número determinado de proveedores. En el acuerdo Perú-USA las alternativas son: listas multiusos, licitación selectiva y Contratación directa. En el acuerdo Chile-UE la referencia alternativa es la licitación selectiva o restrictiva. En general, las entidades podrán adjudicar contratos por los medios alternativos a la licitación abierta sin que estos afecten la competencia, en los siguientes casos: no se presenten ofertas; se trate de obras de arte o derechos de propiedad intelectual; entregas adicionales ampliatorias de servicios; un mercado de commodities; se trate de prototipos; sean servicios de construcción adicionales que respondan a circunstancias imprevistas; casos de extrema urgencia; se trate de servicios confidenciales de consultoría; compras en condiciones favorables.

²⁸ En licitaciones selectivas, las entidades con listas permanentes (acuerdos Chile-UE y GPA) las insertarán en las publicaciones indicadas con el siguiente contenido: una enumeración de listas; las condiciones a reunir de los proveedores para ser incluidos; y el período de validez de las listas.

independiente de sus entidades, para recibir y revisar las impugnaciones presentadas por los proveedores. Los procedimientos de impugnación deberán prever medidas provisionales para corregir las infracciones, y/o compensar por los daños y perjuicios sufridos. Además en el GPA, si una Parte considera que uno de los objetivos del Acuerdo no se realiza por incumplimiento de otra Parte, podrá formularle proposiciones notificando al Órgano de Solución de Diferencias de la OMC. El mismo estará facultado para establecer grupos especiales y formular recomendaciones autorizando la suspensión de obligaciones.

5. ESPACIO DE POLÍTICAS DOMÉSTICAS: CASO MIPyMEs

En la presente sección se intenta determinar el espacio de políticas domésticas para el desarrollo en los países seleccionados, especialmente para el desarrollo de las MIPyMEs. A los efectos de poder determinar el espacio de las políticas domésticas hay que considerar, las legislaciones nacionales vigentes en materia de compras públicas. Esto permitirá identificar a nivel doméstico el dilema sobre la oportunidad y conveniencia de utilizar las compras del gobierno como instrumento para el desarrollo de determinados sectores y/o actores productivos. El grado de similitud en las legislaciones domésticas, hace más fácil o difícil la aplicación de las disciplinas establecidas en los Acuerdos Internacionales. Por un lado, países en los cuales la normativa doméstica prioriza la eficiencia económica y, por tanto, no utilizan las compras públicas como instrumento de política industrial, tendrán consolidada una decisión interna que les facilita la asunción e implementación de los compromisos internacionales en materia de acceso a los mercados de contratación pública. Por otro lado, países donde la normativa doméstica ha priorizado el estímulo al desarrollo de sectores productivos específicos, deberán preocuparse por preservar ese margen de acción en los Acuerdos.

En segundo lugar, se deberá determinar en qué medida los Acuerdos de Contrataciones Públicas, con sus principios básicos de no discriminación y trato nacional interactúan con las formas de salvaguardar la discrecionalidad; esto es, analizar si entidades cubiertas (ámbito de aplicación), reservas y umbrales, permiten o no, saldar el dilema eficiencia vs estímulo en las legislaciones nacionales. Finalmente, en la última subsección de este apartado, se centra el análisis en el caso particular de las MIPyMEs y se extraen las principales conclusiones al respecto.

Tal como fue visto en la sección 3 y 4, tanto los Capítulos de Compras Públicas de los distintos como el Acuerdo sobre Compras Públicas de la OMC intentan establecer como principio general la no discriminación y el trato nacional a los bienes y servicios extranjeros, así como a los proveedores de dichos bienes y servicios. Como todo principio general, estos Acuerdos prevén excepciones al principio de no discriminación y trato nacional a través de: las entidades no cubiertas, quienes podrán realizar sus compras a través de procedimientos no consolidados en los Acuerdos; los bienes y servicios no cubiertos que son contratados por entidades cubiertas; las reservas generales, que cubren, entre otros, programas específicos para la contratación de bienes y servicios cubiertos y que son implementados también por entidades cubiertas; y los umbrales, que determinan un monto mínimo de la contratación pública a partir del cual aplican las disposiciones del Acuerdo.

5.1 Normativa nacional de compras públicas

En la presente subsección se realiza un análisis comparado del espacio para políticas de desarrollo o apoyo de determinados sectores productivos nacionales en la normativa vigente de compras públicas en el caso de un conjunto de países seleccionados de América Latina y el Caribe. La presente sección, por tanto, no se propone realizar un análisis exhaustivo de los regímenes de compras públicas vigentes en los países sino que intenta exponer la forma en que los países han resuelto el dilema entre eficiencia económica y fomento a la industria nacional. Asimismo, se busca relevar el tratamiento que se le otorga a las MIPyMEs en los procesos de contratación pública.

El Cuadro 5.1 resume la normativa vigente²⁹ en cada uno de los países seleccionados, informando sobre el tipo de medidas que se aplican ya sea para el desarrollo u apoyo a la industria nacional en general, como para el fomento de las MIPyMEs ³⁰ en particular. La mayoría de los países relevados utilizan las compras públicas como instrumento de fomento y desarrollo de sus industrias nacionales a través de la aplicación simultánea de regímenes generales para la industria nacional y específicos (generalmente enfocados a MIPyMEs nacionales). Sin embargo, un análisis más detenido del Cuadro 5.1 también permite observar que existe bastante heterogeneidad en el tipo de instrumento utilizado y en la intensidad con que las compras públicas son utilizadas como herramienta de apoyo a la industria nacional.

Claramente Venezuela es el país que más discrecionalidad deja a los pliegos particulares para otorgar un trato especial a los bienes y servicios propios. De esta manera, se concede una preferencia a la contratación de los bienes que contengan mayor valor agregado nacional, así como a los contratos de servicios en los que el oferente esté localizado en territorio venezolano, y tengan mayor incorporación de partes e insumos nacionales además de mayor participación de recursos humanos venezolanos.

Brasil, Argentina y México también otorgan preferencias horizontales o reservas de mercado amplias a su industria nacional. Estos tres países, y también Venezuela, establecen modalidades de contratación pública donde exclusivamente pueden participar los nacionales. Esto es interesante ya que esta modalidad de trato especial a las contrataciones de bienes y servicios nacionales implica excluir de la participación en el proceso a las ofertas extranjeras. Esto es, el mercado de contratación pública se mantiene parcialmente cerrado a la competencia internacional, con la consecuente pérdida de eficiencia asociada al encarecimiento de los contratos.

