

El Acuerdo de Contratación Pública: una herramienta plurilateral para la búsqueda de una buena gobernanza

VALENTINA BOTELLO LEÓN¹

RESUMEN

El ACP 2012 establece entre sus objetivos principales la buena gobernanza, incluyendo múltiples herramientas para promoverla. Entre las herramientas plurilaterales para incentivar la buena gobernanza se encuentran la obligación de no discriminación, los requisitos en materia de transparencia, las condiciones procesales en la fase previa, durante y posterior a la licitación y la promoción del uso de medios electrónicos para las contrataciones públicas. Estos instrumentos se incluyen en el ACP 2012 como una forma de luchar contra las situaciones de corrupción o de falta de competencia que afectan los estándares de buena gobernanza en el marco de los procesos de compra pública adelantados por las entidades públicas. El ACP 2012 es un acuerdo plurilateral, de forma que las obligaciones y los incentivos de buena gobernanza contenidos en él solo aplicarán a los miembros de la OMC que hayan manifestado de manera explícita su voluntad de acceder al instrumento. Correlativamente, los demás miembros de la OMC no adquirirán obligaciones en la materia. La eficacia del ACP 2012, en su calidad de tratado plurilateral, se verá entonces estrictamente limitada en función de la membresía del instrumento. Dicha membresía se encuentra en la actualidad mayoritariamente compuesta por los miembros de la OMC con mayores índices de buena gobernanza, mientras que aquellos miembros de la OMC que cuentan con altos índices de corrupción no han accedido al ACP 2012. Por este motivo, el ACP 2012

* DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458.n64.08>

1 Abogada de la Universidad Externado de Colombia con Máster 1 en derecho internacional y Máster 2 en derecho internacional público de la Université Paris II Panthéon-Assas (París, Francia) y LL.M en solución de controversias internacionales de la Université de Genève y el Graduate Institute of International and Development Studies (Ginebra, Suiza). Se ha desempeñado como abogada en la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de la República de Colombia y como abogada adscrita en el Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC (Ginebra, Suiza).

Correo-e: valentinabotello4@gmail.com

cuenta con incentivos para que los miembros de la OMC en vía de desarrollo inicien el proceso de adhesión al instrumento y obtener, de esta forma, una mayor extensión de la buena gobernanza en el marco de la contratación pública internacional.

Palabras clave: Contratación pública, Organización Mundial del Comercio, ACP 2012, Buena gobernanza, Corrupción, Competencia, Transparencia

Fecha de recepción: 11 de septiembre de 2024.

Fecha de aceptación: 7 de mayo de 2025.

THE GOVERNMENT PROCUREMENT AGREEMENT: A PLURILATERAL TOOL FOR THE PURSUIT OF GOOD GOVERNANCE

ABSTRACT

The GPA 2012 establishes good governance among its main objectives, including multiple tools to promote it. The plurilateral tools contained in the GPA 2012 to encourage good governance cover the obligation of non-discrimination, transparency requirements, procedural conditions in the pre-bidding, bidding and post-bidding phase, and the promotion of the use of electronic means for public procurement. These tools are contained in the GPA 2012 as a way to fight against situations of corruption or lack of competition that affect the ideal standards of governance in the framework of public procurement processes carried out by public entities. The GPA 2012 is a plurilateral agreement, meaning that the good governance obligations and incentives contained therein will only apply to WTO members that have explicitly expressed their willingness to accede to the instrument. Correspondingly, other WTO members will not acquire any obligations in this regard. The effectiveness of the 2012 GPA, as a plurilateral treaty, will therefore be strictly limited by the instrument's membership. This membership is currently mostly composed of WTO members with higher good governance indices, while those WTO members with high corruption indices have not acceded to the GPA 2012. For this reason, the GPA 2012 has incentives for developing WTO members to initiate the process of accession to the instrument and thus further extend good governance in international public procurement.

Keywords: Public procurement, World Trade Organization, GPA 2012, Good governance, Corruption, Competition, Transparency

INTRODUCCIÓN

Las compras públicas representan un promedio entre el 13% al 15% del producto interno bruto de las economías de los diferentes países del mundo, conformando así un sector y mercado esencial del comercio internacional (Anderson *et al.*, 2023). Por

tanto, la contratación pública, y las normas aplicables, genera consecuencias directas en la economía y en la innovación de los países y, sobre todo, en la confianza ciudadana en las instituciones, así como en la legitimidad de la función pública. Al tiempo, la contratación pública permite canalizar el gasto público hacia la consecución de los objetivos de servicio público y, por ello, es un área especialmente vulnerable a la corrupción y la ineficiencia en la gestión de los recursos públicos.

