

Nº 40
Cuarto trimestre 2024

Gabilex

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA**



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA

Gabilex

Nº 40

Diciembre 2024



Castilla-La Mancha

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Número 40. Diciembre 2024

Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo Blanch

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO, DULCINEA y REDALYC

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.



DIRECCIÓN

D^a M^a Belén López Donaire

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Letrada del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D^a Antonia Gómez Díaz-Romo

Letrada Coordinadora del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

Director adjunto de la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos.

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.



COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Álvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional.

Secretaria de Gobierno Local.



D. Jordi Gimeno Beviá

Vicedecano de Investigación e Internacionalización.
Facultad de Derecho de la UNED. Prof. Derecho Procesal

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y
Justicia. Gobierno de Cantabria.
Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La
Mancha.

D. José Joaquín Jiménez Vacas

Funcionario de carrera del Cuerpo Técnico Superior
de Administración General de la Comunidad de Madrid

D. Javier Mendoza Jiménez

Doctor en Economía y profesor ayudante doctor de
la Universidad de La Laguna.



SUMARIO

EDITORIAL

El Consejo de Redacción	11
-------------------------------	----

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

REFLEXIONES JURÍDICAS SOBRE LA NECESIDAD DE UNA LA LEY DE RESPONSABILIDAD SANITARIA EN ESPAÑA. PROPUESTA DE LEGE FERENDA

D ^a . Marta María Sánchez García	17
---	----

FUNDAMENTOS, CRÍTICAS Y CONSECUENCIAS DE LA IMPLEMENTACIÓN GENERAL DEL "PIN PARENTAL" EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

D. Juan Azorín Toboso.	91
-----------------------------	----

EL DERECHO A LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA DE LAS MADRES ADOLESCENTES.

D ^a Nuria María Garrido Cuenca.....	205
--	-----

«SOFT LAW» O LAS REGLAS DE BOXEO DEL MARQUÉS DE QUEENSBERRY

D. José Joaquín Jiménez Vacas	281
-------------------------------------	-----



PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE. ALGUNOS
PROBLEMAS INTERPRETATIVOS EN RELACIÓN CON SU
ÁMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN.
ESPECIAL REFERENCIA AL DELITO DE ASESINATO
HIPERAGRAVADO
D^a Miriam Carralero Valera.....303

DICTAMEN SOBRE UN CASO DE AGRESIÓN SEXUAL
D^a Andrea Cantos Martínez.....381

SECCIÓN INTERNACIONAL

EL ACUERDO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LOS
PAÍSES EN DESARROLLO. UNA HERRAMIENTA
COMERCIAL PARA MÉXICO
D. Rodolfo Cancino Gómez.....429

BASES DE PUBLICACIÓN459



EDITORIAL

En el número 40 de la Revista Gabilex, se incluyen en la sección nacional seis artículos doctrinales que se suman a un artículo de la sección internacional todos ellos de máximo interés.

En primer lugar, debe destacarse el excelente trabajo de D. Marta María Sánchez García, ganadora de la Categoría General de los premios Gabilex 2024 con el artículo que lleva por título "Reflexiones jurídicas sobre la necesidad de una la ley de responsabilidad sanitaria en España. propuesta de lege ferenda"

El siguiente artículo que podrán disfrutar los lectores corresponde a D. Juan Azorín Toboso, ganador de la Categoría Masteres, TFG y similares, en el ordenamiento jurídico español." con el artículo que lleva por título "Fundamentos, críticas y consecuencias de la implementación general del "pin parental".

A continuación, D^a Nuria María Garrido Cuenca realiza un estudio brillante sobre "El derecho a la salud sexual y reproductiva de las madres adolescentes"

D. José Joaquín Jiménez Vacas aborda bajo el título "«Soft Law» o las reglas de boxeo del marqués de Queensberry" un comentario de investigación, en



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

relación con las regulaciones blandas, verdes o flexibles («soft law»).

A continuación, D^a Miriam Carralero Valera aborda un tema de máximo interés con el artículo doctrinal "Prisión permanente revisable. Algunos problemas interpretativos en relación con su ámbito material de aplicación. Especial referencia al delito de asesinato hiperagravado"

La sección nacional se cierra con la obra de D^a Andrea Cantos Martínez sobre "Dictamen sobre un caso de agresión sexual". Un interesante artículo en el que aborda el caso práctico penal cuyo eje vertebrador es el delito de agresión sexual contra la defendida. Debiéndose tener en cuenta la pluralidad de delitos deslindados del factum, la autora realiza una calificación jurídica de los hechos y se centra en un aspecto fundamental para la resolución del mismo: la agravante genérica por razón de sexo.

La sección internacional cuenta con el excelente trabajo de D. Rodolfo Cancino Gómez que hará las delicias de los lectores sobre "El acuerdo de contratación pública y los países en desarrollo. una herramienta comercial para México". El Acuerdo de Contratación Pública (ACP) ofrece principios de operación que incentivan la no discriminación y una mayor apertura de amplio espectro del marco de contratación. La mayoría de los países en desarrollo, tienen compromisos contenidos en los tratados comerciales u otros mecanismos de cooperación comercial en materia de contratación, pero el ACP representa una oportunidad para combatir la corrupción y el neoproteccionismo. Una eventual adhesión al ACP implica una serie de obligaciones, pero



también muchos beneficios para detener prácticas unilaterales y discriminatorias, así como un mecanismo de solución de conflictos en un contexto de equidad procesal.