Por otro lado, Bolivia, Colombia y Uruguay, si bien utilizan las compras gubernamentales como política de fomento a la industria nacional, no llegan a acumular la utilización de tantas medidas como los países descritos en el párrafo anterior, concentrándose más en un trato discriminatorio del tipo “prioridad de la oferta nacional” en el proceso en lugar de una exclusión directa a la participación.

Finalmente, Perú utiliza las compras gubernamentales únicamente para fomento de las MIPyMEs y no para el desarrollo general de la industria nacional. Chile no utiliza las compras gubernamentales como instrumento de política industrial y de forma complementaria se utilizan mecanismos de promoción que facilitan el acceso de todos los proveedores (programas de capacitación, centros públicos para la presentación de ofertas por medios electrónicos, etc.), teniendo probablemente un mayor impacto en aquellos proveedores de menor tamaño económico.

Parece posible entonces diferenciar cuatro grupos de países según la cantidad de instrumentos aplicados para fomentar la industria nacional de manera horizontal y las MIPyMEs en particular. El Cuadro 5.2 resume esta información. Se muestra un grupo de países integrado por Argentina, Brasil, México y Venezuela que utilizan una gran cantidad de instrumentos, tanto en lo que respecta al fomento a la industria nacional como a las políticas de apoyo a las MIPyMEs, que discriminan entre el proveedor nacional y el extranjero. A su vez, dentro de este primer grupo de países, hay que destacar que México - en su Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público- tiene un artículo que establece que “La aplicación de esta ley será sin perjuicio de lo establecido en los tratados.”, por lo que en principio cabe suponer que el trato discriminatorio no comprende a las ofertas cubiertas por Acuerdos de Contratación Pública de los que participa el país. Brasil, por su parte, mediante la Ley 12.349 de 2010 estableció que la preferencia a los bienes y servicios nacionales puede ser extendida total o parcialmente a los bienes y servicios originarios del MERCOSUR. Por el momento, sin embargo, no hay ninguna norma que extienda efectivamente este trato a los países del MERCOSUR, sino que el mismo se mantiene sólo como posibilidad en la Ley que lo consagra.

²⁹ El análisis detallado país por país se encuentra en el Anexo B.

³⁰ Es importante notar que la definición de MIPyMEs difiere en los países, por lo que los instrumentos indicados en dichas columnas son aplicables únicamente a las empresas que califiquen como MIPyMEs en la normativa nacional correspondiente.

Cuadro 5.1

Características de la legislación doméstica en países seleccionados

Países / Medidas	Régimen general de protección a la industria nacional					Régimen para MIPyMEs		
	Márgenes de preferencia en precios	Requisitos de contenido local	Reserva de mercado	Preferencias proveedores (1)	Otras medidas (2)	Márgenes de preferencia en precios	Reserva de mercado	Otras medidas (3)
Argentina	X	X		X		X	X	
Brasil	X	X		X	X	X	X	X
Bolivia	X	X			X	X		
Chile								X
Colombia	X	X		X			X	
México		X	X		X	X	X	
Perú						X	X	X
Uruguay	X					X	X	
Venezuela	X	X	X	X	X	X	X	

1) Por subcontratación de empresas o mano de obra nacional

2) Distinción entre licitación pública nacional e internacional (Bolivia, México, Venezuela); Preferencias en el sector informático (Brasil)

3) Estudios y capacitación destinada a MIPyMEs y créditos preferenciales a las microempresas (Chile); Preferencias en el sector informático (Brasil); Garantías especiales (Perú)

Fuente: Elaboración propia en base a Reig y Torres (2010)

Un segundo grupo de países está integrado por Bolivia, Colombia y Uruguay quienes aplican un grupo acotado de instrumentos, tanto en lo que respecta al fomento a la industria nacional como en apoyo a las MIPyMEs, en la discriminación entre el nacional y el extranjero pero que no aluden a formatos generales de contratación que excluyan ex-ante la participación del extranjero.

El tercer grupo estaría integrado únicamente por Perú que no utiliza medidas horizontales de apoyo a la industria nacional pero sí una gran cantidad de medidas de apoyo a las MIPyMEs. Estas medidas de apoyo a las MIPyMEs son horizontales ya que no se especifican sectores o programas específicos, por lo que deja un margen de acción bastante abierto.

Y finalmente, Chile que no utiliza las compras públicas como instrumento de política industrial.

Parece claro que la normativa doméstica en materia de compras públicas en sudamérica es heterogénea y va desde una utilización plena de las compras públicas como herramienta de fomento a la industria nacional, con una gran discrecionalidad disponible en la redacción de los pliegos para la aplicación de la discriminación (Venezuela), hasta la no utilización de este instrumento con fines de promoción industrial (Chile). Entre estos dos países, y con una amplia y heterogénea gama de matices, se encuentran el resto de los países analizados.

Cuadro 5.2

Cantidad de instrumentos aplicados para fomentar industria nacional y MIPyMEs

País/Cant instrumentos	Industria Nacional			MIPyMEs		
	Muchos	Algunos	Ninguno	Muchos	Algunos	Ninguno
Argentina, Brasil, México, Venezuela	X			X		
Bolivia, Colombia, Uruguay		X			X	
Perú			X	X		
Chile			X			X

Fuente: Elaboración propia

Por tanto, se hace evidente que las disciplinas establecidas en los Acuerdos de Contrataciones Públicas interactuarán en distinta forma con la normativa nacional vigente, según que la misma haya privilegiado la eficiencia o el fomento. La siguiente sección aborda esta cuestión.

5.2 Disciplinas en los Acuerdos de Contrataciones Públicas y Normativa Nacional vigente.

Tal como se vio en la sección 3 los Acuerdos de Contrataciones Públicas imponen disciplinas en materia de reglas sobre el alcance, reglas sobre los procedimientos y transparencia y reglas institucionales sobre la aplicación. Tanto el Acuerdo Plurilateral sobre Contrataciones Públicas de la OMC como los Acuerdos de Contrataciones Públicas bilaterales buscan consagrar la no discriminación entre bienes, servicios y proveedores, sean éstos nacionales o extranjeros. Adicionalmente a este principio general, se agregan cuestiones relativas a la transparencia y publicidad de los procedimientos.³¹

Por tanto, los países que en su normativa doméstica no utilicen las compras públicas como instrumento de política industrial y tengan establecidos procedimientos transparentes de comunicación de sus procesos de compras públicas, no tendrán mayores inconvenientes en suscribir este tipo de Acuerdos. Por otro lado, los países que utilizan las compras públicas como instrumento de política industrial tendrán que negociar el texto del Acuerdo de forma de que el mismo no entre en contradicción con la normativa doméstica.

