

LA TRANSFORMACIÓN DEL ESTADO EN UN NICHOS DE MERCADO: DISCIPLINAS GLOBALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

TRANSFORMING STATES IN MARKET NICHES: GLOBAL DISCIPLINES OF PUBLIC PROCUREMENT

Pablo Zapatero Miguel*

Sumario: 1. UN MERCADO EMERGENTE. 2. DISCIPLINAS BÁSICAS. 3. EL ACP REVISADO. 4. NEGOCIACIÓN MULTI-ASUNTO

RESUMEN: El Acuerdo de contratación pública (ACP) revisado que entró en vigor en abril de 2014 ilustra las transformaciones de largo plazo que se están produciendo en la forma en que los Estados desarrollan políticas públicas: ‘guiar y no remar’. Bajo este paradigma basado en la supuesta mejora de la eficiencia y rentabilidad, 43 Estados Parte del ACP han reformado el marco regulatorio plurilateral de 1995, expandiendo así el denominado ‘mercado global emergente de la contratación pública’.

ABSTRACT: The revised Agreement on Government Procurement (GPA) entering into force on April 2014 illustrates the long-term transformation in the way governments currently deliver public policies: steering, not only rowing. Under a regulatory paradigm based on improving efficiency and best value for money, the 43 GPA Parties have reformed the plurilateral framework of 1995 and expanded the so-called ‘emerging global procurement markets’.

PALABRAS CLAVE: Contratación pública, liberalización, servicios públicos, regulación, ACP.

KEYWORDS: Government procurement, liberalization, public services, regulation, GPA.

I. UN MERCADO EMERGENTE

El auge de la racionalidad económica y de las políticas de libre mercado impulsa a escala global la liberalización progresiva de múltiples ámbitos de la vida en sociedad. Los Estados se encuentran inmersos, hoy en día, en un proceso de apertura de sus

Fecha de recepción del original: 8 de noviembre de 2013. Fecha de aceptación de la versión final: 9 de junio de 2014.

* Profesor de Derecho internacional público, Universidad Carlos III de Madrid.

economías a la competencia internacional por medio de un conjunto cada vez más complejo de instrumentos regulatorios. Las normas internacionales que hacen posible este proceso limitan de forma progresiva las herramientas y objetivos de las políticas públicas en diversos campos; la contratación pública es uno de ellos.

El presente artículo analiza la progresiva creación de un ‘mercado global de contratación pública’ en el marco de la OMC. Para ello, tras introducir brevemente el paradigma inherente a la denominada ‘reforma de la contratación pública’ (apartado 1), se abordan las reglas internacionales básicas sobre contratación pública así como los nuevos cambios producidos con la entrada en vigor del nuevo ACP revisado, en abril de 2014 (apartados 2 y 3). Por último, todo este dinámico entramado regulatorio es interpretado a la luz de las funciones (léase liberalización progresiva) de esta organización internacional especializada (apartado 4).

Hoy en día, la denominada ‘reforma de la contratación pública’ es promovida a escala global por los poderes públicos a través de programas de capacitación, asistencia y cooperación técnica (p.e: OECD, Banco Mundial) así como en marcos regulatorios inter-estatales, tanto a nivel supranacional (p.e: Unión Europea) como internacional (p.e: OMC).

El objetivo general es abrir los procesos de contratación de las administraciones públicas a una mayor competencia de licitadores internacionales, creando un mercado mundial de contratación pública basado en reglas. Para ello, se aspira a reelaborar los sistemas de contratación pública en las economías en transición, y a modernizarlos y adaptarlos a las nuevas necesidades en los países en desarrollo y países desarrollados, respectivamente.

Esta reforma es crítica para el sector empresarial por dos razones. Por un lado, una notable porción de las operaciones de adquisición de bienes y servicios se encuentra en manos del Estado hoy en día. Por otro, el auge de los nuevos modelos de gestión pública basados en la contratación hace que dicha porción aumente progresivamente.

En este sentido, la contratación pública es un atractivo “nicho de mercado” emergente para la industria global de bienes y servicios. Para tener presentes las crecientes dimensiones de este mercado global emergente basta recordar que en 2012 un consorcio español de 12 empresas españolas –liderado por Renfe, Adif y Talgo– ganó un contrato de infraestructuras para construir un tren de alta velocidad entre la ciudad de Medina y La Meca, cuyo valor asciende a 6.700 millones de euros.

Hoy en día, el denominado “mercado global de la contratación pública” abarca un 12% del producto interior bruto de los países OCDE aproximadamente¹. De hecho, este lucrativo sector cubre un porcentaje cada vez más significativo de los flujos comerciales mundiales. Así, por ejemplo, representa en la actualidad un 20 % del PIB de la Unión Europea. El potencial crecimiento de este mercado global emergente es evidente pues

¹ Véase ‘Size of Procurement Market’, *Government at a Glance* (OECD 2013), p.132.

sólo un 25% de la contratación pública actual está sujeta en la actualidad a normas internacionales. No es de extrañar, por tanto, que la industria cabildee sobre los representantes estatales para que éstos promuevan su acceso a las licitaciones públicas de otros Estados (“acceso a mercado”) en igualdad de condiciones que las empresas domésticas.

Así las cosas, las nuevas reglas de contratación pública elaboradas tanto en foros regionales (Unión Europea) como multilaterales (OMC) promueven que los contratos públicos por encima de determinados umbrales sean adjudicados de forma competitiva, transparente y no discriminatoria (igualdad de trato/oportunidades para empresas extranjeras y locales) con objeto de minimizar el gasto público y, por extensión, liberalizar la prestación de servicios. Para ello, las nuevas reglas codifican aquellas prácticas ya reconocidas en el sector de la contratación pública (p.e: artículos VII a XVI del Acuerdo de Contratación Pública) cuya finalidad es asegurar la eficiencia y un ‘mejor rendimiento del dinero’ (*‘best value for money’*): es decir, las ofertas de aquellas empresas que puedan proveer del producto o servicio requerido al mejor coste.

Dichos criterios son considerados la racionalidad preferente para adoptar decisiones públicas en materia de contratación pública. Así pues, los objetivos ‘económicos’ son contrapuestos a lo que se denominan, de forma significativa, ‘políticas *secundarias* de contratación’: protección medioambiental, creación de empleo, seguridad nacional, desarrollo local y regional, discriminación positiva, etc.² Tras este esquema, obviamente, subyace la idea de que los criterios ‘económicos’ han de primar en los procesos de toma de decisiones porque son objetivables y eficientes.

Esta cosmovisión se enfrenta a diversas posiciones críticas. En este sentido, se critica esta visión de la ‘eficiencia’, entendida en meros términos económicos (*versus* eficiencia social, medioambiental) así como, por otro lado, que la contratación pública pueda dejar de ser una herramienta para hacer políticas públicas (promover fines socialmente valorados).³ Al tiempo, se argumenta que la competencia por el precio y el criterio de mejor rendimiento del dinero pueden comprometer la calidad, estabilidad y continuidad de los servicios prestados por los poderes públicos.