El Consejo de Redacción



**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

**SECCIÓN INTERNACIONAL
COORDINADA POR
JAIME PINTOS SANTIAGO**

ARTÍCULOS DOCTRINALES



EL ACUERDO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LOS PAÍSES EN DESARROLLO. UNA HERRAMIENTA COMERCIAL PARA MÉXICO

D. Rodolfo Cancino Gómez

Profesor-Investigador de la Facultad de Derecho de la
Universidad Nacional Autónoma de México UNAM)

Resumen: La contratación pública internacional, siempre ha tenido una expresión proteccionista de los mercados domésticos, dado que se pretende siempre incentivar y proteger los segmentos productivos nacionales, de tal manera que los procedimientos de licitación estén cerrados a la competencia externa. El reto es lograr una mayor apertura de la contratación pública a la proveeduría extranjera, que incentive la inversión y la transferencia de tecnología, armonizando la normatividad nacional de la contratación pública mediante las mejores prácticas internacionales para evitar la dispersión e inflación normativa. El Acuerdo de Contratación Pública (ACP) ofrece principios de operación que incentivan la no discriminación y una mayor apertura de amplio espectro del marco de contratación. La mayoría de los países en desarrollo, tienen compromisos contenidos en los tratados comerciales u otros mecanismos de cooperación comercial en materia de contratación, pero el ACP



representa una oportunidad para combatir la corrupción y el neoproteccionismo. Una eventual adhesión al ACP implica una serie de obligaciones, pero también muchos beneficios para detener prácticas unilaterales y discriminatorias, así como un mecanismo de solución de conflictos en un contexto de equidad procesal.

Abstract: International public procurement has always had a protectionist expression of domestic markets, given that it is always intended to incentivise and protect domestic productive segments, so that tendering procedures are closed to foreign competition. The challenge is to make public procurement more open to foreign suppliers, to encourage investment and technology transfer, and to harmonise national public procurement regulations with international best practices to avoid regulatory dispersion and inflation. The Government Procurement Agreement (GPA) provides operating principles that encourage non-discrimination and a more open and wide-ranging procurement framework. Most developing countries have commitments contained in trade treaties or other trade cooperation mechanisms on procurement, but the GPA represents an opportunity to combat corruption and neo-protectionism. Eventual accession to the GPA entails a number of obligations, but also many benefits in terms of stopping unilateral and discriminatory practices, as well as a dispute settlement mechanism in a context of procedural fairness.

Palabras claves: Acuerdo de Contratación Pública, Licitación, Adjudicación, Contrato, Mejores prácticas, Tratados Internacionales, Países en desarrollo, Solución de diferencias.



Key words: Government Procurement Agreement, Tendering, Award, Contract, Best Practices, International Treaties, Developing Countries, Dispute Settlement.

Sumario: I. México y la Contratación Pública Internacional II. El Acuerdo de la Contratación Pública (ACP) de la Organización Mundial de Comercio (OMC). Una opción de adhesión para México y los países en desarrollo III. El ACP una herramienta contra el Neoproteccionismo en el ámbito Internacional IV. El ACP y los Países en Desarrollo V. Reflexión Final VI. Bibliografía

I. México y la Contratación Pública Internacional

Las compras públicas se rigen por leyes federales, locales (leyes emitidas por las entidades federativas) o por reglamentos municipales, ya que estas se llevan a cabo a nivel federal, local y municipal. Las leyes federales regulan las compras que se llevan a cabo con recursos federales. Si se transfieren recursos federales a las entidades federativas (los estados y la Ciudad de México), estos se consideran fondos propios de las entidades federativas y las compras realizadas con cargo a esos fondos se rigen por las leyes locales. En 2021 las compras del Estado aumentaron a USD 76.644 millones, es decir, representaron el 5,9% del PIB y 23,1% del gasto público.¹ Por eso la importancia de crear una sola ley o un Código Nacional de

¹ Organización Mundial del Comercio, WT/TPR/S/429, Informe de la Secretaría, 10 de agosto de 2022, consultado el 09 de agosto de 2024



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Contratación Pública que regule todos los contratos públicos a nivel federal, incluyendo empresas productivas del Estado y demás dependencias o estructuras que dependan del Poder Legislativo o Judicial, bajo la premisa de que cualquier ente gubernamental que pervive del dinero público quedará supeditado a la normatividad de dicho Código que tendrá por objeto la uniformidad de las normas de los tres niveles de gobierno y de los tres poderes que integran la Federación. En el gráfico siguiente se ilustran los tres tipos de contratación pública, sin considerar la de la Comisión Federal de Electricidad y Petróleos Mexicanos que se rigen por sus propias regulaciones.

Modalidad	Descripción
Nacional	Se convoca cuando el monto del contrato es inferior al umbral establecido en los acuerdos comerciales o cuando el acuerdo estipula que la contratación está sujeta a reservas (aunque el monto sea igual o superior al umbral).
	Solo participan personas naturales y jurídicas mexicanas.
	Los bienes, servicios y obras tienen que ser de origen nacional. Además, los bienes deben tener al menos un 65% de contenido nacional; y los contratos de obras, al menos un 30% de mano de obra



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

	nacional, y se podrá también requerir la incorporación de materiales, maquinarias y equipos nacionales.
Internacional en el marco de tratados comerciales	Cada acuerdo comercial estipula el umbral de contratación.
	Participan mexicanos y extranjeros originarios del Estado o Estados Partes.
	Los bienes, servicios y obras son de origen nacional o cumplen con las normas de origen.
Internacional abierta	Se convoca cuando: i) una licitación pública nacional ha quedado desierta; o ii) la contratación se financia con préstamos de un organismo internacional.
	Participan mexicanos y extranjeros de cualquier nacionalidad.
	Los bienes, servicios y obras pueden ser de cualquier origen (nacional o extranjero).