En este orden, la adopción de reglas de buena gobernanza en el marco del derecho internacional económico es fundamental para asegurar la existencia de un mercado transparente de compras públicas de cada país. En ese contexto, el Acuerdo de Contratación Pública de 2012 (ACP 2012) de la OMC es un instrumento que incluye obligaciones de apertura de los mercados de compra pública y mecanismos para mejorar la gobernanza y reducir los riesgos de corrupción y colusión. No obstante, la eficacia de este instrumento se ve condicionada por su naturaleza plurilateral, ya que este no hace parte del principio de "compromiso único" (*single undertaking* o *engagement unique*) de la OMC.

Así las cosas, el presente artículo tiene por objetivo analizar las herramientas de buena gobernanza propuestas por el ACP 2012 y el impacto de su implementación teniendo en cuenta la naturaleza plurilateral del acuerdo. Para tal fin, el artículo se organiza así: la primera sección delimitará la noción de compra pública bajo el ACP 2012. La segunda sección se aproximará al concepto de la buena gobernanza. Luego, la sección tercera analizará los escenarios de "mala" gobernanza, y finalmente, la sección cuarta estudiará la naturaleza plurilateral del ACP de 2012.

DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE COMPRA PÚBLICA EN EL ACP 2012

La definición de compra pública varía entre países. Una propuesta de definición es aquella que delimita la contratación pública como la adquisición, por parte de organismos públicos y con el objetivo de llevar a cabo su misión de servicio público, de bienes y servicios provistos por proveedores externos (Arrowsmith, 2003).

En esta definición general se han identificado tradicionalmente cuatro elementos: quién compra, qué compra, para qué compra y a quién compra. En primer lugar, la entidad que efectúa la compra es una entidad pública, bajo el control o la influencia del gobierno o una entidad que goza de derechos especiales que han sido conferidos a ella por el gobierno, como es el caso de las empresas estatales. En segundo lugar, el objeto de la compra pública puede variar entre bienes o servicios, o puede configurarse como una mezcla de estos. En tercer lugar, el propósito de la compra pública debe ser cumplir un fin o servicio público, en contraposición a un fin comercial o particular. Por último, el proveedor de la contratación pública, que pone los bienes y servicios a disposición de la entidad pública, debe ser externo al propio sector público.

Sobre este último punto, en los mercados de contratación pública abiertos, el proveedor del bien o del servicio contratado podrá ser un proveedor nacional o extranjero. Pero en estas situaciones, las entidades públicas contratantes podrían verse

en la situación de erigir barreras al comercio en caso de otorgar tratos preferenciales a bienes, servicios o proveedores nacionales o en caso de adoptar cualquier otra medida que discrimine a los proveedores extranjeros. De esta forma, las medidas adoptadas por una entidad pública en el marco de un proceso de contratación pública pueden obstruir, y en general, impactar el comercio internacional.

Es por esta importancia en materia de comercio internacional que la OMC cuenta con el Acuerdo de Contratación Pública (ACP). Este contiene obligaciones en materia de compras públicas aplicables a los miembros de la OMC que lo suscribieron. El ACP busca la apertura recíproca de los mercados de contratación pública de sus partes signatarias, con el fin de permitir a los proveedores extranjeros participar en los procesos de compra pública en igualdad de condiciones a los nacionales, asegurando así que los bienes y servicios por ellos provistos no sean discriminados en favor de los domésticos. Además de contener estándares de no discriminación, el ACP contiene también obligaciones en materia de transparencia y compromisos procesales.

Durante la negociación del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), los miembros de la OMC excluyeron del ámbito de aplicación de dichos tratados los procesos de contratación pública, con el objetivo de regularlos bajo un acuerdo particular. Así, el Artículo III:8(a) del GATT de 1994 excluyó las compras públicas del estándar de trato nacional y nación más favorecida. Correlativamente, el Artículo XIII señala que la contratación pública no está sometida a las obligaciones generales del AGCS, esto es, aquellas relativas a la nación más favorecida (Artículo II AGCS), los compromisos específicos según las listas de los miembros (Artículo XVI AGCS) y el trato nacional (Artículo XVII AGCS). De manera que los asuntos de contratación pública fueron así excluidos del GATT y del AGCS con el fin de brindarles un instrumento propio que diera cuenta de las particularidades de este mercado.

El instrumento específico creado para tal fin fue el ACP. Tras múltiples versiones de este instrumento (ACP 1979 de la Ronda de Tokio, ACP 1986 versión revisada y ACP 1994 de la Ronda de Uruguay), en marzo de 2012 se adoptó la última versión del ACP, el cual entró en vigencia el 6 de abril de 2012. El ACP 2012 se adoptó con el objetivo de modernizar el texto del Acuerdo y, en particular, incluir estándares de buena gobernanza mediante la prevención de prácticas de corrupción y de conflicto de intereses, así como el uso de herramientas electrónicas para permitir la digitalización de los procesos de contratación pública.