Dejando de lado la razonabilidad de estas críticas, nuestros poderes públicos impulsan en la actualidad un conjunto de estructuras regulatorias globales así como programas de capacitación y asistencia técnica dirigidos a promover la ‘reforma de la contratación pública’ y, por extensión, la ‘apertura de los mercados globales de contratación pública’.

La OCDE dispone, por ejemplo, de un programa sobre reforma regulatoria en este sector desde hace dos décadas. Los objetivos de este programa giran en torno a la

² Véase, en particular, S. Arrowsmith, ‘Horizontal Policies in public procurement: a taxonomy’, 10 *Journal of Public Procurement* (2010): 149-186.

³ Véase, en general, McGrudden, *Buying Social Justice: Equality, Government Procurement and Legal Change* (Oxford University Press 2007) y P. Trepte, *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement* (Oxford University Press 2004).

eliminación de ‘obstáculos’: obstáculos innecesarios al comercio, la competencia, el desempeño de los mercados, el crecimiento, la innovación, etc.⁴

Por su parte, el Banco Mundial impulsa también programas de cooperación y asistencia técnica y, de hecho, colabora con la OCDE en su armonización, a través de una iniciativa conjunta (Joint OECD/DAC/World Bank *Round Table Initiative*) para reforzar las capacidades de los países en desarrollo, así como aplica herramientas de evaluación para implantar planes de reforma (Country Procurement Assessment Reports/CPAR).

De modo particularmente indicativo, asimismo, la propia UNCITRAL también se ha adentrado en este sector (competencias derivadas de la Resolución 2205 XXI de la Asamblea General de Naciones Unidas de 17 de diciembre de 1966). A resultas, su Ley Modelo sobre contratación pública es empleada ya para crear y modificar legislación estatal en este ámbito.⁵

No obstante, los procesos de integración regional y liberalización multilateral son donde se han producido más avances. Dentro de los primeros, destaca en particular, el derecho europeo de la contratación pública, compilado en diversas Directivas.⁶ Esta iniciativa regional (centrada en la igualdad de trato, la no discriminación entre operadores económicos, el aumento de la competencia y el objetivo de la eficiencia) está intensamente conectada con el sistema multilateral de comercio. De hecho, ambos procesos se retroalimentan: los significativos avances del derecho europeo en este ámbito son un auténtico ‘chip de regateo’ para que los negociadores comerciales europeos (DG Trade) obtengan nuevas concesiones comerciales en el sistema multilateral de comercio.⁷

En principio, el sistema multilateral de comercio ofrece tres marcos regulatorios básicos para la progresiva creación de un mercado global de contratación pública basado en reglas:

⁴ Para las iniciativas de la OCDE en este campo véase p.e *Recommendation of the Council of the OECD on Improving the Quality of Government Regulation* (1995), *The OCDE Report on Regulatory Reform* (1997) y su programa de acción, *Guiding Principles of Regulatory Quality and Performance* (2005) y *Regulatory Policy and Governance: Supporting Economic Growth and Serving the Public Interest* (2011). Véase, asimismo, *Regulatory Reform in Spain. Government Capacity to Assure High Quality Regulation* (OECD 2000) y *OECD Reviews of Regulatory Reform. Regulatory Reform in Spain* (OECD 2000).

⁵ Véase R. Hunja, ‘The UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services and its Impact on Procurement Reform’, *Public Procurement: Global Revolution* (Kluwer Law International 1998), pp.97-107 y S. Arrowsmith, ‘Public Procurement: An Appraisal of the UNCITRAL Model Law as a Global Standard’, *17 International and Comparative Law Quarterly* 18 (2004).

⁶ Véase, en particular, C. Chinchilla Marin, *Public Procurement in the European Union and its Member States* (Lex Nova 2012).

⁷ Véase en particular B. Hoekman y M. Kosteci, *The Political Economy of the World Trading System: WTO and Beyond: WTO and Beyond* (Oxford University Press 2001).

1. Acuerdo de Contratación Pública de 1996 (43 Miembros Parte) y Acuerdo de Contratación Pública Revisado de 2014 (10 Miembros Parte).⁸
2. Acuerdo General de Comercio de Servicios (159 Miembros).⁹
3. Grupo de trabajo sobre transparencia de la contratación pública (en suspenso mientras esté abierta la Ronda de Doha).¹⁰

II. DISCIPLINAS BÁSICAS

De estos tres marcos regulatorios, el ACP es hoy por hoy el instrumento jurídico más relevante para la contratación pública. Adoptado en 1994, el ACP está en vigor desde el 1 de enero de 1996, y se encuentra incorporado al Anexo 4b del *Acta Final de los Acuerdos de la Ronda de Uruguay* como acuerdo de adhesión voluntaria para los Miembros de la OMC. Es, por tanto, uno de los cuatro acuerdos “plurilaterales” (léase de adhesión voluntaria) de la OMC.¹¹

Hasta la fecha, 43 Miembros de la OMC son parte del ACP de 1996: Canadá, la Unión Europea (28 Estados miembros), Corea, Estados Unidos, Hong Kong China, Islandia, Israel, Japón, Noruega, Países Bajos, Singapur, Suiza, Taipei China, entre otros.¹² El ACP tiene reconocidos asimismo 23 observadores, y 9 de ellos, incluida la República Popular China, están negociando la adhesión.¹³

De los 22 Miembros de la OMC con condición de observador en el ACP destacan en este sentido (descontando la UNCTAD, el FMI y la propia OCDE) países como China, India, Australia o Turquía, por el volumen y potencial de su capacidad de contratación pública. Por otro lado, los Protocolos de Adhesión a la OMC de 6 de sus Miembros, incluidas la Federación Rusa y Arabia Saudita, contemplan la adhesión al ACP.¹⁴

Este importante acuerdo es heredero del Acuerdo sobre Compras del Sector Público que se negoció en la Ronda de Tokio (1973-1979) para corregir las reglas del GATT del 47,

⁸ Véase apartado 2 y 3.

⁹ Véase apartado 4.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Véase p.e S. Arrowsmith, ‘Reviewing the GPA: The Role and Development of the Plurilateral Agreement after Doha’, 5 *Journal of International Economic Law* (2002).

¹² Para las solicitudes de adhesión, impulsadas dentro del ‘ticket de entrada’ a la OMC que exigen algunos Miembros, véase Doc GPA/*. El ACP es un instrumento que trae origen en el Acuerdo sobre Compras del Sector Público de la Ronda Tokio (1979). Véase J. Bourgeoise, ‘The Tokyo Round Agreement on Technical Barriers to Trade and on Government Procurement in International and EEC Perspective’, 19 *Common Market Law Review* 5 (1982) y véase A. Blank y G. Marceu. ‘The History of the Government Procurement Negotiations Since 1945’, 5 *Public Procurement Law Review* 77 (1996).

¹³ Sobre la adhesión de China véase *infra*, apartado 5.