Fuente: Secretaría de la OMC e información facilitada por las autoridades.²

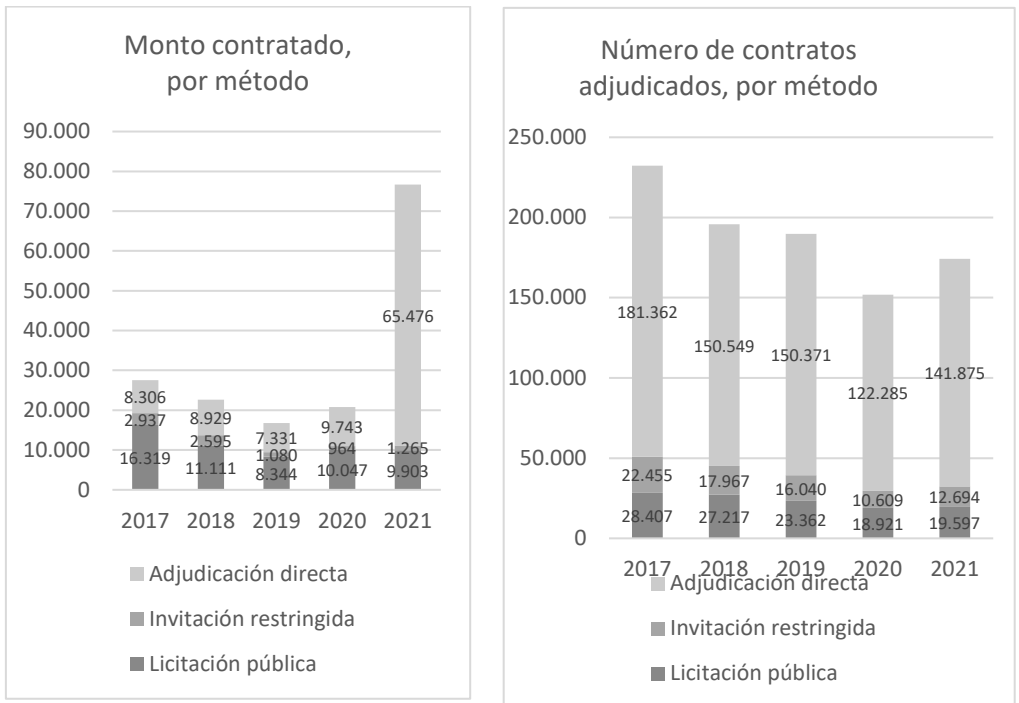
Es evidente que México otorga un trato preferencial a los proveedores nacionales para fomentar el desarrollo económico, pero dado que tiene compromisos internacionales al amparo de los tratados de libre comercio, existe una aparente apertura a su mercado de contratación, donde los nacionales quedan en desventaja relativa, dado que la mayoría de los sectores productivos nacionales no tienen el nivel de competitividad necesaria. Si bien los procedimientos de contratación deben estar de conformidad con los tratados signados, aún falta adoptar las mejores prácticas en la contratación. Es decir, que cualquier compra gubernamental debe ser mediante licitaciones públicas y abiertas, dado que aún se tiene un elevadísimo porcentaje de contratos selectivos o de adjudicación directa, que si bien son legales, son una excepción a las licitaciones, porque dicho procedimiento

² Op.cit. Pág. 107



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

ya sea selectivo o restringido debe justificarse y dictaminarse bajo circunstancias especiales, respetando irrestrictamente el principio de transparencia y acceso a la información que se genere en dicho procedimiento para evitar la opacidad.



*Elaborado con datos de la OMC

Debido a que existe una normatividad excesiva, derivado de un mandato equivocado del Artículo 134 constitucional, que ha autorizado sin justificación la generación de leyes y reglamentaciones que ha propiciado dispersión y confusión en la interpretación y aplicación de la norma nacional, dado que existe un nivel de contratación pública federal y otro nivel integrado por



64 leyes estatales en la materia, sin considerar las de asociaciones públicas-privadas.

La contratación pública internacional, implica la participación de entidades o dependencias gubernamentales a determinado nivel dentro de una estructura administrativa de gobierno para llevar a cabo licitaciones internacionales, en las que participan empresas extranjeras o nacionales o con participación extranjera dentro del territorio nacional. Cabe señalar, que el procedimiento de contratación se inicia y se agota, conforme a los términos que estipulan los apartados sobre la materia dentro de un tratado de libre comercio, cuyos anexos se delimitan las entidades gubernamentales participantes, los umbrales y niveles de participación en sectores específicos.

En México, los tratados tienen mayor jerarquía normativa que la ley nacional. Esto se reafirma con la SCJN en una tesis del 2007, novena época³, que reconoce una mayor jerarquía normativa a los tratados sobre las leyes nacionales.

En tanto, en las licitaciones internacionales abiertas podrán participar empresas mexicanas y extranjeras, después de que una *licitación nacional se haya declarado desierta*, o se trate de una *contratación financiada por créditos externos* otorgados al Gobierno Federal (o con su garantía) en la que así se haya estipulado esta modalidad de contratación. Se advierte, que tanto los bienes a adquirir o arrendar, así como los servicios a contratar deber ser de cualquier parte del mundo sin que imponga restricción alguna. Bajo este tipo de licitación, el procedimiento de contratación es diferente, entre

³ Seminario Judicial de la Federación, SCJN, P.IX/2007, abril de 2007



otros: las condiciones para llevar a cabo las licitaciones públicas internacionales abiertas; el valor límite que puede ser adjudicado bajo procedimientos de excepción; el margen de preferencia otorgado a los bienes nacionales en la comparación de las ofertas; y las funcionalidades de la plataforma de información para las contrataciones públicas, llamada CompraNet.