El ACP, en contraposición a otros acuerdos de la OMC como el GATT, el AGCS o el ADPIC tiene una naturaleza plurilateral y no multilateral. Ello significa que no todos los miembros de la OMC son partes del ACP, ya que su membresía está compuesta únicamente por aquellos miembros que accedieron específicamente al instrumento y, en consecuencia, solo los miembros de la OMC que han accedido al ACP 2012 se verán en la obligación de respetar su contenido. Por esta razón, el ACP no hace parte del principio de compromiso único ("*single undertaking*" o "*engagement unique*") de la OMC, en virtud de que todos los acuerdos de la OMC debían ser aceptados en su

totalidad por los miembros, sin posibilidad de una adhesión selectiva. Por ello, al ser un acuerdo plurilateral, el ACP 2012 no se encuentra en el Anexo 1 del Acuerdo de Marrakech sino en el Anexo 4 de dicho instrumento². Adicionalmente, el ACP 2012 es ejecutable bajo el Entendimiento de Solución de Diferencias, contenido en el Anexo 2 del Acuerdo de Marrakech.

El carácter plurilateral del ACP 2012 no significa que a nivel multilateral (esto es, a nivel de todos los Estados y territorios aduaneros autónomos miembros de la OMC) no existan iniciativas en materia de contratación pública. Al contrario, a pesar de que las compras públicas no estén sujetas a las obligaciones generales de los acuerdos multilaterales de la OMC, los miembros de la OMC han adelantado iniciativas multilaterales en la materia³.

El ACP 2012 incluye algunos elementos diferenciadores que alejan la definición de compra pública plurilateral de la definición general brindada algunos párrafos atrás. Así, el Artículo II:2 del ACP 2012 indica que las compras públicas abarcadas por dicho instrumento son aquellas relativas a la contratación, realizada a efectos gubernamentales, de los bienes, servicios o una combinación de los mismos especificados en los Anexos del Apéndice I de cada Parte y no contratados con miras a la venta o reventa comercial. Lo anterior siempre y cuando su valor sea igual o mayor que el umbral especificado en dichos anexos y que no haya sido excluida en el Artículo II:3 del ACP 2012^[4], en los Anexos del Apéndice I de una Parte o en las excepciones generales del Artículo III del ACP 2012^[5].

- 2 Los Acuerdos Multilaterales se ubican en el Anexo 1 del Acuerdo de Marrakech, mientras que los Acuerdos Plurilaterales se ubican en el Anexo 4. Además del ACP 2012, el Anexo 4 contiene los Acuerdos relativos al Comercio de Aeronaves Civiles, Productos Lácteos y Carne de Bovino, habiendo los dos últimos expirado en 1997.
- 3 En particular, dos iniciativas multilaterales en materia de contratación pública se han adelantado en la OMC. La primera es el Grupo de Trabajo sobre la Transparencia de la Contratación Pública, establecido en la Conferencia Ministerial de Singapur de 1996 con el objetivo de erigirse como un órgano de naturaleza multilateral que propendiera por prácticas transparentes en el mercado de contratación pública. Sin embargo, desde 2004 hasta la fecha, dicho Grupo de Trabajo se ha encontrado inactivo. La segunda iniciativa multilateral fue la relativa a las negociaciones de contratación pública en virtud de lo dispuesto en el Artículo XIII:2 del AGCS, el cual establece que los Miembros de la OMC deberán tener negociaciones multilaterales en materia de contratación de servicios. No obstante, estas negociaciones fueron suspendidas debido a divergencia de opiniones de los miembros sobre si el mandato de negociación contenido en el Artículo XIII:2 del AGCS abarcaba, además de estándares de transparencia, obligaciones de acceso a mercados y no discriminación.
- 4 Las exclusiones del Artículo II:3 del ACP 2012 son aquellas relativas a: (a) adquisición o arrendamiento de tierras, edificios o inmuebles; (b) acuerdos no contractuales ni de asistencia; (c) Transacciones financieras; (d) contratos de empleo público, y (e) contratación realizada para prestar asistencia internacional, estacionamiento de topas o contratos realizados con arreglo a procedimientos de organizaciones internacionales.
- 5 Las exclusiones del Artículo III del ACP 2012 son aquellas relativas a: (a) protección de la moral, orden y seguridad públicas; (b) protección de la salud y vida; (c) protección de la propiedad intelectual, y (d) artículos fabricados o servicios prestados por discapacitados, instituciones de beneficencia o en régimen de trabajo penitenciario.

Partiendo de la mencionada definición de compra pública, los objetivos principales del ACP 2012 son la liberalización del comercio, la optimización del uso de los recursos y la buena gobernanza (OMC, Adhesión al ACP de 2012, s.f.). Para realizar dichos objetivos, el Acuerdo establece una serie de obligaciones en materia de no discriminación, transparencia y compromisos procesales. Al respecto, el presente artículo se enfocará únicamente en el último de dichos objetivos: la buena gobernanza (*good governance*).