¹⁴ Sobre el valor de mercado de las nuevas adhesiones véase R. Anderson, A. Müller, P. Pelletier y K. Ose-Lah, ‘Assessing the Value of Future Accessions to the WTO Agreement on Government Procurement (GPA): Some New Data Sources, Provisional Estimates, and An Evaluative Framework for Individual WTO Members Considering Accession’, 21 *Public Procurement Law Review* 3 (2012):113-138.

que excluían la aplicación de obligaciones de trato nacional al sector. Dicho acuerdo, que abarcaba únicamente a las entidades de los gobiernos centrales y a la contratación de bienes (no servicios), entró en vigor el 1 de enero de 1981 y fue modificado en 1988.

Los principios básicos sobre los que opera el ACP son la no discriminación, la transparencia, y la equidad procesal. Para sus valedores, este instrumento regulatorio tiene por objetivo básico promover el buen gobierno y la gestión eficiente de los recursos públicos; entendidos como reglas abiertas y transparentes, estímulo de la competencia y mejor rendimiento por el dinero.

El ACP regula las disciplinas globales básicas sobre compras de mercancías y servicios por parte de las administraciones centrales, entidades sub-estatales y empresas públicas respecto a las que cada Miembro Parte haya consignado compromisos de liberalización (/apertura de mercado).

Las normas de este acuerdo establecen un estándar mínimo de obligaciones generales relativas a los procedimientos de licitación o concurso sobre la base de las Listas nacionales respecto a las que los Miembros Parte han asumido *concesiones* (p.e: servicios aeroportuarios regionales, infraestructuras de transporte, compras públicas provinciales, licitaciones de empresas públicas, etc).

Los Miembros Parte del ACP han de conceder un ‘trato no menos favorable’ que el otorgado a los productos y servicios de proveedores nacionales (artículo III.1). De la misma forma, no pueden otorgar a los proveedores extranjeros 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 así como discriminar a proveedores establecidos en su territorio ‘por razón del país de producción del producto o servicio suministrado’ (artículo III.2).

La finalidad es garantizar el ‘acceso’ y la ‘igualdad de oportunidades’ en la contratación pública para los bienes y servicios de proveedores extranjeros. Para ello se establecen los siguientes requisitos básicos:

- (1) plazos mínimos para preparar, presentar y recibir licitaciones (artículo XI.2),
- (2) requisitos de los pliegos de condiciones (artículo XII),
- (3) normas de procedimiento sobre presentación, recepción y apertura de ofertas (artículo XIII.1 y 3) y
- (4) criterios de adjudicación (artículo XIII.4).

En este sentido, el ACP contempla *obligaciones de procedimiento* (artículos VII a XVI) para las tres grandes tipologías de licitación contempladas por sus normas:

- *Licitaciones públicas generales* (artículo VII.3.a),
- *Licitaciones selectivas* (licitación por invitación con condiciones de participación vinculadas a la capacidad de cumplir el contrato: artículo VII.3.b y artículo X) y

- *Licitaciones restringidas* (licitación por contactos separados que operan por defecto de resultados negativos de las dos anteriores o por extrema urgencia: artículo XV).

La *cobertura* sectorial de las normas del ACP se consigna en cuatro Apéndices que contienen las denominadas ‘Listas nacionales’ para cada Miembro Parte. Es ahí donde se determina para cada Miembro Parte el ‘*ámbito* de aplicación del acuerdo’ y, por tanto, los ámbitos y sectores en que está obligado a aplicar las normas del ACP en sus licitaciones públicas.

El Apéndice I regula en detalle las entidades contratantes sujetas a las normas del ACP, así como los valores de umbral mínimo de las licitaciones públicas sujetas a dichas normas. Así pues, para conocer la cobertura exacta que tiene el ACP para cada Miembro Parte, hay que analizar su Anexo 1 (entidades de los gobiernos centrales), Anexo 2 (entidades de los gobiernos subcentrales) y Anexo 3 (otras entidades) así como sus Anexos 4 (contratos relativos a servicios) y 5 (contratos relativos a servicios de construcción).¹⁵

Por otro lado, el ámbito de aplicación del ACP abarca tanto las mercancías como los servicios. Ahora bien, los servicios sólo están incorporados en el Apéndice I en los dos últimos anexos (Anexo 4 sobre prestación de servicios y Anexo 5 sobre servicios de construcción),¹⁶ si bien los Miembros Parte consignan compromisos sobre los servicios de sus entidades públicas en los Anexos 1, 2 y 3.

Los otros Apéndices contemplan las publicaciones en que las Partes insertan los anuncios de los contratos públicos (Apéndice II), las listas permanentes de los proveedores calificados para licitaciones selectivas (Apéndice III) así como las normas y los procedimientos domésticos sobre contratación pública (Apéndice IV).

Todos estos Apéndices operan bajo un sistema de hojas amovibles, para formalizar con facilidad las regulares actualizaciones y cambios.¹⁷ Estos cambios y actualizaciones son fundamentales. De hecho, las rectificaciones, las propias transferencias de entidades de un anexo a otro o, en su caso, las enmiendas de los Apéndices pueden derivar en ‘arreglos compensatorios’ o, en su defecto, ser objeto del mecanismo de solución de diferencias de la OMC (artículo XXIV.6.a).

¹⁵ Véanse Notas del ACP.

¹⁶ Véase más abajo sobre las tensiones entre países desarrollados y países en desarrollo en materia de liberalización de servicios.

¹⁷ Las modificaciones del ACP han de ser notificadas conforme al artículo XXIV.14 y figuran en las páginas sustitutivas del sistema de hojas amovibles. Para las *certificaciones de modificaciones* por parte del Director General y las *certificaciones de las páginas sustitutorias del sistema de hojas amovibles* véase WTO/LET/* (copias autenticadas de la certificación de las páginas sustitutorias de Anexos de los Apéndices).

El ACP promueve, asimismo, la participación y el aumento de transparencia de la contratación pública.¹⁸ Ahora bien, sólo se ocupa de disciplinar la contratación pública de grandes números y, por lo general por tanto de grandes empresas. En este sentido, sus normas sólo son aplicables a las contrataciones públicas con valores que superen determinados umbrales (artículo I.4).¹⁹ El ‘valor de umbral’ para las contrataciones de bienes y servicios efectuadas por entidades del gobierno central es 130.000 Derechos Especiales de Giro (DEG):²⁰ unos 185.000 dólares EE.UU.

El ‘valor de umbral’ para las contrataciones realizadas por entidades de gobiernos subcentrales varía pero, por lo general, se sitúa en torno a los 200.000 Derechos Especiales de Giro, y de unos 400.000 DEG para las contrataciones efectuadas por empresas públicas. Por otro lado, para los contratos de construcción (/infraestructuras), la cifra se eleva hasta los 5 millones DEG (p.e: contratos de la empresa española ACS en el Metro de Nueva York).²¹

En suma, la aproximación regulatoria del ACP prima lo ‘macro’ frente a lo ‘micro’: grandes empresas y grandes números. Las PYMEs tienen poco que hacer aquí, lo cual es particularmente indicativo del modelo de mercado (global) que se está imponiendo en este sector; un sector en el que priman las grandes empresas, cuyos departamentos de licitaciones globales compiten entre sí haciendo un uso intensivo de recursos y aprovechando economías de escala.