En esta modalidad para determinar la conveniencia de precio de los bienes, arrendamientos o servicios, se considerará *un margen hasta del quince por ciento a favor del precio más bajo prevaleciente en el mercado nacional*, en igualdad de condiciones, respecto de los precios de bienes, arrendamientos o servicios de procedencia extranjera que resulten de la investigación de mercado correspondiente.⁴

En cuanto a la contratación pública con base a tratados comerciales internacionales, solamente participarán los nacionales mexicanos y extranjeros con los que se tenga celebrado un tratado internacional que contenga disposiciones relativas a compras del sector público; y que exista la cobertura del bien o servicio licitado, de acuerdo a las reglas de origen establecidas en el mismo tratado.

México actualmente tiene trece tratados de libre comercio (9 con capítulos de compras de gobierno) destacando el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y el Tratado de Integración Progresista de Asociación Transpacífico (TIPAT) que contienen un título o capítulo de compras del sector público, un capítulo sobre Anticorrupción y de Inversiones, los cuales están

⁴ LAASP, Artículo 28, fracción III,b.



estrechamente interconectados para un adecuado cumplimiento de los contratos públicos. El derecho a participar en “licitaciones internacionales bajo tratados” es un interés que confiere al Gobierno de México la posibilidad de negociar mejores condiciones en nuevas y futuras negociaciones comerciales con países con los que actualmente no se tiene un acuerdo, incluyendo la generación de nuevos parámetros para renegociar el capítulo sobre Contratación Pública del TMEC en el 2026.

II. El Acuerdo de la Contratación Pública (ACP) de la Organización Mundial de Comercio (OMC). Una opción de adhesión para México y los países en desarrollo.

La OMC estima que la contratación pública representa entre un 15% y un 20% del PIB de los países, México y la mayoría de los países en desarrollo no son miembros de este Acuerdo, pero que ya deberían ir repensando en su inserción ante el aumento creciente de la corrupción y de la impunidad. *La contratación pública se ha identificado como la actividad gubernamental más vulnerable a la corrupción.*⁵ Pero también según el Banco Mundial “... la contratación pública es un proceso de negocio dentro de un sistema público”.

En consecuencia, para detonar la inversión extranjera y el desarrollo económico, se recomienda ahora más que nunca ingresar a este Acuerdo Plurilateral en su calidad de país en desarrollo para tener cierto trato especial y gradualidad en la instrumentación de sus compromisos comerciales. es un ferviente suscriptor de tratados, por lo que se puede intuir que le resulta más atractivo esta

⁵ <https://www.oecd.org/fr/gov/ethique/38947794.pdf>



vía que solicitar su ingreso al ACP. La renegociación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (T-MEC) dará la pauta para definir una posición más firme, ya que la renegociación del T-MEC es un enigma por resolver. Sin embargo, algunos países latinoamericanos participan como observadores en el ACP, donde Brasil y Costa Rica están en su proceso de adhesión. En un momento determinado, con la adhesión de México, este se obligaría a adoptar una política pública uniforme en materia de contratación pública conforme a los principios de transparencia, no discriminación y equidad procedimental. Todo esto para evitar operar en la opacidad, con altos riesgos de ser sancionado por omitir sus compromisos internacionales y/o por una presunta violación a sus preceptos.

La eventual adhesión trae consigo abandonar medidas proteccionistas, sino promover y fomentar las buenas prácticas, introducir el uso de las tecnologías de la información para las subastas electrónicas y facilitar la solución de los conflictos en distintos niveles que van desde una solicitud de rectificación y/o aclaración entre dependencia y proveedor extranjero, pasando por la utilización del arbitraje, hasta llegar a la última instancia que es la utilización del mecanismo de solución de diferencias de la OMC.

Respecto, a la contratación electrónica, es un verdadero reto, que más temprano que tarde se tendrá que hacer para transitar hacia instituciones fiables y confiables, en un ambiente donde los proveedores de bienes, servicios y servicios de construcción (obra pública) de las otras Partes participen en los procedimientos de licitación de dependencias y entidades gubernamentales.



Entre los grandes protagonistas del comercio internacional en el mercado de la contratación pública figuran la Unión Europea (UE) y los Estados Unidos (EUA) que son miembros muy activos de la OMC y miembros formales del ACP. China y Rusia están ahora en proceso de adhesión en el ACP. China, por ejemplo, es observador del acuerdo desde 2002 y está en proceso de adhesión desde 2008. Las negociaciones de adhesión con estos dos países han sido muy difíciles, toda vez que parecen formar un aparente bloque comercial (no formal) junto con India. Una eventual adhesión de estos países resulta mucho más compleja, porque pretenden ingresar al ACP en carácter de países en desarrollo, lo que EE.UU. y la UE no permitirían. En tanto los países en desarrollo latinoamericanos, aunque también adoptan medidas proteccionistas en la contratación pública no tienen la suficiente fuerza para ocasionar distorsiones en el mercado, toda vez que la mayoría de ellos no son miembros del ACP y no tienen obligaciones formales de acatar sus reglas, por lo que solo quedan supeditados a las obligaciones contraídas en los capítulos de contratación pública contenidas en los tratados comerciales internacionales (si es que los tienen).