LA BUENA GOBERNANZA EN EL MARCO DEL ACP 2012

La buena gobernanza ha sido definida por la OCDE como la administración que se ejecuta de una manera libre de abuso y corrupción, y con observancia de las leyes (Agere, 2000). La buena gobernanza se manifiesta en todas las actuaciones realizadas por las entidades públicas, incluyendo, por tanto, las actuaciones realizadas en el marco de los procesos de compras públicas. En este contexto específico, la buena gobernanza se traduce en estándares de transparencia, una adecuada gestión del sistema de contratación pública, la prevención de conductas indebidas por parte de las entidades adjudicadoras y de los funcionarios encargados de los procesos de compra, el debido proceso, la objetividad, la no discriminación, la puntualidad, el respeto de las fechas límite acordadas y la existencia de mecanismos de revisión administrativa o judicial para poder cuestionar las decisiones tomadas en el marco del proceso de contratación.

Al respecto, el ACP 2012 promueve la buena gobernanza de múltiples formas. En primer lugar, refuerza la buena gobernanza mediante la obligación de no discriminación contenida en el Artículo IV:1-2. En efecto, esta obligación de no discriminación establece que las entidades contratantes deberán otorgar a los bienes, servicios y proveedores extranjeros un trato no menos favorable que aquel otorgado a sus propios bienes, servicios o proveedores (trato nacional) o a los bienes, servicios o proveedores de otro miembro del acuerdo (nación más favorecida). Las obligaciones de trato nacional y nación más favorecida evitan así la discriminación entre bienes, servicios y proveedores, pero también evitan la corrupción y la falta de competencia entre los oferentes en los procesos de compra adelantados por las entidades públicas de los miembros del ACP. En este orden, si bien la obligación de no discriminación contiene múltiples excepciones en el ACP 2012 (Artículo III), la misma se erige como un mecanismo de refuerzo de la buena gobernanza al proteger y promocionar la competencia transparente entre los bienes, servicios ofrecidos y entre proveedores extranjeros y nacionales.

En segundo lugar, el Acuerdo fortalece la buena gobernanza al incluir requisitos en materia de transparencia. En concreto, la obligación de transparencia implica que los miembros del ACP 2012 deben publicar información relativa a las leyes y regulaciones que establece el marco nacional en materia de contratación pública, así como publicar la información sobre procesos de compra pública específicos (estadísticas, trazabilidad, reportes, entre otros). Esta obligación pretende que cada parte del ACP

2012 dé a conocer de manera abierta el marco regulatorio doméstico aplicable a los procesos de compra pública. Lo anterior con el fin de que las demás partes, así como los proveedores extranjeros provenientes de dichas partes, que eventualmente se encuentren interesados en un proceso de compra, tengan acceso a dicha información.

En tercer lugar, el ACP 2012 robustece la buena gobernanza mediante el establecimiento de requisitos procesales en la fase previa a la licitación, la fase de licitación y la fase posterior a esta. En la fase previa, el ACP establece requisitos que deben seguir las entidades públicas contratantes al momento de escoger el mecanismo de contratación pública, esto es, la licitación pública (*open tendering*), en la cual cualquier proveedor interesado puede presentar una oferta; la licitación selectiva (*selective tendering*), en la cual solo los proveedores que cumplan con criterios objetivos preestablecidos son invitados por la entidad contratante a presentar una oferta o la licitación restringida (*limited tendering*), en la cual, bajo ciertas condiciones, la entidad contratante contacta directamente al proveedor o los proveedores de su elección y los invita a presentar una oferta. Adicionalmente, en la fase previa a la licitación, la entidad contratante tiene que cumplir con ciertas obligaciones procesales en materia de publicación de los avisos de contratación.

En la fase de licitación se establecen requisitos procesales en materia de la documentación a presentar, las condiciones de calificación y evaluación de los proveedores, los plazos y los criterios de adjudicación del contrato. En la fase de poslicitación el ACP 2012 establece la obligación de publicar el aviso de adjudicación, así como la de contar con un procedimiento nacional de revisión independiente. Estos requisitos procesales se establecen en el ACP con el fin de asegurar una adecuada gestión del sistema de contratación pública que permita prevenir conductas indebidas por parte de las entidades adjudicadoras y de los funcionarios encargados del proceso de compra.

En cuarto y último lugar, el ACP 2012 protege la buena gobernanza al incentivar el uso de medios electrónicos para las contrataciones públicas. Este incentivo electrónico ha sido incluido en el ACP 2012 como una herramienta de buena gobernanza, ya que se ha demostrado que los procesos de compra pública realizados en plataformas digitales son más transparentes y objetivos (Ferrarini, 2022). A diferencia de las anteriores situaciones, en este caso no se trata de una obligación sino de una invitación. En concreto, el ACP 2012 incentiva a sus miembros a utilizar la contratación electrónica para valerse de las herramientas digitales provistas, pero no establece una obligación en dicho sentido. No obstante, aunque el uso de medios electrónicos no sea obligatorio, en caso de usar dichos medios surgen algunas obligaciones para la entidad pública contratante, en especial la obligación de usar un método automático de evaluación y de informar a los proveedores de los resultados iniciales de la evaluación, así como de cualquier otra información relevante (Artículo XIV del ACP 2012).