Dejando de lado el ámbito material del ACP, la estructura regulatoria del acuerdo se encuentra razonablemente diseñada. El ACP emplea las siguientes técnicas para obtener el cumplimiento:

- (1) un sistema de control por medio de la información,
- (2) reglas y criterios para procedimientos internos de revisión (para que los licitadores extranjeros puedan recurrir las decisiones sobre contratación y obtener reparaciones) y
- (3) un mecanismo inter-estatal de solución de diferencias con capacidad para imponer sanciones.

En lo que se refiere al primero, el ACP regula la transparencia de leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas sobre contratación pública y el acceso a los pliegos de condiciones de las licitaciones. Al tiempo, los anuncios públicos de licitación han de incluirse en publicaciones accesibles identificadas en los Apéndices II a IV (artículo IX).

¹⁸ Las diferencias de cobertura del ACP varían en intensidad. Para un interesante estudio sobre el impacto relativo del ACP en EEUU véase C. Teifer, ‘The GATT Agreement on Government Procurement in Theory and Practice’, 26 *University of Baltimore Law Review* (1997): 31-50.

¹⁹ Sobre modalidades de notificación de los valores de umbral véase Doc OMC GPA/1, Anexo 3.

²⁰ Activo de reserva internacional del FMI cuyo valor diario se determina en función de la cotización diaria de los tipos de cambio de cuatro monedas (dólar EEUU, euro, libra esterlina y yen japonés).

²¹ Para la notificación de valores de umbral de la Unión Europea en 2012-2013 véase Doc GPA/W/314/Add.6 (23 de febrero de 2012).

En este sentido, el ACP impone una obligación general de publicar leyes, reglamentos, decisiones judiciales y resoluciones administrativas de aplicación general así como de los procedimientos de contratación pública (artículo XIX.1). De hecho, los gobiernos han de presentar al Comité de Contratación Pública estadísticas regulares sobre los contratos comprendidos por su ámbito de aplicación (artículo XIX.5).

Al tiempo, los Miembros Parte están obligados a presentar estadísticas anuales (desglosadas por categorías de productos y servicios) sobre el número y valor estimado de la contratación pública adjudicada.²² Las reglas del acuerdo determinan asimismo la publicación y el derecho de los licitadores extranjeros a obtener información sobre las decisiones, positivas o negativas, sobre adjudicación de contratos (artículo XVIII.1 y 2). Esta obligación estatal es complementada por el derecho del Estado de origen del licitador a solicitar información adicional. Tales garantías procesales tienen por objeto asegurar que la contratación se lleva a cabo conforme a criterios de 'justicia' e 'imparcialidad' (artículo XIX.2).

Por otro lado, el ACP establece asimismo una obligación general de comunicaciones estatales regulares sobre procedimientos y prácticas. Destaca en este sentido la obligación de los Miembros Parte de notificar las modificaciones en normativa y prácticas relativas a la contratación pública (Notificaciones del artículo XXIV.5.b.1).²³

El ACP incorpora así un sistema de control por medio de la información basado en notificaciones y revisiones periódicas de la legislación y regulación de sus Estados Miembros. De este modo, las modificaciones de los apéndices son monitorizadas con regularidad en el marco del Comité del ACP. Así, este comité supervisa las modificaciones desde su la iniciativa originaria (propuesta) hasta su certificación final (confirmación) en virtud del artículo XXIV:6(a) del acuerdo. De hecho, por ejemplo, las últimas propuestas de modificación de los Apéndices notificadas por la Unión Europea en julio de 2010, que incluían modificaciones relativas a España,²⁴ fueron objetadas por Canadá.²⁵

La Secretaría General está trabajando desde 2012 para transformar los Apéndices en herramientas *online* de información interactiva sobre acceso a mercado tanto para gobiernos como para empresas (potenciales licitadores). Esta iniciativa que explora las potencialidades de este modelo de regulación basado en la información tiene como objeto, asimismo, comunicar de forma más eficiente la notificación de modificaciones.

²² Véase Doc OMC GPA/*, *Statistics for [20**] reported under article XIX:5 of the Agreement*.

²³ Véase Doc OMC GPA/1/Add.1. *Procedimiento para la notificación de la legislación nacional de aplicación*, Decisión del Comité de 4 de junio de 1996, (27 de junio de 2006) y, p.e, Doc OMC GPA/20, *Notificación de la Legislación Nacional de aplicación-Comunicación de la Comunidad Europea* (28 de enero de 1998) y revisión Doc OMC GPA/32, *Examen de la Legislación Nacional de Aplicación-Comunidad Europea* (12 de enero de 2000).

²⁴ Doc GPA/MOD/EEC/3 (29 de abril de 2010) y GPA/MOD/EEC/5 (8 de julio de 2010).

²⁵ Doc GPA/MOD/EEC/4 (27 de mayo de 2010) y GPA/MOD/EEC/6 (2 de agosto de 2010).

En lo que respecta a los procedimientos internos, el artículo XX del ACP exige disponer de sistemas de derecho interno para la impugnación de las licitaciones públicas (derecho de revisión por tribunal interno independiente). En último término, todo proveedor podrá impugnar la licitación ante un órgano de carácter judicial. Esto tiene, obviamente, una especial transcendencia para la correcta adjudicación de los contratos en determinados países. El órgano judicial establecido a este fin deberá operar de conformidad con una serie de requisitos de procedimiento (artículo XX.6.a-c) y tendrá competencia para determinar la rectificación, compensar por daños y perjuicios (limitable a gastos de elaboración de oferta o reclamación) así como establecer medidas provisionales (artículo XX.7, a-c).

Las normas del ACP, por último, se encuentran tuteladas por la estructura jurisdiccional de la OMC. Así, la adecuación del comportamiento estatal a sus disciplinas está sometida al denominado Sistema de Solución de Diferencias (SSD) de la OMC (artículo XXII.1). Por tanto, el peculiar sistema de *panels* y Órgano de Apelación de esta organización internacional está disponible para los 43 Miembros Parte del acuerdo. Estos últimos tienen derecho a presentar reclamaciones ante dicho mecanismo y, en caso de que éste determine un incumplimiento, obtener las oportunas suspensiones de concesiones comerciales.

Ahora bien, esta jurisdicción tiene algunas peculiaridades en relación con el resto de acuerdos abarcados por el derecho de la OMC. Así, por ejemplo, el incumplimiento del ACP no permite la suspensión de concesiones contempladas en otros acuerdos abarcados (*retorsiones cruzadas*).²⁶ Es decir, los Miembros Parte del ACP no están autorizados para suspender concesiones comerciales derivadas del GATT (mercancías) o el AGCS (servicios), por ejemplo, para responder al incumplimiento del ACP. Los motivos son evidentes: el ACP es de adhesión voluntaria mientras que el GATT, el AGCS y el ADPIC son obligatorios para todos los Miembros de la OMC.

Otra diferencia en este punto es que el Consejo General de la OMC (actuando como Órgano de Solución de Diferencias en ocasiones) puede autorizar consultas para adoptar *medidas correctivas* en aquellos casos en que la retirada por parte de un Miembro Parte de medidas contrarias al ACP se enfrente a imposibilidades técnicas.