Como se vio en la sección 5.1 únicamente Chile no utiliza las compras públicas para realizar política industrial, por lo que no tiene inconvenientes en la suscripción de estos Acuerdos. Lo anterior queda en evidencia en el hecho de que Chile, tal como se observa en el cuadro 2.2, tiene doce Acuerdos de este tipo vigentes. El hecho de que Chile no utilice las compras públicas como instrumento de política industrial implica, adicionalmente, que ningún país consiga un tratamiento preferencial en las compras públicas chilenas con respecto a quienes no firman estos Acuerdos. Por lo tanto, si bien es relativamente sencillo para Chile conciliar su normativa doméstica con los Acuerdos de Compras Públicas, las ganancias de la firma de este tipo de Acuerdos para quien negocia con Chile no son significativas. En el tratamiento que se le otorga a los bienes, servicios y proveedores de la contraparte en el Acuerdo no hay implícito un trato preferencial respecto a terceros países. A lo sumo, el Acuerdo opera a los efectos de otorgar una mayor transparencia y se da una consolidación del estatus quo vigente.

Para el caso de Argentina, Brasil, México y Venezuela, el primer grupo de países definidos en el cuadro 5.2, -que aplican muchos instrumentos de forma conjunta en las compras gubernamentales a los efectos de discriminar a favor de la industria nacional-, es para quienes resulta más difícil conciliar la normativa doméstica con las disciplinas negociadas en los Acuerdos de Contrataciones Públicas. A su vez, y dada la discriminación que aplican estos países en su normativa doméstica, es con quienes más ganancias se obtendrían si sus compromisos implicaran la suscripción de un trato igual que el que se le otorga a sus nacionales.

Si se analiza la legislación de estos cuatro países más detalladamente se encuentran tres situaciones distintas:

- i. México establece en su normativa doméstica cláusulas que permiten extender el trato discriminatorio a los países con los que firma Acuerdos de Compras Públicas.
- ii. Brasil establece la posibilidad de extender la preferencia a sus nacionales en productos, servicios y proveedores únicamente a los países del MERCOSUR.
- iii. Argentina y Venezuela no disponen de excepciones en su normativa doméstica.

Por tanto México tiene en su normativa doméstica una cláusula de escape a la discriminación entre el nacional y el país con quien suscribe acuerdos que le permite otorgar las disciplinas estándares de los Acuerdos de Contrataciones Públicas. Esta cláusula, junto con el hecho de que tenga una política de compras sumamente discriminatoria, hace muy atractivo firmar un Acuerdo de este tipo con México.

Argentina y Venezuela no tienen excepciones previstas a la discriminación establecida en la normativa vigente.

De este grupo de países, Argentina, Brasil y Venezuela tendrían mayores problemas para compatibilizar los principios básicos de un Acuerdo de Compras Públicas con sus legislaciones domésticas, lo

³¹ Ver Sección 3 y 4.

que se evidencia en el hecho de que prácticamente no tienen ningún Acuerdo vigente en esta materia por el momento³².

Para el grupo de países integrado por Bolivia, Colombia, Perú y Uruguay, que tal como muestra el cuadro 5.2 aplican algunas discriminaciones en favor de la industria nacional, resultará fundamental a los efectos de compatibilizar su normativa doméstica con los principales principios de los Acuerdos de Contrataciones Públicas la definición del alcance del Acuerdo, así como las reservas y las entidades cubiertas. Mediante la exclusión del Acuerdo de los programas o entidades que discriminan en favor de los nacionales estos países no tendrán inconveniente en suscribir este tipo de Acuerdos. A su vez, para quienes negocian este tipo de Acuerdos con estos países, el acceso preferencial resultará en conseguir el trato nacional justamente en donde no lo tienen en la normativa doméstica, por lo que intentarán que se incluyan en el Acuerdo las entidades o programas discriminatorios.

Queda en evidencia que para los cuatro grupos de países definidos en la subsección 5.1 de acuerdo a la cantidad de instrumentos que aplican para favorecer el desarrollo de la industria nacional, existen alternativas para negociar ACP compatibles con la normativa doméstica. De hecho, países de los cuatro grupos tienen ACP vigentes. Michael Cuadro 5.3 resume esta información.

El cuadro 5.3 muestra que, más allá de cómo se establezca el balance doméstico entre fomento y eficiencia, es posible negociar Acuerdos de Contrataciones Públicas. En el caso de países con gran cantidad de instrumentos aplicados en fomento de la industria nacional es indispensable el tipo de cláusula vigente en la normativa mexicana que permite conceder el trato nacional a través de los acuerdos que se suscriban. Claramente, de existir este tipo de cláusulas, es con estos países con quien más ganancia potencial se obtiene de negociar un ACP. En estos casos, el proceso negociador podría traer como resultado la modificación de la normativa doméstica en favor de permitir el trato nacional exclusivo para los socios comerciales en el ámbito de las contrataciones públicas.

Con respecto a los países que aplican algunos instrumentos, es posible negociar ACP teniendo especial atención en el alcance, las reservas y los umbrales negociados en el Acuerdo.

Cuadro 5.3

Cantidad de instrumentos aplicados para fomentar la industria nacional, países con ACP vigentes y ganancia para la contraparte de negociar estos Acuerdos

	Cantidad de instrumentos que discriminan en favor de industria nacional	Países con ACP vigentes	Contraparte gana trato preferencial
Legislación Doméstica	Muchos	México	SI
	Algunos	Perú, Colombia, Uruguay	Depende de alcance, umbrales y reservas
	Ninguno	Chile	NO

Fuente: Elaboración propia.

5.3 Espacio para desarrollar políticas de fomento a las MIPyMEs nacionales

Como se observa en el Cuadro 5.2, también en lo que respecta a las políticas de fomento a las MIPyMEs existen distintas realidades en los países sudamericanos. Por un lado están Argentina, Brasil, México y Perú que aplican una gran cantidad de instrumentos en el fomento de la participación de las MIPyMEs nacionales en la contratación pública. Es de destacar que mientras que Argentina, Brasil y México mantienen la tendencia de fomento a la industria nacional y, como una alternativa particular, para el caso de las MIPyMEs,

³² Argentina tiene vigente un Protocolo de Compras del MERCOSUR, que no se encuentra operativo porque fue el único país del bloque que lo internó. Al mismo tiempo, este acuerdo presenta la particularidad de permitir exclusiones horizontales y generales al trato nacional, algo que no existe a nivel de otros acuerdos internacionales en la materia. Actualmente el Protocolo de Compras del MERCOSUR se encuentra en proceso de renegociación.

Perú aplica los instrumentos únicamente para fomentar la participación de las MIPyMEs y no para la industria nacional en general.