De esta forma, los miembros de la OMC que acceden al ACP 2012 adquieren compromisos que les permiten robustecer los estándares de buena gobernanza en materia de compras públicas. La apertura internacional de los mercados domésticos de contratación pública ha sido así identificada como una herramienta idónea para

obtener una buena gobernanza, además de aumentar la inversión extranjera directa al incentivar a los proveedores extranjeros a tener presencia comercial en la economía local en la que pretende participar a largo plazo.

AUSENCIA DE BUENA GOBERNANZA

Hemos analizado hasta el momento el concepto de buena gobernanza en los procesos de compra pública. Sin embargo, resulta a veces más claro delimitar un concepto de forma negativa, esto es, señalando lo que *no es* y, en este caso, identificando situaciones en las que un proceso de contratación pública *no* haya tenido una buena gobernanza. En particular, la "mala" gobernanza en un proceso de contratación pública se traduce en situaciones de corrupción y de ausencia de competencia económica.

La corrupción como un caso de ausencia de buena gobernanza

La corrupción, abordada como el abuso del poder gubernamental en beneficio privado, puede tomar muchas formas en el área de la contratación pública. Esta suele manifestarse típicamente mediante sobornos a servidores públicos por parte de contratistas, la adjudicación de contratos a familiares o a personas cercanas a los servidores públicos de la entidad pública contratante, así como solicitudes de dinero o de favores a cambio de tratamientos preferenciales para un proveedor particular (Transparency International, 2020).

La corrupción puede afectar cada una de las fases de los procesos de compra pública, esto es, desde la selección del proyecto (mediante la manipulación de la evaluación de necesidades de la entidad contratante) y la fase de licitación (mediante soborno, limitación de la publicidad del proceso, manipulación de la evaluación de ofertas u otorgamiento de ventajas desleales, como el acceso exclusivo a información a cambio de una compensación económica) hasta la fase de ejecución del contrato (mediante facturación falsa o sobrefacturación, bajo rendimiento o no cumplimiento) (Morgner & Chêne, 2014).

Según Transparencia Internacional (2020), la corrupción tiene altísimos costos en el espectro político, social, económico y hasta ambiental. En el contexto de la contratación pública, la corrupción puede habilitar a la entidad contratante a escoger una oferta diferente a aquella que obtuvo la puntuación más alta durante la fase de calificación de ofertas. Escoger una oferta diferente a la "mejor" genera un sobrecosto que es asumido por el consumidor del servicio público y supone un malgasto de los impuestos pagados por los ciudadanos del país de la entidad pública contratante. Pero las consecuencias de la corrupción en contratación pública no son solo de índole financiera, pues no elegir la mejor oferta también disminuye la calidad del servicio público prestado, generando distorsiones en los mercados y disuadiendo futuras inversiones (Berg, 2022).

En este contexto, el ACP 2012 toma partido en la lucha contra la corrupción. En particular, el preámbulo del acuerdo indica que la integridad y previsibilidad de los sistemas de contratación pública son parte integrante de la gestión eficiente y eficaz de los recursos públicos, el desempeño de las economías de las partes y el funcionamiento del sistema multilateral de comercio. En similar sentido, el ACP 2012 también reconoce la importancia de disponer de medidas transparentes en materia de contratación pública, de llevar a cabo contrataciones de forma transparente e imparcial y de evitar conflictos de intereses y prácticas corruptas. El instrumento también hace referencia a los instrumentos internacionales aplicables, incluida la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Adicionalmente, el ACP 2012 incluye en el Artículo IV:4 la obligación de adelantar las contrataciones públicas de forma transparente e imparcial, así:

4. Las entidades contratantes realizarán las contrataciones abarcadas de una manera *transparente e imparcial* que:

(a) sea compatible con el presente Acuerdo, utilizando métodos tales como la licitación pública, la licitación selectiva y la licitación restringida;

(b) *evite conflictos de intereses*; e

(c) *impida prácticas corruptas* (cursiva fuera de texto).

La falta de competencia económica como un caso de ausencia de buena gobernanza

La falta de buena gobernanza puede implicar, además de corrupción, ausencia de competencia económica. El escenario ideal en materia de contratación pública es aquel en el que existan varios proponentes. El aumento de la competencia genera mejores resultados en el proceso de compra, ya sea por la disminución del precio del contrato o por el aumento en la calidad del bien o servicio contratado. De esta forma, entre más abierto a la competencia sea el proceso de compra pública habrá una mayor optimización del uso de los recursos (*value for money*). En similar sentido, la promoción de la competencia minimiza la posibilidad de eventuales acuerdos de colusión o carteles celebrados entre potenciales proveedores, así como las demás prácticas que limiten la participación de proveedores en procesos de compra pública.