En cualquier caso, la actividad estrictamente jurisdiccional del sistema multilateral de comercio en materia de contratación pública es relativamente baja en comparación con otros acuerdos abarcados. Esto se debe fundamentalmente a que el ACP es un acuerdo plurilateral, no multilateral.

La controversia jurisdiccional más significativa (y socialmente relevante) hasta la fecha es la relativa a la ley de compras públicas del Estado de Massachusetts, dirigida a sancionar a aquellas empresas con operaciones en Myanmar (Birmania) e incentivar la protección de los derechos humanos en dicho Estado.²⁷

²⁶ Artículo XXII.3 y 7.

²⁷ Véase *infra* y Doc WT/DS88/*, *Estados Unidos–Medida que afecta a la contratación pública*.

A este caso, se añade la demanda estadounidense contra las condiciones de contratación pública para la construcción del aeropuerto internacional de Inchon (Corea), resuelta por un *panel* en 2000²⁸. Con anterioridad, existe asimismo una diferencia sobre una licitación del ministerio de transporte del Japón dirigida a la compra de una extensión de capacidades (/prestaciones) del satélite MTSAT, que desembocó finalmente en una solución mutuamente convenida.²⁹

En definitiva, la litigiosidad inter-estatal ha sido baja hasta la fecha, en parte por tratarse de un acuerdo plurilateral de la OMC (43 Miembros Parte) y no multilateral (159 Miembros).³⁰ Ahora bien, es previsible cierto aumento de la litigiosidad a medio plazo, dado que 10 nuevos Estados Miembros de la OMC se encuentran negociando la adhesión al ACP así como, muy en particular, otros 24 Estados están negociando la adhesión a la propia OMC.

En este último sentido, es evidente que la adhesión a la OMC por parte de nuevos Estados requiere la aceptación de todos los Miembros de la OMC (159) y, por tanto, de los 43 Miembros Parte del ACP. Esto implica que, como se ha apuntado, algunos procesos de adhesión a la OMC pasan por ‘incentivar’ la adhesión asimismo al ACP (aunque éste sea un acuerdo de adhesión en principio voluntaria). En este sentido, los Miembros Parte del ACP tienen claro que la adhesión a sus normas es requisito *sine qua non* para conceder el famoso ‘ticket de entrada’ a la OMC (voto favorable al ingreso en esta organización internacional): paradojas de la negociación de tratados interrelacionados:

Por su parte, las complejas dinámicas de adhesión al ACP siguen la lógica de negociación basada en la cláusula NMF (Nación Más Favorecida): las concesiones comerciales que un Miembro Parte (X) obtenga de un candidato a la adhesión, las obtendrá automáticamente el resto de Miembros Parte (Y, etc), en las mismas condiciones legales que aquel que ha obtenido originariamente la concesión comercial.

Así, para adherirse a este instrumento, el Estado en proceso de adhesión ha de realizar una oferta de consignación de compromisos que convenza a los 43 Miembros Parte del ACP. Cuando este hecho se produzca, dicha oferta (‘oferta relativa al Apéndice I’)

²⁸ Doc OMC WT/DS163/R, *Medidas que afectan a la contratación pública (prácticas de contratación del Organismo de Construcción de Aeropuertos de Corea)* (1 de mayo de 2000).

²⁹ Véase Doc OMC WT/DS73: *Japón—Adquisición de un satélite de navegación* (3 de marzo de 1998) y véase asimismo Doc WT/GPA/M/(18 de febrero de 1998)

³⁰ Tres *panels* han elaborado informes con anterioridad a la creación de la OMC: *Value-Added Tax and Threshold* GPR/21 (16 de mayo de 1984) BISD 31/247, *United States Procurement of a Sonar Mapping System* (23 de abril de 1992, no adoptado) GPR.DS1/R y *Norwegian Procurement of Toll Collection Equipment for the City of Trondheim*. GPR.DS2/R (adoptado el 13 de mayo de 1992) BISD 40S/319. Una síntesis comentada de estos tres casos puede consultarse en F. Weiss, ‘Dispute settlement under the “Plurilateral Agreements”: the case of the Agreement on Government Procurement’, *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System* (Kluwer Law International 1997), pp.448-459. Véase, asimismo, *Dispute Settlement. World Trade Organization. Government Procurement* (UNCTAD 2003), pp.24-29.

pasará a transformarse en la Lista de compromisos del nuevo Miembro Parte del ACP (Apéndice I).

Por otro lado, el proceso de adhesión no solo implica realizar concesiones sino asegurar la compatibilidad de la legislación nacional con las reglas del ACP (artículo XXIV.2). Para ello, el Comité de Contratación Pública puede establecer grupos de trabajo encargados de examinar el alcance de la oferta y la información sobre oportunidades de exportación, tomando en consideración la capacidad exportadora actual y potencial del Miembro de la OMC solicitante y las oportunidades de exportación para las Partes.³¹

Por último, el ACP de 1996 contiene una ‘agenda incorporada’ (*built-in agenda*) que transforma el acuerdo en un marco regulatorio *dinámico*, destinado a impulsar la progresiva ampliación de su cobertura sectorial así como la eliminación progresiva de medidas discriminatorias frente a los prestadores de servicios o proveedores de bienes extranjeros en el mercado global de la contratación pública (la denominada ‘ampliación del ámbito de aplicación’ del Apéndice I).

III. EL ACP REVISADO

El nuevo ACP revisado de 2014 tiene por origen la ‘agenda incorporada’ del ACP de 1996. Elaborado en el marco de las negociaciones del artículo XXIV.7 arriba referidas, el acuerdo fue adoptado en 2012 y ha entrado en vigor el 6 de abril de 2014. Los 10 primeros Miembros de la OMC para el Nuevo ACP entra en vigor son Liechtenstein, Noruega, Canadá, Taipei China, Estados Unidos, Hong Kong China, la Unión Europea, Islandia, Singapur e Israel. Esta actualización del ACP de 1996 es un subproducto más de la cultura jurídica del sistema multilateral de comercio: una estructura regulatoria compleja, dinámica y altamente adaptativa que avanza su objeto y fin a escala planetaria (liberalización progresiva) desde que comenzó a aplicarse el GATT del 47.³²

El nuevo ACP revisado se basa, en consecuencia, en la experiencia regulatoria del ACP de 1996. En este sentido, tras la experiencia colectiva acumulada durante 16 años de administración de este acuerdo, el sistema multilateral de comercio reforma el marco normativo de la contratación pública y amplía al tiempo su cobertura originaria. La negociación del nuevo instrumento normativo buscaba así 4 objetivos básicos:

- (1) Actualizar y mejorar el instrumento a partir de la evolución en las nuevas para prácticas y métodos de contratación así como en las tecnologías de la información (licitaciones *on line*),
- (2) Ampliar la cobertura de las entidades públicas centrales (y sub-centrales) sujetas al acuerdo³³ y

³¹ Véase Doc OMC GPA/1, *Decisiones en materia de procedimiento en el marco del acuerdo de contratación pública* (1994), Anexo 2, párrafos 2 a 4 (5 de marzo de 1996).