Un segundo grupo está integrado por Bolivia, Colombia y Uruguay que aplican instrumentos acotados para el fomento de las MIPyMEs. Finalmente, tenemos el caso de Chile que no aplica instrumentos de fomento a las MIPyMEs.³³

Nuevamente países de los tres grupos tienen ACPs vigentes, estos países son: Perú, en el grupo de quienes aplican una gran cantidad de instrumentos, Colombia y Uruguay, en el caso de los que aplican un conjunto acotado, y Chile, en el caso de quien no utiliza las compras gubernamentales como instrumento de política industrial para las MIPyMEs. Sea cuál fuera el rol que se le asigne a las compras públicas como instrumento de fomento de las MIPyMEs nacionales, dicho espacio se puede preservar al suscribir ACPs. La forma en que lo hicieron Perú, Colombia y Uruguay se encuentra reflejada en las reservas de sus ACPs (ver cuadros 3.4 a 3.7).

Queda en evidencia que el margen de maniobra para mantener políticas de desarrollo y fomento a sectores específicos o programas específicos viene dado por el alcance que se negocie en cada ACP específico, así como por los umbrales que se determinen, las entidades alcanzadas por el ACP, y las reservas que cada país realice. Si bien una exclusión horizontal a la industria nacional parece no ser una alternativa posible en el marco de estos acuerdos, cuando se trata de programas específicos para MIPyMEs la experiencia muestra que es frecuente su exclusión. Esto, además, permite una válvula de escape para aquellos países que deseen mantener compromisos internacionales en la materia, si hasta al momento han aplicado una discriminación horizontal, en la medida en que puedan acotar la misma al diseño de programas específicos, por ejemplo de MIPyMEs, pasan a contar con una alternativa viable.

6. CONVERGENCIA DE LOS ACP

Los acuerdos de compras públicas no son frecuentes en la región sudamericana (ver cuadro 2.1). Solamente hay cuatro países que tienen este tipo de acuerdos: Chile; Colombia; Perú y Uruguay. Chile tiene el mayor liderazgo tanto en acuerdos de compras públicas en la región (suscribió los dos que existen entre países de la región sudamericana con Colombia y Uruguay) sino también en materia de acuerdos extraregionales (tiene vigentes diez acuerdos). Perú tiene dos acuerdos extraregionales y Uruguay uno dentro de la región (Chile) y otro en proceso de negociación (México). Por último, Colombia registra solo el acuerdo con Chile.

Cuadro 6.1
Resumen de las características de los ACP analizados

Tipo/Acuerdo		URU-CHI	COL-CHI	PER-EEUU	CHI-UE
Grado protección global		1,4	1,5	1,8	1,9
RESERVAS	Chile	1,1	1,1		1,1
	Colombia		1,3		
	Estados Unidos			1,5	
	Perú			1,4	
	UE				1,2
	Uruguay	1,2			
Promedio general & reservas		1,2	1,3	1,6	1,4

³³ En realidad Chile tiene una única medida que es un régimen que permite a las MIPyMEs acceder a una tasa de interés preferencial a la de mercado cuando para participar en una licitación pública se requiere constitución de garantía.

Fuente: Elaboración propia.

En el trabajo se desarrolló una metodología que permite medir el grado de protección (discriminación hacia algún tipo de proveedor local) que se mantiene en cada acuerdo. Esto permite medir el grado de liberalización asociado a cada uno de los acuerdos seleccionados. En el cuadro 6.1 se resumen los resultados tanto los referidos a los textos de los acuerdos (grado protección global en los tres ejes donde se midió: alcance; transparencia; aplicación) como en lo que se vincula con las reservas específicas de cada uno (ver cuadros 3.3 a 3.7). De acuerdo a los resultados obtenidos, los dos acuerdos de tipo Norte-Sur (uno con EEUU y el otro con la UE) son los que registran más excepciones y reservas, lo que se traduce en un grado de apertura menor. En tanto los dos acuerdos intraregionales son más abiertos.

La comparación de las normas legales de los Acuerdos de Compras Públicas de Uruguay-Chile, Perú-USA, Colombia-Chile, Chile-UE, con las correspondientes al Acuerdo Plurilateral de Compras Públicas de la OMC, supone que la implementación de los mismos no afecta el espíritu de las normas. Como el GPA es un acuerdo de adhesión voluntaria, la comparación con los acuerdos bilaterales (regionales), también de adhesión voluntaria, podría resultar en una comparación razonable de la normativa. Sin embargo, cabe considerar el posible sesgo de agregación de la comparación realizada, dado que no se incorpora a través de índices cuantitativos la diferencia regulatoria y de cobertura (Entidades, Bienes/Servicios, Umbrales), que surge del detalle de los anexos correspondientes.

El presente status normativo del “Trato especial y diferenciado para los países en desarrollo” introducido en el GPA, requiere a los LDC negociar dicho trato especial tanto en el proceso de adhesión al GPA, como posteriormente solicitando la concesión de exenciones al Comité de Contratación Pública luego que la adhesión este vigente, o en rondas futuras. Un status alternativo similar a la práctica del Sistema Generalizado de Preferencias referido hoy a bienes, implicaría definir: modalidades de compromisos, preferencias comerciales, y los principales grupos de países involucrados. Esto último parece de difícil realización, cuando todavía no se ha negociado un “Trato especial y diferenciado para los países en desarrollo” en el Acuerdo General del Comercio de Servicios.

Respecto del “Principio de no discriminación” (Trato nacional y NMF) estos son similares tanto en el acuerdo plurilateral (GPA), como en los acuerdos bilaterales (regionales) analizados (ACPs). Tampoco difieren entre el GPA y los de la UE y del NAFTA respectivamente. La similitud del enfoque de las “Reglas de procedimiento relacionadas con la Transparencia del proceso” entre los acuerdos bilaterales y el mayor detalle de las mismas en el GPA, sugiere dos hipótesis a investigar para un proyecto de multilateralización de los ACPs: la primera, relacionada con las características de todo acuerdo de libre comercio de restringir a los signatarios a la cláusula NMF; la otra, implica analizar la existencia de un nivel de procedimientos más restrictivos del GPA, comparado con aquellos que se consagran en algunos acuerdos que los propios signatarios del GPA (USA y UE) han firmado bilateralmente con terceros países.