Al respecto, el ACP 2012 establece ciertos requerimientos que tendrán que ser atendidos por la entidad pública contratante al escoger la modalidad del proceso de compra pública, logrando así su objetivo de protección de la competencia. El ACP 2012 contiene tres formas de contratación: la licitación pública, la selectiva y la restringida. Si bien los miembros del ACP 2012 pueden nombrar de forma diferente estas formas

de contratación, las obligaciones del acuerdo son aplicables independientemente del nombre dado a la tipología de contratación.

En su orden, la licitación pública es la forma de contratación más competitiva, ya que permite a cualquier proveedor interesado presentar una oferta y, en consecuencia, asegura una mejor relación precio-calidad (Artículo I (m) del ACP 2012). Con el objetivo de proteger la competencia, el ACP 2012 busca que las entidades públicas prefieran la licitación pública para llevar a cabo sus procesos de compra pública. En el caso de la licitación selectiva, solo los proveedores que cumplan con criterios objetivos preestablecidos son invitados por la entidad contratante a presentar una oferta (Artículo I (q) del ACP 2012). Finalmente, en la licitación restringida la entidad contratante contacta de forma directa al proveedor o los proveedores de su elección y los invita a presentar una oferta (Artículo I (h) del ACP 2012).

Como se puede apreciar, de los tres tipos de licitación regulados en el ACP 2012, la licitación restringida es la menos competitiva. Por lo anterior, para contratar mediante la modalidad de licitación restringida la entidad pública deberá cumplir con ciertas condiciones establecidas en el acuerdo. En particular, el Artículo XIII del ACP 2012 incluye un listado taxativo de circunstancias que habilitan a la entidad pública a recurrir a la licitación restringida y aclara que este tipo de contratación no debe ser usado para restringir la competencia entre los proveedores o para discriminar a los proveedores extranjeros. Además, una vez adjudicado el contrato la entidad contratante deberá realizar un reporte escrito justificando por qué recurrió a la licitación restringida y brindando información sobre el contrato adjudicado. Estas obligaciones son manifestaciones del deseo del ACP 2012 de desincentivar el uso de la licitación restringida, ya que, al ser esta la modalidad de contratación menos abierta a la competencia, existe una alta probabilidad de que la entidad contratante adquiera una menor calidad del bien o el servicio por el mismo dinero o pague más por recibir la misma calidad.

NATURALEZA DEL ACP 2012

Si bien el ACP 2012 incluye herramientas para luchar contra la corrupción y la falta de competencia, la eficacia de este instrumento se verá estrictamente limitada en función de la membresía que este mismo incorpora. En efecto, como se mencionó antes, el ACP 2012 es un tratado plurilateral, de forma que no vincula a todos los miembros de la OMC sino solo a aquellos que explícitamente lo adoptaron. En consecuencia, las obligaciones y los incentivos de buena gobernanza arriba estudiados solo aplicarán a los miembros de la OMC que hayan manifestado de forma explícita su voluntad de acceder al ACP 2012.

Curiosamente, los miembros de la OMC que hasta el momento han accedido al acuerdo son aquellos que tienen mejores índices de gobernanza (Australia, Canadá, Islandia, Liechtenstein, Noruega, Nueva Zelanda, Reino Unido y Suiza, entre otros)⁶.

6 Para los fines de este artículo, los índices de gobernanza usados como referencia fueron los Indicadores Mundiales de Gobernanza (WGI por las siglas de su denominación en inglés, *Worldwide Governance*

Correlativamente, los miembros de la OMC que tienen menores índices de gobernanza no han accedido al ACP 2012 (Argelia, Bolivia, Etiopía, Irán, Perú, Sudán, Venezuela y Zambia, entre otros)⁷.