³² Véase en particular S. Arrowsmith y R. Anderson, *The WTO Regime on government procurement: past, present and prospects* (Cambridge University Press WTO 2011).

³³ Ver Doc GPA/79, *Decisión sobre las modalidades para las negociaciones sobre la ampliación del ámbito de aplicación*, Comité de Contratación Pública.

- (3) Eliminar medidas discriminatorias que no estuvieran cubiertas por el actual ACP.³⁴
- (4) Facilitar la adhesión de nuevas Partes, incorporando disposiciones especiales para países en desarrollo y, muy en particular, para las economías emergentes del E7 (China, India, Brasil, México, Rusia, Indonesia and Turquía).

El proceso de negociación del nuevo acuerdo fue particularmente complejo. El proceso liderado por el suizo Nicolas Niggli se inicia en 1997 y toma cuerpo a partir de diciembre de 2006, cuando los negociadores alcanzaron un entendimiento provisional sobre el nuevo marco normativo, condicionado a obtener mejoras en la cobertura del Apéndice I para todas las partes del ACP.

Las negociaciones sobre dicha cobertura (p.e: contratación pública de provincias y territorios de Canadá, contratación pública en aeropuertos del Japón, etc) se cerraron unas horas antes de la Octava Conferencia Ministerial de la OMC. Así, el 15 de diciembre de 2011, las 43 Partes del ACP adoptaron un nuevo acuerdo para mejorar las disciplinas de la contratación pública y ampliar la cobertura en este sector. La decisión fue confirmada por el Comité de Contratación Pública el 30 de marzo de 2012.³⁵

El nuevo marco normativo es una revisión que aspira a crear un acuerdo más dinámico y fácil de administrar. En este sentido, clarifica el trato especial y diferenciado para los países en desarrollo y simplifica las normas para modificar las listas del Apéndice I. Por otro lado, el acuerdo refuerza asimismo las disposiciones pro-competitivas y anti-discriminatorias y crea nuevas disposiciones sobre transparencia. Al tiempo, reduce plazos de contratación pública para aquellos bienes y servicios ya comercializados, y reforma los procedimientos internos para que los licitadores privados puedan impugnar y ser reparados (en su caso) por las decisiones de adjudicación contrarias al acuerdo.

Pero donde el acuerdo realiza avances particularmente significativos es en la mejora de su cobertura o ámbito de aplicación, incluida la contratación de servicios (y en particular servicios de construcción de infraestructuras), la contratación por entidades públicas sub-estatales (por ejemplo: provincias, departamentos, etc) y la prestación directa por empresas de servicios al ciudadano.

El nuevo ACP revisado de 2014 decuplica su ámbito de aplicación respecto al volumen de contratación del Acuerdo sobre Compras del Sector Público de la Ronda Tokio (comparación con el valor anual aproximado de 30.000 millones de dólares entre 1990 y 1994). El aumento del volumen de comercio involucrado es el resultado de incorporar nuevas entidades y sectores en los Anexos del Apéndice I así como de reducir valores de umbral. En esencia, los Miembros Parte han añadido más de 200 entidades a sus listas así como la cobertura de servicios. La estimación de los resultados adicionales de

³⁴ Ver Doc GPA/79/Add.1, *Decisión sobre la eliminación de las medidas y prácticas discriminatorias*, Comité de Contratación Pública.

³⁵ Ver Doc GPA/113 (2 de abril de 2012).

acceso a mercado realizada por la Secretaría General alcanza entre los 80.000 y 100.000 millones de dólares por año.³⁶

La cobertura se ha ampliado significativamente en sectores tales como los servicios de construcción, infraestructuras, telecomunicaciones, transporte público, equipamiento de hospitales y otros servicios prestados por los poderes públicos. Así, por ejemplo, la Unión Europea y Estados Unidos han ampliado el acceso a las licitaciones de entidades centrales, incluyendo la Comisión Europea y diversas agencias federales estadounidenses.

Asimismo, Japón ha ofrecido acceso a partenariados público-privados (PPP)³⁷ y a grandes proyectos de construcción de infraestructuras. Al tiempo, Canadá ha abierto a los miembros del ACP los mercados de contratación pública de sus provincias y Corea, por su parte, a la contratación pública ferroviaria y de transporte urbano. Por último, varios Miembros Partes darán cobertura a nuevas formas contractuales como los macro-contratos de construcción, explotación y transferencia ('BOTs').³⁸ El nuevo ACP revisado, por tanto, aumenta de forma significativa las oportunidades de acceso al mercado de la contratación pública para las empresas de los Miembros Parte.

La cobertura anual económica de la contratación pública global sujeta a las normas ACP alcanza, en las estimaciones del servicio de estudios de la Secretaría de la OMC, los 600.000 millones de euros anuales: 500.000 millones conforme al ACP de 1996 y 100.000 adicionales con la entrada en vigor del nuevo ACP revisado.

El proceso de creación de un mercado global de la contratación pública sujeto a reglas avanza, por tanto. De hecho, es un sector en que no se ha levantado el acelerador de la liberalización, incluso en la actual crisis económica, ... o precisamente por ella, dado el especial interés de las grandes empresas por aprovechar este 'nicho de mercado'.

Dejando de lado las cifras, es evidente que la contratación pública a escala global es un mercado históricamente dominado por empresas de países desarrollados y que continúa siendo un 'nicho de mercado' infra-explotado por éstas. Por ello, las grandes empresas de los países desarrollados presionan a sus representantes comerciales para que estos a su vez mantengan la presión pro-liberalización sobre los países en desarrollo; con objeto de proveer a las economías emergentes del E7, por ejemplo, de nuevas infraestructuras de comunicación y transporte.

En este sentido, la industria de los países desarrollados está particularmente pendiente de la medida en que la adhesión al ACP por nuevos Miembros de la OMC como China, Arabia Saudí o Ucrania cubra de modo sustancial, por ejemplo, los contratos con empresas públicas.

³⁶ Doc WT/MIN(11)/5, *Report by the Director-General to the Eighth Ministerial Conference of the WTO* (18 de noviembre de 2011), p.3.

³⁷ También denominados contratos de colaboración público-privada.

³⁸ 'Build-operate-transfer' agreements.

De hecho, aumentar la cobertura de contratación pública en el sector de infraestructuras (anexo 5 del Apéndice I) es cuando menos relevante en contextos de crisis económica como el actual, en los que aquellos gobiernos no afectados directamente por la crisis de la deuda podrían optar por activar paquetes de estímulo de la economía basados en un aumento en los gastos públicos de infraestructuras. En suma, la negociación del nuevo ACP revisado ha superado las tradicionales presiones proteccionistas en contextos de crisis económica, logrando la entrada en vigor en abril de 2014.