III. El ACP una herramienta contra el Neoproteccionismo en el ámbito Internacional

El Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP), tiene su origen y encaje en el marco multilateral de la OMC, porque retoma sus principios de funcionamiento, como la no discriminación, la transparencia y la equidad procesal. El objetivo del ACP es establecer un marco



multilateral de derechos y obligaciones equilibrados en materia de contratación pública, con miras a conseguir la liberalización y la expansión del comercio mundial. De esta forma, establece una serie de derechos y obligaciones entre sus Partes con respecto a sus respectivas leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas nacionales en la esfera de contratación.⁶

Si bien, se puede utilizar en segunda instancia el mecanismo de solución de diferencias de la OMC, cuando los países miembros no puedan resolver mediante consultas (mecanismo alternativo) alguna controversia comercial, uno de los grandes activos del Acuerdo de Contratación Pública, jurídicamente vinculante, es su garantía de observancia. Por un lado, porque impone el establecimiento de sistemas de impugnación de licitaciones, pero, sobre todo, porque las disputas entre sus Partes se dirimen por el procedimiento establecido en el "Entendimiento de Solución de Diferencias de la OMC", que establece la eventual aplicación de «represalias cruzadas» que permiten suspender concesiones en otros acuerdos de la OMC.⁷

Debido a su naturaleza jurídica ad hoc, todos los miembros de la OMC pueden adherirse al ACP y tienen

⁶ Moreno Molina, José, "Avances hacia el derecho global de la contratación pública", en Souza, Beatriz y Moreno, Antonio (coords.) "DESARROLLO EN BRASIL, ESPAÑA Y LA UNIÓN EUROPEA: hacia la construcción de un nuevo orden global sostenible", España, Universidad de Castilla-La Mancha, 2021, p. 55.

⁷ Bonet Baiget, Alfredo, "Nuevas Oportunidades en la Contratación Pública Internacional", Boletín Económico de ICE, España, Nº 3025, 1 al 30 de abril de 2012, p. 24. <https://revistasice.com/index.php/BICE/article/view/5180/5180>



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

la posibilidad y la opción de ampliar o limitar su ámbito de aplicación en bienes y servicios, las dependencias o entidades centrales y subcentrales, así como los umbrales (montos financieros). Para ingresar al ACP, es necesario aprobar y agotar un proceso de adhesión independiente a lo realizado para su ingreso en la OMC, en el que hay que sopesar los beneficios y costes potenciales en función de las circunstancias específicas y los intereses comerciales de cada país y el resto de los países miembros del ACP.

El ACP es un acuerdo plurilateral negociado en el seno de la OMC, lo que significa que no todos sus miembros forman parte de ella. Actualmente, cuenta con 22 Partes, que abarcan a 49 miembros de la OMC y se cuenta como una sola parte a la Unión Europea y sus 27 estados miembros. Otros 25 miembros están como observadores y varias organizaciones internacionales en el Comité de Contratación Pública.⁸

Conforme a las reglas multilaterales, los países miembros que no son parte del ACP solo están obligados a cumplir las normas y disposiciones de la OMC. Al respecto, en el Acta Final de Marrakech se establece que *"(...) los representantes convienen en que el Acuerdo sobre la OMC estará abierto a la aceptación como un todo, mediante firma o formalidad de otra clase, de todos los participantes. La aceptación y entrada en vigor de los Acuerdos Comerciales Plurilaterales, en este caso*

⁸ Organización de Mundial del Comercio, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/memobs_s.htm, consultado el 26 de junio de 2024.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

*el Acuerdo de Contratación Pública se registrarán por las disposiciones de cada Acuerdo Comercial Plurilateral”.*⁹

El ACP contiene de manera resumida los siguientes aspectos relevantes:

- Otorga garantías de trato nacional y no discriminación para los proveedores de las Partes en el Acuerdo con respecto a la contratación de los bienes, servicios y servicios de construcción abarcados establecidos en las listas de cada Parte.
- Facilita la adhesión al Acuerdo y a la existencia mediante un trato especial y diferenciado para los países en desarrollo.
- Garantiza que la contratación sea transparente y competitiva que no discrimine a los bienes, servicios o proveedores de otras Partes.
- Establece la obligación de informar sobre todo lo relativo a la reglamentación mediante leyes, reglamentos u otro tipo de especificaciones técnicas, entre otras disposiciones que puedan considerarse medidas discriminatorias.
- Informa sobre los procedimientos legales internos de revisión para las impugnaciones de los proveedores extranjeros.

⁹ El Acta Final en la que se recogen los resultados de la Ronda Uruguay de Comercio Multilateral Negociaciones", firmado por los ministros en Marrakech el 15 de abril de 1994, tiene 550 páginas y contiene textos jurídicos que explican los resultados de las negociaciones celebradas desde la Ronda, fue lanzado en Punta del Este, Uruguay, en septiembre de 1986. Además de los textos de los acuerdos, el Acta Final también contiene textos de Decisiones Ministeriales y Declaraciones que aclaran aún más ciertas disposiciones de algunos de los acuerdos. https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/03-fa_s.htm



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

- Adopta un programa para la ampliación del ámbito de aplicación y la eliminación de las restantes medidas discriminatorias.¹⁰

En el preámbulo del Acuerdo Revisado del 2012, sobre el neoproteccionismo señala clara y firmemente que *“las medidas relativas a la contratación pública no deberán ser elaboradas, adoptadas ni aplicadas de forma que se proteja a los proveedores, los bienes o los servicios nacionales, ni de forma que se discrimine entre los proveedores, los bienes o los servicios extranjeros”*.¹¹

EL ACP permite todos los procedimientos de contratación, los cuales pueden ser públicos, selectivos y restringidos, siempre y cuando sus esquemas de operación sean transparentes, imparciales y neutrales, evitando la discriminación y las prácticas corruptas. En este aspecto, es claro que en el ACP debe cumplimentar en su cabalidad los principios del Derecho Internacional y en lo particular la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Asimismo, regula excepcionalmente las licitaciones selectivas o restringidas (asignaciones directas), pero están sujetas a reglas muy estrictas y dictámenes especiales, que serán revisadas en su oportunidad por el Comité, cuando un país miembro presente una queja sobre protección de su mercado de contratación. En conclusión, si hay transparencia se garantiza la libre competencia, se promueve la competencia económica, se abate la opacidad y se combate la adopción de medidas proteccionistas que pongan en desventajas a los proveedores extranjeros que participan en un

¹⁰ Ver, Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) 2012

¹¹ Acuerdo sobre Contratación Pública, modificado el 30 de marzo de 2012 (ACP 2012), Preámbulo



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

procedimiento de contratación, además de que los países miembros están comprometidos a que:

- a)** las entidades contratantes cuyos procesos de contratación estarán abiertos a la participación de licitadores extranjeros;
- b)** los bienes, servicios y servicios de construcción estén abiertos a la competencia extranjera;
- c)** los valores de umbral se respeten irrestrictamente para permitir la competencia extranjera. Esto beneficia a los países desarrollados, cuyas empresas puedan realizar fácilmente ofertas por encima de dichos umbrales; y
- d)** a las excepciones establecidas en el ACP se cumplan debidamente es su ámbito de aplicación.