Un punto importante para entender los incentivos de cada parte a suscribir acuerdos recíprocos en compras públicas es la orientación de la política doméstica en esta materia. En el estudio del espacio de las políticas domésticas (ver sección 5) se amplió el conjunto de países a 9 (todos los de la ALADI menos Cuba, Ecuador y Paraguay). Se diferencian cuatro conjuntos de países (ver cuadro 5.2). En primer lugar, se encuentran los muy intervencionistas orientados a la promoción de la industria nacional en general y de las MIPyMEs en particular (Argentina, Brasil, México, Venezuela). Este grupo emplea un variado conjunto de instrumentos para el cumplimiento de ambos fines. Un segundo grupo tienen una cobertura igual de objetivos (industria nacional y MIPyMEs) pero restringido a pocos instrumentos (Bolivia, Colombia y Uruguay). El tercer grupo solo aplican las compras públicas como mecanismo de promoción de las MIPyMEs (Perú). Por último el cuarto grupo, donde no se cubren estos objetivos con las compras públicas, no usó ningún instrumento (Chile).

Chile es el país que registra una mayor frecuencia en materia de acuerdos de compras públicas, no solo a nivel regional sino también a nivel internacional. Sin embargo, no es signatario del GPA, a pesar de que muchos de los acuerdos que tiene firmado implican niveles de disciplinas más estrictas. Esta claro, que más allá de los compromisos jurídicos y procesales específicos, Chile no otorga ninguna preferencia cuando suscribe un acuerdo y sin embargo típicamente obtiene un acceso preferente en el socio del acuerdo.

El caso de México es de interés dado que por un lado queda caracterizado como un país que está en el grupo de los intervencionistas en materia de compras públicas, pero simultáneamente es signatario de

varios acuerdos de compras. Más allá de la revisión de los diferentes mecanismos de excepción, se trata de un ejemplo concreto de cómo los acuerdos permiten preservar el espacio de políticas domésticas.

Lo fundamental de estos acuerdos es cual es el objetivo nacional de política pública que se persigue, si se entiende que el objetivo de las compras públicas es el abastecimiento más eficiente, entonces los acuerdos de compras pueden ser usados como un instrumento para profundizar la competencia de proveedores y por esta vía reducir los precios de compra. Simultáneamente, no ser discriminado por otros gobiernos es una forma de mejorar el acceso al mercado. En este caso resulta coherente tener una política de ampliar la canasta de países con los que se suscriben este tipo de acuerdo. Chile claramente siguió este camino.

Quién más se acerca a la situación de Chile es Perú. Si bien no tiene un acuerdo de compras públicas con ningún país de la región tiene uno vigente con Estados Unidos y otro firmado con la Unión Europea. En esto logró mantener su espacio de política doméstica que emplea a las compras públicas como mecanismo de promoción de las MIPyMEs. Luego están Colombia y Uruguay, que únicamente han suscripto acuerdos con Chile y que tienen un espacio de políticas domésticas mayores a preservar.

En resumen, el espacio de la convergencia es reducido dado que los acuerdos son pocos. El protagonismo que ha tenido Chile, indica que este país ha generado una matriz que podría ser utilizada como base para un acuerdo. El mismo involucraría a los países que han apostado a los acuerdos de compras públicas como mecanismo de mejorar sus condiciones de acceso al mercado internacional, y simultáneamente mejorar la eficiencia en su forma de abastecerse.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Anderson, R., Müller, A.C., Pardo de León J., Osei-Lah, K., y Pelletier, PH. (2010), "Government procurement provisions in recent regional trade agreements", WTO.
- Brühlhart, M. and Trionfetti, F. (2004), "Public Expenditure and International Specialisation". *European Economic Review*, vol. 48, No. 4, pp. 851-881.
- Claro de la Maza, J. y Camblor, R. (1999), "Government Procurement and Free Trade in the Americas", INTA, Working Papers.
- Evenett, S. y Hoekman, B. (2000), "Government procurement of services and multilateral disciplines" en Sauvé, P. y Stern, R. *Gats 2000: new directions in services trade liberalization*, Center for Business and Government y Brookings Institution.
- Evenett, S. (2002), "Multilateral disciplines and government procurement", in *Development Trade and the WTO, Handbook*, Hoekman, B., Mattoo, A., English, P. Editors, The World Bank.
- Heilman Grier, J. (2010), "Market Access Opportunities under the GPA", WTO Symposium on the Agreement on Government Procurement, Geneva, Switzerland.
- Mackay, R. and Robert M. (2001), "Compras de sector público", en *Hacia el Libre Comercio en las Américas* editado por José M. Salazar-Xirinachs y Maryse Robert editores, OEA, Brookings Institution Press.
- Mattoo, A. (1996), "The government procurement agreement: Implications of economic theory", *The World Economy*.
- OECD (2002), "The relationship between regional trade agreements and the multilateral trading system, Government Procurement", Working Paper TD/TC/WP(2002)24FINAL, Trade Committee.
- Reig, N. y Torres, S. (2010), "Las compras estatales como instrumento de política industrial en Uruguay" Cuaderno de Economía N 4, Año 2009/2010, Universidad Católica del Uruguay , pp: 149-166.
- Rojas, L.(2003), "Acceso en los acuerdos de compras del Sector Público", Documento de trabajo no publicado.
- Ulloa, A., (2006), "El mercado público y los acuerdos comerciales, un análisis económico", División de Comercio de la CEPAL, Serie Estudios No 69, Santiago de Chile.
- Valdés, R. (2010), "Lessons from the first two decades of trade policy reviews in the Americas" (1989-2009), WTO, Staff Working Paper ERSD-2010-15.
- Kodjo O. (2010), "Accession to the GPA: Processes, Procedures and Current State of Play", WTO Symposium on the Agreement on Government Procurement, Geneva, Switzerland.
- Organización Mundial del Comercio, "Acuerdo sobre Contratación Pública".

ANEXO B
LEGISLACIÓN DOMÉSTICA EN COMPRAS PÚBLICAS

i) Argentina

(<https://www.argentinacompra.gov.ar>)

Las principales modalidades de contratación del Estado argentino son:

- licitaciones:
 - o privadas: entre USD\$ 25.000 y USD\$ 100.000
 - o públicos: por encima de USD\$ 100.000

- contrataciones directas: para montos inferiores a USD\$ 25.000

- subastas o remates públicos

Las licitaciones públicas asimismo se dividen en nacionales e internacionales. Las licitaciones nacionales se dirigen exclusivamente a oferentes instalados en Argentina mientras que en las internacionales la convocatoria se extiende a interesados y oferentes del exterior.

Los organismos y empresas del Estado en la contratación y subcontratación de bienes y servicios otorgan una preferencia de 5% a las empresas que ofrezcan bienes de origen nacional. En el caso de que la empresa sea una MIPyME la preferencia aumenta al 7%. Un bien de origen nacional es aquel en el que el costo de las materias primas e insumos importados no supere el cuarenta por ciento (40%) de su valor bruto de producción.