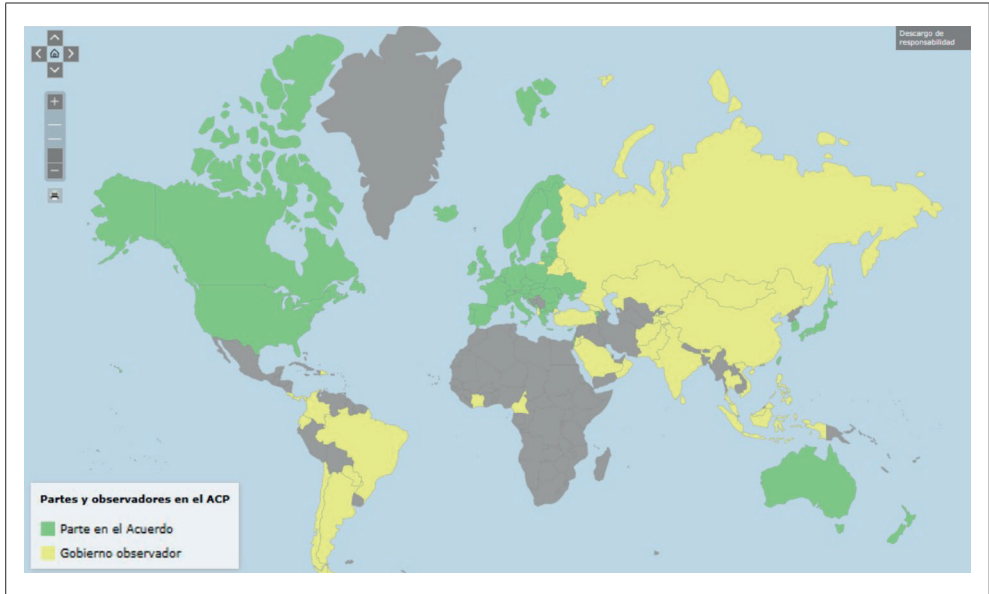
Algunos países, como Colombia⁸, cuentan con la naturaleza de ser observadores en el ACP 2012 (así como Afganistán, Chile, China, Costa Rica, Ecuador, Filipinas, Malasia, Mongolia y Vietnam, entre otros). Al ser observadores del acuerdo, estos miembros de la OMC no están jurídicamente vinculados por las obligaciones del ACP 2012 y, aunque pueden participar en las reuniones del Comité de Contratación Pública que supervisa la aplicación del ACP 2012, no tienen derecho a voto en las mismas. Países como China y Costa Rica cuentan en la actualidad con estatus de observadores como paso previo a negociar su adhesión como partes del ACP 2012. De adherirse como partes al acuerdo, dichos países estarían vinculados a garantizar los estándares de transparencia, discriminación y trato nacional a los procesos de compra realizados por las entidades públicas, sectores y umbrales comprometidos en sus anexos y, paralelamente, asegurarían su acceso a los mercados de contratación extranjeros abarcados por las demás partes del ACP 2012.

Los indicadores de gobernanza usados⁹ sugieren que en la mayoría de los casos los países con mayores índices de gobernanza son países desarrollados, mientras que la mayoría de los países con bajos índices de gobernanza son países en desarrollo o menos prósperos. De suerte que la situación geopolítica es clara: los miembros del ACP 2012 son, casi que exclusivamente, países desarrollados; los países en vía de desarrollo y menos adelantados no son parte o, en la mejor de las circunstancias, son observadores del acuerdo. El siguiente mapa representa cómo la membresía del ACP 2012 se ha enfocado, casi exclusivamente, en el llamado "norte global":

Indicators) del Banco Mundial y el Índice de Gobernanza Mundial desarrollado por el Foro para una Nueva Gobernanza Mundial (hoy llamado Foro Democrático Mundial o WDM por las siglas de su denominación en inglés, *World Forum for Democracy*). Dichos índices califican los niveles de gobernanza partiendo de factores como calidad regulatoria, efectividad del gobierno, estado de derecho (*rule of law*), rendición de cuentas, estabilidad política y control de corrupción.

- 7 La relación acá presentada no pretende sugerir que la ausencia de ratificación del ACP corrobore que los países mencionados tengan mala gobernanza sobre compras públicas. En efecto, estas variables se presentan en una situación de correlación y no de causalidad.
- 8 Aunque Colombia no es parte del ACP 2012, con motivo de su ingreso a la OCDE el 28 de abril de 2020 dicha organización consideró que Colombia había cumplido con los "principios fundamentales" incluidos en la hoja de ruta para su acceso. En el caso del Comité de Gobernanza Pública, estos principios incluían la integridad en el sector público en materia de contratación pública.
- 9 Indicadores Mundiales de Gobernanza del Banco Mundial e Índice de Gobernanza Mundial del Foro para una Nueva Gobernanza Mundial, *op. cit.*

IMAGEN 1. PARTES Y OBSERVADORES DEL ACP 2012



Fuente: OMC (Partes y observadores, s.f.).

Del anterior mapa se infiere que los países que más requieren estándares de buena gobernanza en sus procesos de compras públicas son aquellos que, precisamente, no son parte del ACP 2012. Para intentar dar respuesta a esta situación, el ACP 2012 ha incluido un importante incentivo para que los países en desarrollo y menos adelantados miembros de la OMC ratifiquen el acuerdo. El Artículo V del ACP 2012 establece que dichos países, al iniciar el proceso de adhesión al acuerdo, podrán negociar con las partes del ACP un trato especial y diferenciado que se podrá manifestar en medidas de transición como compensaciones, programas de preferencia de precios, umbrales superiores, incorporación gradual de entidades, entre otros.

Si bien la membresía actual del acuerdo sigue enfocada en países desarrollados, se espera que este tipo de incentivos aumente la participación de los países en desarrollo y menos adelantados. Entre más miembros de la OMC ingresen al ACP, más efectivas serán las herramientas contenidas en el acuerdo para propender por una buena gobernanza que llegue más allá de la plurilateralismo comercial.