Las reglas del sistema multilateral de comercio operan sobre un *bucle regulatorio* centrado en la liberalización progresiva.³⁹ Así las cosas, el nuevo ACP revisado incorpora asimismo su propia agenda de trabajo incorporada ('built-in agenda'). En este sentido, el bucle de la re-regulación dota a este acuerdo de un nuevo programa de regulación que incorpora los siguientes nuevos asuntos:

- (1) contratación pública sostenible,
- (2) contratación pública de PYMES
- (3) restricciones y exclusiones en los anexos de las partes y
- (4) mejoras en la recogida de datos estadísticos.

Sobra decir que el tercero de estos puntos (las exclusiones y restricciones en los Anexos de las Partes) sienta las bases para futuras ampliaciones de la cobertura del acuerdo (liberalización progresiva), al transformar en objeto expreso de futuras negociaciones aquellas entidades y sectores excluidas o restringidas de antemano por algunos Estados.

El objetivo evidente de dicho punto de la agenda incorporada es asegurar la posibilidad de negociar la ampliación de cobertura del ACP (mandato abierto de negociación), con o sin Ronda de negociaciones en marcha. Esta nueva agenda de trabajo de la que se ha dotado el Comité de Contratación Pública está incorporada en las Decisiones de diciembre de 2011 y marzo de 2012 (arriba referidas).⁴⁰ A la fecha de entrada en vigor del nuevo acuerdo, esta agenda es activada, y la maquinaria regulatoria de liberalización continua así su marcha.

En este sentido, asimismo, se negocia para incorporar nuevas partes. La República Popular China es, por ejemplo, una de ellos. Para muchos, su adhesión al ACP sería más positiva para las empresas de Estados Unidos y la Unión Europea que el resto de potenciales resultados en juego en la actual Ronda de Doha. Al tiempo, la entrada de China es un incentivo para que otras economías emergentes del E7 muevan ficha, para evitar ser excluidas de los mercados de contratación pública a los que acceda la primera. Prueba de ello es que India se ha incorporado al ACP como observador a resultas de las negociaciones de adhesión de China.

³⁹ P. Zapatero, 'El bucle de la Liberalización: Bolkenstein en contexto', *Mercado interior y prestación de servicios* (Marcial Pons 2008).

⁴⁰ Véase Doc GPA/113 *Decisión sobre los resultados de las negociaciones celebradas de conformidad con el párrafo 7 del artículo XXIV del Acuerdo sobre Contratación Pública*.

Esta última es miembro de la OMC desde 2001, e inició las negociaciones para adherirse al ACP hace sólo cinco años. En concreto, la República Popular China solicitó formalmente la adhesión el 28 de diciembre de 2007 y su primera oferta (oferta inicial) circuló entre las partes el 7 de enero de 2008.⁴¹

Hasta la fecha, ha presentado varias ofertas de liberalización a los 43 Miembros Parte del ACP. De hecho, en enero de 2014, los Estados Parte del ACP recibieron una cuarta propuesta revisada de liberalización, tras una solicitud formal de la USTR (United States Trade Representative) a finales de 2013, en el marco de la comisión conjunta de comercio de Estados Unidos y China.⁴²

La adhesión de China es, parafraseando al propio Comité ACP, ‘un asunto de tremenda significación para el acuerdo, para la OMC y para la economía mundial, y una señal muy importante para otras economías emergentes’.⁴³ Por ello, sin duda, el Comité aspira a concluir las negociaciones de adhesión en 2014 y, para ello, no sólo se intensifican las negociaciones sobre cobertura y acceso a mercado: la propia Secretaría de la OMC está involucrada en dar asistencia técnica a representantes políticos chinos para facilitar el cierre definitivo de las negociaciones y la posterior implementación del acuerdo.

IV. NEGOCIACIÓN MULTI-ASUNTO

Los países desarrollados siguen y seguirán presionando a los países en desarrollo para que reduzcan los márgenes de discriminación a las empresas extranjeras en la contratación pública en múltiples foros internacionales.⁴⁴ Sin embargo, desde la Ronda de Uruguay (1986-1994), los países en desarrollo se han opuesto de forma sistemática al lanzamiento de negociaciones *multilaterales* (no plurilaterales) sobre acceso a mercado en este sector.

De hecho, no hay mandato multilateral alguno para aumentar la cobertura del ACP.⁴⁵ Esta es una de las razones, de hecho, por las que sus Miembros Parte han tomado las negociaciones del artículo XXIV.7 (*Exámenes, negociaciones y labor futura*) como base legal habilitante para diseñar y ensamblar el nuevo ACP revisado, con el objeto no sólo de ampliar la cobertura sino de promover mayores adhesiones en el futuro.

⁴¹ Doc GPA/ACC/CHN/1 (7 de enero de 2008) y GPA/93 (14 de enero de 2008).

⁴² Para la primera valoración véase *Inside U.S. Trade's China Trade Extra, New China GPA Offer Adds Six Provinces, But Still Falls Short Of Demands* (7 January 2014)

⁴³ Véase See GPA/121 (24 October, 2014), *Report (2013) of the Committee on Government Procurement*, paragraph 3.13.

⁴⁴ Véase, por ejemplo, *2004 National Trade Estimate Report on Foreign Trade Barriers*; informe anual sobre barreras comerciales de la USTR (United States Trade Representative).

⁴⁵ Para una defensa de una aproximación gradual a la no discriminación en el campo de la contratación pública multilateral véase M. Dischendorfen, ‘The existence and development of multilateral rules on government procurement under the framework of the WTO’, *9 Public Procurement Law Review* 1 (2000).

En este sentido, el mandato de negociación multilateral de la actual Ronda de negociaciones (Ronda de Doha) cubría únicamente la mejora de la transparencia en la contratación pública. Así, la Declaración Ministerial de Singapur (13 de diciembre de 1996) estableció un grupo de trabajo para analizar la transparencia de las prácticas de contratación pública.⁴⁶ Esta Declaración contemplaba así la posible negociación de un acuerdo sobre transparencia en el sector (paralelo e independiente del ACP) sobre la base de ese análisis.⁴⁷

Este mandato tan restringido tiene origen en el creciente activismo de los países en desarrollo, que consiguieron que la Declaración que la inauguraba la actual Ronda de Doha (la denominada Ronda del Desarrollo) excluyera expresamente del mandato de negociaciones el aumento de compromisos multilaterales sobre acceso a mercado:⁴⁸ ‘[las negociaciones] se limitarán a los aspectos relativos a la transparencia y por consiguiente no restringirán las posibilidades de los países de dar preferencia a los suministros y proveedores nacionales’.⁴⁹

La Declaración regulaba el eventual inicio de negociaciones al respecto, tras el quinto período de sesiones de la Conferencia Ministerial (Cancún 2003), ‘sobre la base de una decisión que se ha de adoptar, por *consenso explícito*, en ese período de sesiones *respecto de las modalidades de las negociaciones*’.⁵⁰ Ahora bien, las tensiones entre países en desarrollo y países desarrollados en dicha Conferencia impidieron que se alcanzara tal *consenso explícito*.⁵¹

⁴⁶ Doc OMC WT/MIN(96)/DEC *Declaración de la Primera Conferencia Ministerial de la OMC*, Singapur, 9-13 de diciembre de 1996. (18 de diciembre de 1996). Para un estudio sobre la creación de este grupo véase S. Arrowsmith, ‘Towards a multilateral agreement on transparency in government procurement’, 47 *International and Comparative Law Quarterly* 793 (1997).