Las especificaciones técnicas de una contratación siempre deben indicar bienes que puedan producirse en el país, salvo cuando la industria nacional no ofrezca ni sea capaz de ofrecer alguna alternativa, total o parcial viable y a precio razonable. Adicionalmente, si un bien puede ser provisto por la industria nacional, pero solamente hasta un determinado peso, volumen, tamaño, potencia, velocidad o cualquier otro límite de especificación, los proyectos deben realizarse dentro de estos límites, salvo que existan justificaciones objetivas y claras que indiquen la necesidad de sobrepasarlos.

Las obras e instalaciones se deben fraccionar en el mayor grado posible, con el fin de facilitar la máxima participación de la industria nacional. Lo mismo se aplica para los equipos y máquinas que no se producen en Argentina, pero que pueden proveerse por partes por la industria de dicho país. Los pliegos de licitación siempre deben ir acompañados con una lista de elementos que pueden ser provistos en el país.

Finalmente, la legislación estipula que las condiciones de provisión se fijarán siempre con plazos de entrega suficientes para permitir a la industria nacional encarar la producción de los bienes, salvo urgencia impostergradable que impida proyectar la obra con suficiente antelación.

En lo que hace referencia a las compras reiteradas o susceptibles de ser normalizadas se establece que los contratantes deben intentar concertar acuerdos de largo plazo con la industria nacional para asegurarle una demanda adecuada y programada, y se puede exigir por parte del Estado como contrapartida inversiones, reducciones en los costos, y mejoras en la calidad. La construcción de obras y la provisión de servicios se

deben contratar exclusivamente con empresas locales. Una empresa es considerada local si ha sido creada o autorizada a operar de acuerdo con las leyes argentinas, tiene su domicilio legal en Argentina y acredita que el 80% de sus directores, personal directivo y profesional tiene domicilio en Argentina.

La ley de Fomento para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa establece una reserva de mercado de al menos 10% en las licitaciones y contrataciones públicas. Aquellas MIPyMEs que ofrezcan precios con una diferencia que no supere en más del 5% la mejor oferta presentada por una empresa “no MIPYME”, deberán ser invitadas para que puedan igualar la mejor oferta.

ii) Brasil

(Ley 8.666; <http://legislacao.planalto.gov.br>)

Las compras públicas se realizan a través de licitación según los principios de selección de la alternativa más ventajosa para la administración y la promoción del desarrollo nacional sustentable.

En relación a la protección de la industria nacional, se establece que ante igualdad de condiciones, como criterio de desempate, se le dará la preferencia a los bienes y servicios que: 1) sean producidos en el país, 2) sean producidos o prestados por empresas brasileñas, 3) sean producidos o prestados por empresas que invierten en investigación y en el desarrollo de tecnología en Brasil.

Con respecto a la preferencia a la industria nacional, se establece que en los pliegos de las licitaciones podrán establecerse preferencias a productos manufacturados y para servicios nacionales que cumplan con las normas técnicas brasileñas. Se dispone que el margen de preferencia sea determinado en base a estudios técnicos, será revisado periódicamente y, además, podrá ser extendido a los países miembros del MERCOSUR. También se permite establecer un margen de preferencia adicional para los productos manufacturados y los servicios nacionales resultantes de desarrollo e innovación tecnológica realizada en el país. Por último, se indica que estas dos preferencias sumadas no podrán superar el 25% sobre el precio de los productos manufacturados y servicios extranjeros.

Los pliegos de las licitaciones para la contratación de bienes, servicios y obras públicas pueden establecer condiciones de compensación comercial, industrial o tecnológica.

En las contrataciones destinadas a la implantación, mantenimiento y perfeccionamiento de sistemas de tecnología de la información, la licitación podrá restringirse a bienes y servicios con tecnología desarrollada en Brasil.

Respecto a la compra de las MIPyMEs, se diseñan dos mecanismos de protección: una preferencia en precio por hasta un 10%, y una reserva en las compras por debajo de USD\$ 47.000.

iii) Bolivia

(Decreto Supremo 28.271; <http://www.sicoes.gov.bo/normativa>)

Los principales programas y modalidades de contratación utilizados por el Estado Boliviano para fomentar su producción doméstica son:

- El Programa de Apoyo Nacional a la Producción y el Empleo
- La licitación Pública

Dentro del Programa de Apoyo Nacional a la Producción y el Empleo se incluye:

- Contratación Directa: no requiere cotizaciones ni propuestas y se utiliza por montos inferiores a US\$ 700.
- Contratación por Cotizaciones: se realiza solicitando 3 cotizaciones y procede por montos entre US\$ 700 y US\$ 28.400.
- Contratación por Requerimiento de Propuestas Técnicas: se solicitan 3 propuestas técnicas y es por montos comprendidos entre US\$ 28.400 y US\$ 71.000.

Dentro del Programa de Apoyo Nacional a la Producción y el Empleo se aplica un 10% de preferencia cuando los bienes son producidos en el país.

Por su parte, la Licitación Pública está integrada por dos procedimientos:

- Nacional: cuando el monto de la contratación se encuentra entre US\$ 71.000 y US\$ 5.681.818.
- Internacional: cuando el monto de la contratación es superior a US\$ 5.681.818.

En las licitaciones públicas se les otorgan a los proveedores las siguientes preferencias de acuerdo al porcentaje de insumos nacionales utilizados:

- En el caso de bienes:
 - 15% cuando el porcentaje de insumos de origen nacional del costo bruto de producción representa entre el 30 y el 50%; y
 - 25% cuando el porcentaje de insumos de origen nacional del costo bruto de producción es mayor al 50%
- Para servicios y obras: 5% de preferencia para empresas que cuenten con una participación de acciones de socios bolivianos igual o mayor al 51%

Con respecto a las MIPyMEs, todas las contrataciones de bienes, servicios y obras que sean por un monto igual o inferior a US\$ 1.136.364, deben ser de producción boliviana, sin importar la modalidad de contratación empleada.

iv) Colombia (Ley 1.150 de 2007; <http://www.nacionvisible.org/contra-02.htm>)

Las modalidades de contratación son: la licitación pública, la selección abreviada y la contratación directa.

Las entidades estatales deben garantizar la participación en las licitaciones de oferentes de origen nacional, en condiciones competitivas de calidad, oportunidad y precio. En igualdad de condiciones para contratar, las entidades deben preferir las empresas de origen nacional. En el caso de un oferente extranjero, en igualdad de condiciones, se selecciona aquel que incorpore más mano de obra nacional, mayor componente nacional en los bienes o servicios y/o tiene mejores condiciones para la transferencia de tecnología a las empresas colombianas.