Aunque en los últimos años ha habido algunas adhesiones al ACP 2012, como la de Macedonia del Norte en 2023 y Suiza en 2021, lo cierto es que el ritmo de expansión del Acuerdo ha sido limitado y actualmente el mismo solo cuenta con 22 partes y 36 observadores de los 166 miembros de la OMC. Esto podría deberse a los estrictos compromisos del ACP 2012 en materia de apertura de mercados de compra pública y al carácter técnico del proceso de adhesión. En todo caso, esta situación

no debe traducirse en desinterés por la contratación pública internacional, sino un desafío estructural del ACP 2012 en atraer nuevas partes.

CONCLUSIONES

Dentro de los objetivos del ACP 2012, se incluye aquel relativo a la buena gobernanza. Este concepto, que ha sido definido como la administración que se ejecuta de una manera libre de abuso y corrupción y con observancia de las leyes, se manifiesta en todas las actuaciones de las entidades públicas, incluyendo los procesos de compra pública adelantados para satisfacer objetivos públicos.

Con el fin de promover la buena gobernanza, el ACP 2012 establece varias obligaciones, a saber: la obligación de no discriminación, los requisitos en materia de transparencia, las condiciones procesales en la fase previa, durante y posterior a la licitación, y la promoción del uso de medios electrónicos para las contrataciones públicas. Estas herramientas tienen por finalidad optimizar el uso de los recursos de las entidades públicas, de forma que logren contratar a los mejores bienes, servicios o proveedores por el menor costo posible. De igual forma, estas obligaciones se erigen como mecanismos para permitir a las entidades públicas de las partes del ACP 2012 luchar contra la corrupción y asegurar una adecuada competencia en los procesos de compra pública.

Sin embargo, las herramientas previstas en el ACP 2012 son solo vinculantes entre los miembros de la OMC que han accedido a dicho instrumento. En efecto, al ser un acuerdo plurilateral, las obligaciones de buena gobernanza contenidas en el ACP 2012 solo aplicarán a los Miembros de la OMC que se hayan constituido como partes de este. Si bien las partes del ACP 2012 son mayoritariamente países desarrollados, el acuerdo cuenta con incentivos para que los países en vía de desarrollo y menos avanzados inicien el proceso de adhesión al mismo.

REFERENCIAS

- Agere, S. (2000). *Promoting good governance: Principles, practices and perspectives* (Vol. 11). Commonwealth Secretariat.
- Anderson, R., Salgueiro, A., Schooner, S. & Steiner, M. (2023). *Deploying the WTO Agreement on Government Procurement (GPA) to Enhance Sustainability and Accelerate Climate Change Mitigation*. George Washington University Law School Faculty Publications.
- Arrowsmith, S. (2003). *Government procurement in the WTO*. Kluwer Law International.
- Berg, J. (31 de Marzo de 2022). *Integrity Watch Red Flags: a new tool to monitor EU public procurement*. Obtenido de Transparency International EU: <https://transparency.eu/integrity-watch-red-flags/>
- Departamento Nacional de Planeación (s.f.). *Hoja de ruta para el acceso de Colombia a la OCDE*. Obtenido de Departamento Nacional de Planeación: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/OAC/herramienta-informacion-ocde/pdf/hoja-de-ruta-acceso-ocde.pdf>

- Ferrarini, L. (abril de 2022). *La importancia de la modernización de las compras públicas de tecnología para la transformación digital del Estado*. Obtenido de Surf the Latam Digital Policy Scene: <https://ricg.org/wp-content/uploads/2022/05/SmC-Compras-publicas-IT-Latam-abr22-2.pdf>
- Montes, C. (2018). La corrupción en el sector ambiental: un detrimento contra el patrimonio natural. En *Corrupción en Colombia. Tomo II. Enfoques sectoriales sobre corrupción*. (pp. 79-109). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Morgner, M. & Chêne, M. (28 de noviembre de 2014). *Public procurement topic guide: compiled by the anti-corruption helpdesk*. Obtenido de Transparency International: <https://knowledgehub.transparency.org/assets/uploads/kproducts/Public-procurement-topic-guide.pdf>
- OMC (s.f.). *Adhesión al ACP de 2012*. Obtenido de Acuerdo sobre contratación pública: Organización Mundial del Comercio: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gpa_accession_s.htm
- OMC (s.f.). *Partes y observadores*. Obtenido de Acuerdo sobre contratación pública: Organización Mundial del Comercio: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/memobs_s.htm
- Escobar Uribe, C.; Higuera Angulo, F. & Arévalo Ramírez, W. (2021). *Gobernanza global y responsabilidad internacional del Estado: experiencias en América Latina*. Obtenido de Universidad El Bosque: <https://repositorio.unbosque.edu.co/server/api/core/bitstreams/4ff26669-c773-4b9a-a9d7-fb9eed1f7565/content>
- Transparency International (14 de Mayo de 2020). *What is corruption?* Obtenido de Transparency International: <https://www.transparency.org/en/what-is-corruption>