Los países miembros del ACP, dentro de su legislación nacional, no deben otorgar un trato preferente o más favorable a los bienes y servicios de sus proveedores nacionales en relación directa a las proveedurías extranjeras. Es evidente que la adopción de medidas unilaterales está prohibida, así como todas las reglamentaciones restrictivas que provoca la aparición de medidas proteccionistas entre competidores directos o indirectos que participan en los procesos de elaboración, transformación o modificación de los bienes y servicios.

De ahí que el ACP también prohíba discriminar a otro proveedor nacional en relación con otro proveedor extranjero. Este proveedor o empresa puede ser que se encuentre establecida en su territorio, que se organiza conforme a sus leyes nacionales; o bien sea una



empresa extranjera no nacionalizada, o una empresa filial de una empresa extranjera u otras combinaciones societarias. La discriminación tiene varias dimensiones o niveles, así como puede tener varias acepciones o variables dependiendo del bien o servicio que ha de suministrarse o prestarse. En términos generales, no se deberá proteger un sector económico específico de la competencia externa de proveedores de bienes o servicios, ni exigir requisitos adicionales o aplicar medidas restrictivas. El ACP exige transparentar las reglamentaciones en materia de contenido nacional, cesión de tecnología mediante licencia, inversiones, o selección de los proveedores, bienes o servicios, o en la evaluación de las ofertas y la adjudicación de contratos.

Ni duda cabe, que ser miembro del ACP permite tener una herramienta eficaz contra el neoproteccionismo. En ese orden de ideas, Jaime Pintos señala que *‘... a propósito del proteccionismo es inevitable escuchar voces a favor de la mayor de las igualdades para los oferentes o licitadores de conformidad con este principio general de la contratación pública, pero debemos tener presente que los principios generales de la contratación pública también deben estar pensados y dirigidos a los destinatarios y usuarios finales de esos bienes y servicios, las sociedades, y que por tanto ese principio de igualdad también debe ser trasladado en la contratación pública a las sociedades equilibrando a través de este mismo principio allí donde haya desigualdades. Por ello y con base en la primera de las concepciones expresadas, combatir el proteccionismo*



nacional en los ALC es inevitable, sin embargo la realidad sobre el terreno puede ser bien distinta. ”¹²

IV. El ACP y los Países en Desarrollo

El ACP tiene un ámbito de aplicación extenso y definido, por lo que muchos Estados prefieren signar tratados comerciales con un capítulo ad hoc sobre contratación pública. El ACP, ofrece un mercado de amplio espectro y de mayor competitividad, donde las empresas de los países en desarrollo se encuentran en desventaja para competir ante empresas multinacionales o transnacionales, aún menos de ganar una licitación por los montos multimillonarios de los contratos y de la tecnología y especialización requerida. Sin embargo, muchos países, en este caso latinoamericanos participan en calidad de observadores, mientras que Brasil y Costa Rica están en proceso de adhesión en su carácter de país en desarrollo¹³.

¹² Pintos, Santiago, Jaime, “Los principios generales de desarrollo humano y sostenibilidad ambiental en la contratación pública, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1ª edición Colección monografías, 2017, p. 107

¹³ Acuerdo de Contratación Pública, Artículo VI, Países en Desarrollo. 1. En las negociaciones de adhesión al presente Acuerdo, y en la aplicación y administración del mismo, las Partes prestarán una atención especial a las circunstancias y las necesidades de desarrollo, financieras y comerciales de desarrollo”, a menos, que dichas circunstancias y necesidades pueden variar significativamente de un país a otro. Conforme a lo previsto en el presente artículo y cuando se reciba una solicitud a tal efecto, las Partes concederán trato especial y diferenciado.



Los países en desarrollo que se encuentren interesados en formar parte, tendrán que implementar en su estrategia cualquiera de las tres hipótesis siguientes: i) ampliar la cobertura y alcance de su mercado de contratación pública y elevar el nivel de competitividad de sus empresas nacionales ii) combatir la corrupción y otros vicios del procedimiento de contratación mediante las buenas prácticas que pregona el ACP y iii) armonizar todos los compromisos internacionales establecidos en tratados, y sujetarlos al ACP.

En la adhesión de un país en desarrollo al presente Acuerdo, cada país miembro otorgará de inmediato a los bienes, servicios y proveedores de ese país en desarrollo la cobertura más favorable que esa Parte otorgue en el marco de sus compromisos contenidos en los Anexos del Apéndice I, con sujeción a las condiciones previamente pactadas, sin que ello propicie un desequilibrio de oportunidades y beneficios en el marco del ACP para el resto de los miembros. Esto refiere a las listas de entidades centrales, subcentrales; bienes y servicios cubiertos y umbrales (montos financieros que por debajo de los mismos corresponden solo a los países miembros). De esa manera, un país en desarrollo podrá adoptar o mantener, durante un periodo de transición para cumplir con sus compromisos establecidos, bajo un calendario determinado en sus Anexos antes aludidos bajo el principio de no discriminación.