Existe una preferencia de entre el 10% y el 20% a aquellas propuestas de bienes o servicios nacionales.

En el caso de bienes o servicios extranjeros se otorga una preferencia de entre un 5% y un 15% a aquellas propuestas que incorporen bienes y servicios de origen colombiano. El porcentaje específico en cada llamado se debe establecer en el pliego y aquel otorgado a los productos de origen nacional debe ser superior al que se le otorga a los bienes extranjeros que incorporen componente colombiano. Tratándose de bienes extranjeros, el componente colombiano en la oferta debe ser de al menos un 20% del valor de la propuesta.

Para aplicar esta preferencia se consideran bienes de origen colombiano aquellos que:

- Son íntegramente producidos en Colombia;
- En su proceso de transformación o producción utilizan materiales importados que no superen el 60% del valor del bien terminado.
- Cumplen con un cambio de partida arancelaria (4 primeros dígitos).
- Productos del sector automotor que tengan entre un 18 y 35% de componente nacional, según el tipo de producto de que se trate.

En el caso de los servicios se considerarán nacionales en los siguientes casos:

- Si el prestador es una persona jurídica constituida según la legislación colombiana.
- Si el prestador es una persona natural de Colombia.
- Si siendo una persona natural extranjera tiene la residencia colombiana.
- Si son consorcios o uniones temporales de empresas en las que las empresas colombianas tienen una participación superior al 50%.

La preferencia nacional también se otorga a aquellos países con los que Colombia tiene tratados de libre comercio (TLC) que cuentan con disposiciones acerca de compras públicas.

En lo que respecta a las MIPyMEs, se creó un programa que reserva mercado para las MIPyMEs locales en caso de que la compra sea por un monto igual o inferior a US\$ 195.000, las empresas cuenten con al menos un año de antigüedad y, además, garanticen el cumplimiento de todos los requerimientos de la convocatoria.

v) Chile

(Ley 19.886; www.chilecompra.cl)

La legislación chilena establece los siguientes procedimientos de compra:

- Licitación pública, rige por regla general y es obligatorio para compras que superen los US\$ 75.000;
- Licitación privada, se invita a tres o más potenciales proveedores a presentar ofertas; y
- Contratación directa.

Con relación al fomento a la industria chilena, no existe ninguna normativa que otorgue preferencia, reserva de mercado o requisito de contenido local.

Con respecto a las MIPYMES, las órdenes de compra recibidas por las microempresas a través del portal *Chilecompra* se convierten en un respaldo para solicitar un crédito aprobado automáticamente en Banco Estado. Este Banco ha desarrollado un sistema preferencial, sin garantías, para microempresarios proveedores del Estado.

vi) México (LEY DE ADQUISICIONES, ARRENDAMIENTOS Y SERVICIOS DEL SECTOR PÚBLICO; www.compranet.gob.mx)

Existen en México tres tipos de licitaciones públicas:

- **Nacionales**, en donde participan únicamente firmas mexicanas y los bienes que se adquieren o arriendan son producidos en México y cuentan con al menos un 50% de contenido nacional.
- **Internacionales bajo la cobertura de tratados**, que implican la participación de licitantes mexicanos y extranjeros con los que México tenga un tratado de libre comercio que contenga disposiciones en materia de compras del sector público. En estos casos no se puede aplicar un trato discriminatorio a los bienes producidos en el otro país.
- **Internacionales abiertas**, en donde pueden participar licitantes mexicanos o extranjeros, cualquiera sea el origen de los bienes o servicios.

La legislación mexicana establece que en las licitaciones públicas internacionales abiertas las dependencias y entidades deben optar, en igualdad de condiciones, por productos y servicios mexicanos que cuenten con un 50% de contenido nacional. Dichos bienes y servicios cuentan además con un 10% de preferencia en el precio respecto a los bienes importados.

En lo que hace al fomento de las MIPyMEs, en el caso de las licitaciones nacionales, las entidades deben adjudicar la contratación, en igualdad de condiciones, a las ofertas presentadas por las MIPyMEs. Adicionalmente, los contratistas del Estado, en los procedimientos de invitación restringida, deben procurar que al menos el 50% del valor de los contratos se celebren con MIPyMEs.

vii) Uruguay

(www.comprasestatales.gub.uy/legislacion_normas)

Los principales procedimientos de contratación en Uruguay son (Artículo 33 del Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera del Estado):

- Licitación pública: es un procedimiento abierto en el que cualquier interesado puede presentar oferta.
- Compra Directa: se utiliza para compras menores a aproximadamente US\$ 6.000
- Licitación Abreviada: es un procedimiento en el que se realizan invitaciones a participar, sin perjuicio de que cualquier interesado pueda presentar oferta. Se utiliza para compras menores a aproximadamente US\$ 124.000 en el caso de las compras de las Administración Central y US\$ 745.000 en las compras de las empresas del Estado.
- Compra por Excepción: es el procedimiento que la entidad compradora determine. Solo se utiliza para determinado tipo de compras, como ser aquellas que presentan un carácter de urgente, las compras de petróleo, energía eléctrica, o las efectuadas por aquellas entidades que se encuentran en libre competencia.

Actualmente, pueden diferenciarse dos tipos de regímenes preferenciales: uno de alcance general a la industria nacional y otro destinado específicamente a las MIPyMEs.

El régimen general consiste en otorgar un margen de preferencia en el precio, tanto de los bienes y servicios como de las obras públicas nacionales, respecto a las extranjeras. En el caso para los bienes y servicios, el margen será de 8% aplicable sobre el precio del bien nacional puesto en almacenes del comprador y sobre el precio del servicio brindado por proveedores nacionales respectivamente, mientras que para las obras públicas, el margen será del 8% aplicable sobre la utilización de mano de obra y materiales nacionales (Artículo 41 de la Ley 18.362 y Decreto 13/009).

Existe un programa especial denominado Programa de Contratación Pública para el Desarrollo (PCPD), con los objetivos de desarrollar proveedores nacionales, en particular MIPyMEs y pequeños productores agropecuarios, y estimular el desarrollo científico tecnológico y la innovación (Artículos 43 y 44 de la Ley 18.362). Para ello se pueden utilizar procedimientos e instrumentos de contratación especiales que favorezcan a productores y proveedores nacionales, como márgenes de preferencia en el precio y mecanismos de reserva de mercado. En cada ejercicio, hasta un 10% del monto total de las compras de bienes, servicios y obras podrán ser realizados según los términos del Programa. Dentro de este programa están previstos tres subprogramas: uno para MIPyMEs, uno para Pequeños Productores Agropecuarios, y uno para el Desarrollo Científico Tecnológico y la Innovación. Hasta el momento, el único de los subprogramas que está vigente es el de MIPyMEs (Decreto 371/010).