⁴⁷ Véase párrafo 21. La idea de multilateralizar este acuerdo es impulsada por la Unión Europea y Estados Unidos. Véase *Non Paper-Government Procurement*, European Union, 1996 y *Non Paper-Further Ideas on a WTO Government Procurement Initiative*, USTR, 1996.

⁴⁸ Doc WT/MIN(01)/DEC/1, *Declaración Ministerial adoptada el 14 de noviembre de 2001* (20 de noviembre de 2001).

⁴⁹ Para una valoración crítica de las diferentes potenciales funciones y beneficios de la transparencia en las propias negociaciones multilaterales sobre transparencia en la contratación pública véase S. Arrowsmith, ‘Transparency in Government Procurement: The Objectives of Regulation and the Boundaries of the World Trade Organization’, 37 *Journal of World Trade* 283 (2003).

⁵⁰ El acuerdo debía adaptarse a los elementos básicos de las discusiones desarrolladas en el Grupo de Trabajo. Véase la Nota informal del Presidente *Lista de las cuestiones planteadas y de las observaciones formuladas* Doc JOB(99)/6782 (12 de noviembre de 1999). Véase asimismo, en relación con los primeros avances del Grupo de Trabajo derivados de esta Nota, Doc WT/WGTGP/W/32, *Labor del Grupo de Trabajo sobre las cuestiones relacionadas con los puntos I a V de la lista de las cuestiones planteadas y de las observaciones formuladas*, Nota de la Secretaría (23 de mayo de 2002) y Doc WT/WGTGP/W/33, *Labor del Grupo de Trabajo sobre las cuestiones relacionadas con los puntos VI a XII de la lista de las cuestiones planteadas y de las observaciones formuladas*, Nota de la Secretaría (3 de octubre de 2002).

⁵¹ Para los 12 puntos examinados por el grupo de trabajo de transparencia (potenciales áreas para elaborar un posible acuerdo) véase la denominada “Lista recapitulativa de cuestiones del Presidente”. Ver Doc (JOB(99)/6782, *Lista de las cuestiones planteadas y de las observaciones formuladas*, Nota informal de la Presidencia.

El fracaso de Cancún trae origen en las diferencias norte-sur en torno a los subsidios a la agricultura así como a los denominados ‘asuntos de Singapur’: es decir, la transparencia de la contratación pública, la protección de las inversiones y el derecho de la competencia. De hecho, los ‘asuntos de Singapur’ terminaron siendo excluidos formalmente del propio Programa de trabajo de la Ronda de Doha en 2004. De esta forma, los Miembros de la OMC aprobaron el denominado *paquete de julio* en el que, para mantener abierta la Ronda, los países desarrollados accedieron a retirar estos asuntos del mandato de negociación.⁵²

Ahora bien, los países desarrollados están redoblando sus presiones sobre los países en desarrollo para obtener compromisos de apertura de mercados de contratación pública (muy en particular del E7) por otras vías dentro de la OMC (AGCS) y fuera de ella (acuerdos bilaterales). En este sentido, las presiones de los lobbies son tales que el cierre de las negociaciones sobre transparencia en la contratación pública ha llevado a los países desarrollados a reorientar su estrategia multilateral sobre contratación pública hacia la liberalización internacional del comercio de servicios. De esta forma, instrumentalizan estratégicamente el marco regulatorio del AGCS para obtener nuevos compromisos de acceso a mercado en el campo de la contratación pública.⁵³

No obstante, las opciones para promover el acceso a mercado en el marco del AGCS son escasas, dado que los países en desarrollo que participan en el grupo de trabajo también han mostrado una fuerte oposición a negociar a este respecto. Es más, cuestionan a su vez que el mandato de negociaciones (negociaciones del artículo XIII del AGCS) abarque el trato de nación más favorecida, el trato nacional y el consiguiente acceso a mercado.⁵⁴

En consecuencia, hoy por hoy los países desarrollados tienen difícil emplear la OMC como palanca para ampliar compromisos multilaterales sobre contratación pública de servicios. Ahora bien, la consignación o no de compromisos multilaterales en este punto depende de un complejo sistema de negociaciones multi-asunto que trasciende a la contratación pública, y que permite por tanto el desbloqueo de negociaciones si se incluyeran concesiones sustanciales en otros sectores.

En la práctica, el intercambio inter-estatal de concesiones incentiva un precario equilibrio entre peticiones y ofertas en múltiples ámbitos (aranceles industriales, subvenciones agrícolas, prestación de servicios, etc). Por ello, no es fácil prever la

⁵² Véase Doc WT/579 *Decisión adoptada por el Consejo General el 1 de agosto de 2004* (2 de agosto de 2004).

⁵³ P. Zapatero, ‘Liberalización del comercio de servicios: a vueltas con la formulación de políticas públicas’, 4 *Cuadernos de Derecho Transnacional* 2 (2012).

⁵⁴ Sosteniendo que la creación de reglas multilaterales en la materia tendrá menos sentido a medida que el acceso a mercado y el trato nacional se amplíe dentro del GATS véase S. Evenett y B. Hoekman, ‘Government Procurement of Services: Assessing the Case for Multilateral Disciplines’, *Services 2000: New Directions in Services Trade Liberalization* (Brookings Institution Press 2000), pp. 143-164.

evolución y desenlace de estos múltiples sub-procesos de negociación y, por extensión, el propio destino de la Ronda de Doha en su conjunto.⁵⁵

Hasta la fecha, el sistema multilateral del comercio es un régimen particularmente dinámico en términos normativos. Desde la creación del GATT de 1947, el volumen de comercio y sectores regulados por sus reglas ha ido ampliándose de forma progresiva a través de diversas rondas de negociaciones. De hecho, dicha vocación expansiva (léase liberalización progresiva) se ha institucionalizado con la creación de la OMC: el propio tratado constitutivo de la OMC la define como un *Foro de Negociaciones Permanentes*.⁵⁶

Así las cosas, este foro de negociaciones permanentes permite impulsar la creación progresiva de un ‘mercado global de contratación pública basado en reglas’ a través de cualquier anclaje regulatorio disponible en sus acuerdos abarcados: es decir, en el marco del ACP, o fuera de él (p.e: AGCS).

En definitiva, la entrada en vigor del ACP revisado (y su agenda incorporada) en abril de 2014 es un paso más en el programa y funciones de liberalización global que gobiernos y parlamentos han inoculado en la OMC, como organización internacional. En este contexto, la progresiva transformación de la actividad que desarrollan los Estados en un gran nicho de mercado por el que compiten empresas globales –el denominado ‘mercado global emergente’ de contratación pública de bienes y servicios– no está libre de desafíos para el interés público.

⁵⁵ Véase, en particular, Doc WT/MIN(13)/DEC, *Declaración Ministerial de Bali* (11 de diciembre de 2013).

⁵⁶ Véase artículo III.2 del Acuerdo de la OMC.