En el ACP, se coadyuva a que un país en desarrollo adopte porcentajes mínimos de la oferta que incluya bienes o servicios originarios del país en desarrollo que otorgue la preferencia, o bienes o servicios originarios de otros países en desarrollo respecto de los cuales el



país en desarrollo que otorgue la preferencia tenga la obligación de proporcionar *trato nacional* con arreglo a un acuerdo preferencial, a condición de que, si el otro país en desarrollo es Parte en el presente Acuerdo. Este tratamiento, se hará extensivo a los demás países en desarrollo y tendrá un efecto multiplicador de abrir nuevos mercados. Sin embargo, aunque su adhesión sea en carácter de país en desarrollo, deberá negociar y acordar la incorporación gradual de entidades o sectores específicos y aumentar su umbral de origen o de adhesión.

El principio de no discriminación, consistente en que *"cualquier medida relativa a las contrataciones abarcadas, cada Parte, incluidas sus entidades contratantes, concederá de forma inmediata e incondicional a los bienes y servicios de cualquier otra Parte y a los proveedores de cualquier otra Parte que ofrezcan bienes o servicios de cualquiera de las Partes, un trato no menos favorable que el trato que la Parte, incluidas sus entidades contratantes"*¹⁴. En este caso los países en desarrollo darán prevalencia de participación en los procedimientos de contratación a los bienes, servicios y proveedores nacionales, por lo que no se hará extensivo a los bienes, servicios y proveedores de cualquier otra Parte, solo por un periodo determinado, cuyo límite no puede exceder de tres años.

Los países en desarrollo tendrán derecho a la profesionalización de sus operadores jurídicos y de cooperación técnica necesaria para la instrumentación de sus obligaciones, donde el Comité del ACP examinará

¹⁴ Acuerdo de Contratación Pública, Artículo IV, Principio de no Discriminación, Artículo 4.1.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

cada cinco años el cumplimiento de la operación y la armonización de su legislación nacional conforme al marco normativo del ACP y sus apéndices y anexos.

El concepto de reciprocidad funciona en gran medida en el marco del ACP y de los tratados comerciales internacionales. No obstante, el acceso al ACP no es un camino fácil, toda vez que se requiere un billete de entrada muy caro. Por lo tanto, no estar dentro del ACP o tener un tratado con países desarrollados significa estar expuesto a la discriminación o quedar excluido del mercado, por lo que el ACP no proporciona herramientas reales para homogeneizar las interpretaciones de los comportamientos discriminatorios. Además, dado que en la práctica no se recurre a las denuncias de los Estados y que los tribunales nacionales no pueden ni plantear cuestiones ni pedir aclaraciones, no existe una interpretación jurídica armonizada de cómo debe interpretarse el principio de no discriminación en el ACP y exigir la reciprocidad a la que tiene derecho como miembro activo.

Irónicamente, sin embargo, en el actual contexto de incertidumbre sobre el proceso de globalización de la legislación sobre contratación pública, el papel del ACP como garante de los principios mínimos de libre comercio y no discriminación en la contratación pública parece crucial. Sin embargo, no está claro si el ACP, como acuerdo internacional, tiene la base necesaria para garantizar la reciprocidad, asegurar la no discriminación y dictar nuevas normas para facilitar la adhesión de nuevos miembros que le den una base democrática de



funcionamiento y reglas válidas para resolver cualquier conflicto comercial en este ámbito.¹⁵

La OCDE reconoce que la contratación pública, es la clave de la actividad económica de las administraciones públicas y el desarrollo económico de los países, siempre y cuando se combata y se erradique la mala gestión, la colusión, el soborno, el fraude y la corrupción que hace mal uso del dinero público, aportado por los contribuyentes. Dada la discrecionalidad que ejerce la autoridad en los procedimientos de contratación, ya sea de contratación restringida o selectiva (adjudicaciones directas), es recomendable que los países en desarrollo, incluyendo México se adhieran al ACP de la OMC para que realmente se obliguen a establecer un sistema uniforme a nivel internacional en materia de contratación pública estratégica. Llevar a cabo las compras públicas mediante el mecanismo de excepción denominado "adjudicaciones directas", aunque están regladas en las leyes en la materia tienen un alto grado de opacidad con elevados índices de corrupción.¹⁶

Si bien, no se quiere pagar un precio tan alto para ingresar al ACP, se recomienda que los países en desarrollo participen en los trabajos de dicho Acuerdo en calidad de observadores, en particular los países

¹⁵WOLFE, Robert. Exposing governments swimming naked in the COVID-19 crisis with trade policy transparency (and why WTO reform matters more than ever). En: BALDWIN, Richard E.; EVENETT, Simon J (eds.). COVID-19 and Trade Policy: Why Turning Inward Won't Work. Londres: Centre for Economic Policy Research, p. 165-178, 2020.

¹⁶ Cancino Rodolfo, Emergencia Sanitaria por Covid 19 "Contratación Pública", "Tres decretos que impactan la contratación pública durante la pandemia", IJ-UNAM. 2020.



latinoamericanos para adquirir experiencia y ponderar la viabilidad de acceder a posteriori al ACP. La calidad de observador se obtiene mediante el aval del Comité del Acuerdo de Contratación Pública. Esta calidad se debe seguir para los países en desarrollo, a reserva de tomar una decisión de adhesión o no, o cuando menos retomar parámetros o mejores prácticas para incorporarse a la legislación nacional,¹⁷ conforme a los lineamientos específicos para el desempeño de un representante gubernamental dentro del Comité, así como las condiciones en que se concederá la calidad de observador, incluida la relativa al suministro de información. Los observadores podrán participar en las deliberaciones, pero las decisiones serán tomadas únicamente por las Partes.¹⁸

V. REFLEXIÓN FINAL

Los países en desarrollo, en caso de ser miembros plenos del ACP tendrían que aceptar la competencia de proveedores extranjeros, que llega en condiciones pactadas, a cambio de la reciprocidad u otras ventajas. Pero deberá tomarse en cuenta, que también enfrentarán la competencia de países con los que no se tienen tratados sean en condiciones desleales, fuera de las reglas pactadas en los mismos tratados comerciales. De ahí la importancia, que los países en desarrollo, latinoamericanos, incluyendo a México, soliciten tener un papel de observador tales como Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Brasil, Ecuador, Panamá, Paraguay y República Dominicana en el ACP para que en

¹⁷ Acuerdo de Contratación Pública, Artículo XXI.4 Instituciones, Comité de Contratación Pública, Observadores.