El Programa de MIPyMEs consiste en el otorgamiento de una preferencia en precio que va de un 8% (cuando la oferta de una MIPyME compite con una oferta nacional no MIPyME) hasta un 16% (cuando la oferta de una MIPyME compite con una oferta no nacional). Se prevé, a su vez, un mecanismo de reserva de mercado que le otorga la posibilidad a una MIPyME de participar en las grandes compras del Estado aplicando por un 10% del quantum total licitado. Para que la oferta de una MIPyME pueda beneficiarse de este programa debe cumplir con la siguiente regla de origen:

- En el caso de los bienes: al menos un 35% de integración nacional y salto de partida arancelaria; y
- En el caso de los servicios y obras públicas: ser provistos por una empresa localizada en el territorio nacional.

Las MIPYMES deberán, además, presentar un certificado que acredite haber realizado o estar realizando un proceso de mejora de gestión de calidad.

viii) Perú (Decreto Supremo 83/2004; <http://www.comprasestatales.org/>)

Los principales procedimientos de contratación en Perú son:

- Licitación Pública: se convoca para la contratación de obras y para la adquisición de bienes y suministros dentro de los márgenes que establezca la Ley Anual de Presupuesto.
- Concurso Público: se convoca para la contratación de servicios de toda naturaleza, incluyendo consultorías y arrendamientos, dentro de los márgenes que establezca la Ley Anual de Presupuesto.
- Adjudicación Directa: se aplica para las adquisiciones y contrataciones que realice la Entidad, dentro de los márgenes que establezca la Ley Anual de Presupuesto. En este caso el proceso exige la convocatoria a por lo menos tres proveedores. La Adjudicación Directa puede ser Pública o Selectiva.
- Adjudicación de Menor Cuantía: se aplica para las adquisiciones y contrataciones que realice la Entidad, cuyo monto sea inferior a la décima parte del límite mínimo que establezca la Ley Anual de Presupuesto para la Licitación o Concurso Público, según corresponda.

En los contratos periódicos de suministro de bienes o de prestación de servicios, así como en los contratos de ejecución y consultoría de obras que celebren las Entidades del Estado con las Micro y Pequeñas Empresas, éstas últimas podrán otorgar como garantía de fiel cumplimiento el diez por ciento (10%) del monto total a contratar.

En las adquisiciones y contrataciones de bienes, servicios y obras realizadas con recursos públicos para fines de la reconstrucción de las zonas afectadas por desastres naturales, las Entidades del Estado prefieren, en condiciones de similar precio, calidad y capacidad de suministro, aquellos producidos o brindados por la pequeña y microempresa nacional.

Los sectores con preferencia para las PYMEs serán determinados mediante Decreto Supremo.

Las subcontrataciones se efectuarán con preferencia a las micro y pequeñas empresas.

ix) Venezuela (Ley de Contrataciones Públicas; <http://www.snc.gob.ve/>)

Los principales procedimientos de contratación en Venezuela son:

- Concurso Abierto o Concurso Abierto Anunciado Internacionalmente:
 1. En el caso de adquisición de bienes o contratación de servicios, si el contrato a ser otorgado es por un monto estimado superior a veinte mil unidades tributarias.
 2. En el caso de construcción de obras, si el contrato a ser otorgado es por un monto estimado superior a cincuenta mil unidades tributarias.
- Concurso Cerrado – se deben solicitar al menos 5 ofertas:
 1. En el caso de la adquisición de bienes o prestación de servicios, si el contrato a ser otorgado es por un precio estimado superior a cinco mil unidades tributarias y hasta veinte mil unidades tributarias.
 2. En el caso de construcción de obras, si el contrato a ser otorgado es por un precio estimado superior a veinte mil unidades tributarias y hasta cincuenta mil unidades tributarias.
- Consulta de Precios – se deben solicitar al menos 3 ofertas:
 1. En el caso de adquisición de bienes o prestación de servicios, si el contrato a ser otorgado es por un precio estimado de hasta cinco mil unidades tributarias

2. En el caso de ejecución de obras, si el contrato a ser otorgado es por un precio estimado de hasta veinte mil unidades tributarias.

Con respecto al fomento a la industria nacional, la normativa venezolana establece que se debe garantizar en las contrataciones la inclusión de bienes y servicios producidos en el país mediante el diseño de criterios de evaluación objetivos y de carácter incentivador, que serán identificados en el llamado o en la invitación para ofertar, y se detallarán en el pliego de condiciones asignándoles prioridad.

Para la selección de ofertas cuyos precios no superen entre ellas, el cinco por ciento (5%) de la que resulte mejor evaluada, debe preferirse aquella que en los términos definidos en el pliego de condiciones cumpla con lo siguiente:

1. En la adquisición de bienes, la oferta que tenga mayor valor agregado nacional.
2. En las contrataciones de obras y de servicios, la oferta que sea presentada por un oferente cuyo domicilio principal esté en Venezuela, tenga mayor incorporación de partes e insumos nacionales y mayor participación de recursos humanos nacionales, incluso en el nivel directivo.

Una vez aplicados los criterios anteriores, si la evaluación arroja dos o más ofertas con resultados iguales se preferirá al oferente que tenga mayor participación nacional en su capital.

Con respecto al fomento a las MIPyMEs se establece el Presidente de la República en Consejo de Ministros, en atención a los planes del desarrollo económico, podrá dictar, medidas temporales para que las contrataciones, compensen condiciones adversas o desfavorables que afecten a la pequeña y mediana industria, cooperativas y cualquier otra forma de asociación comunitaria.

Tales medidas incluyen entre otras, el establecimiento de márgenes de preferencia, categorías o montos de contratos reservados, la utilización de esquemas de contratación que impliquen la incorporación de bienes con valor agregado nacional, transferencia de tecnología, incorporación de recursos humanos, programación de entregas, las cuales servirán de instrumento de promoción y desarrollo para las pequeñas y medianas industrias, así como el estímulo y la inclusión de las personas y cualquier otra forma asociativa comunitaria para el trabajo. Adicionalmente en el caso de los concursos cerrados se procurará preferentemente la participación de medianas y pequeñas industrias, pequeños productores, cooperativas y otras formas asociativas comunitarias, naturales de la localidad donde será ejecutada la contratación.

Cuando se trate de la adquisición de bienes y contratación de servicios a pequeños y medianos productores nacionales, los órganos o entes contratantes deberán proceder al pago inmediato del valor de los bienes adquiridos o servicios recibidos. En caso de producción agrícola podrán realizar compras anticipadas.