¹⁸ *Ver*, Decisión sobre la participación de observadores en el Comité de Contratación Pública (1994).



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

un etapa posterior analicen la posibilidad de formalizar su adhesión.

Independientemente de sus causas, es creciente la aparición de medidas proteccionistas de los países desarrollados en contratación pública, que están adoptando mecanismos unilaterales y restrictivos en contratos públicos para empujar a los países en desarrollo a signar acuerdos bilaterales para que dejen de aplicar medidas unilaterales contra ellos.¹⁹ Por tanto, sería importante que el ACP tenga un carácter multilateral en compras del gobierno, para confrontar directamente el neoproteccionismo en la materia.

Dependiendo del volumen comercial y capacidad comercial y financiera de una candidatura de adhesión al ACP, son las concesiones que deben otorgarse. En algunos casos se otorga flexibilidad de adhesión (Brasil y Costa Rica), mientras que a otros como a China y Rusia se le exigen elevadas concesiones, donde inciden intereses políticos que lo interpretan como una amenaza para el mercado de la contratación pública. Por ejemplo, China, tiene 15 años negociando su adhesión, dada su elevada competitividad y su pretensión de reconocimiento de "país en desarrollo" en el ACP.

Desde un análisis costo/ beneficio de adhesión al ACP, el saldo es favorable para contar con un sistema único y armonizado y que los países en desarrollo se favorezcan de un trato especial o diferenciado. Sin duda el ACP es

¹⁹ Acuerdo Económico y Comercial EE.UU-China, 15 de enero de 2020. Estados Unidos aumentó unilateralmente los aranceles a las exportaciones chinas de acero y aluminio, a cambio China adoptó restricciones a las exportaciones estadounidenses de productos agrícolas.



un acuerdo que garantiza una mayor transparencia en los mercados de contratación pública, incentiva la libre competencia y el combate frontal a la corrupción y al neoproteccionismo. Los procedimientos de contratación pública serán exitosos en la medida que garanticen la calidad y correcta aplicación de las leyes bajo un formato uniforme y armonizado, en consonancia a los principios y preceptos del ACP.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Bayless, Ian, "Aportes internacionales sobre contratación pública y su influencia en el sistema panameño" Ratio Legis, Panamá, Año 1 N° 2, julio a diciembre de 2021

Bonet Baiget, Alfredo, "Nuevas Oportunidades en la Contratación Pública Internacional", Boletín Económico de ICE, España, N° 3025, 1 al 30 de abril de 2012.

Cancino Gómez Rodolfo, Emergencia Sanitaria por Covid 19 "Contratación Pública", "Tres decretos que impactan la contratación pública durante la pandemia", IIJ-UNAM. 2020.

Cancino Gómez, Rodolfo y López Olvera, Miguel Alejandro, "La contratación pública", Madrid, Wolkers Kluwer, 2019

Cozzio Michele, La nueva política comercial de la Unión Europea (UE) y sus efectos en la contratación pública internacional, Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo LXXIV, Número 288, Enero-Abril 2024.



Fischer-Lescano, Andreas y Teubner, Gunther, Regime-collisions: the Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law, MJIL

Miranzo Díaz J. The tension between global public procurement law national/populist tendencies: proposals for reform., Revista de Investigacoes Constitucionais, Vol. N. 2, Agosto 2020. Brasil.

Kutlina-Dimitrova, Zornitsa, Government Procurement: Data, Trends and Protectionist Tendencies Trade, Issue 3, septiembre 2018.

Moreno Molina, José A. 2021, "Avances hacia el derecho global de la contratación pública", en Souza, Beatriz y Moreno, Antonio (coords.) "Desarrollo en Brasil, España y la Unión Europea: hacia la construcción de un nuevo orden global sostenible", España, Universidad de Castilla-La Mancha, España.

Pintos, Santiago, Jaime, "Los principios generales de desarrollo humano y sostenibilidad ambiental en la contratación pública, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1ª edición Colección monografías, 2017, p. 107

Sacerdoti Giorgio, La crisi dell'Organizzazione mondiale del commercio: ragioni e prospettive di rilancio dopo la 12a conferenza ministeriale di Giugno 2022, Rivista del Commercio Internazionale, No. 3. 2022-

Vide Baldwin, Richard, y Patrick, Low, Multilateralizing Regionalism, Challenges for the Global trading System, Geneva, Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, 2009.



Virdzhiniya Petrova Georgieva, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. 20, Universidad Nacional Autónoma de México, marzo 2021.

Weil, Prosper, "Towards Relative Normativity in International Law?" 77 *American Journal of International Law*, 1983.

WOLFE, Robert. Exposing governments swimming naked in the COVID-19 crisis with trade policy transparency (and why WTO reform matters more than ever). En: BALDWIN, Richard E.; EVENETT, Simon J (eds.). COVID-19 and Trade Policy: Why Turning Inward Won't Work. Londres: Centre for Economic Policy Research, p. 165-178, 2020.