

COMPRAS GUBERNAMENTALES

Ruperto PATIÑO MANFER

SUMARIO: I. *El derecho mexicano*. 1. *La Constitución Política Mexicana*. 2. *La Ley de Adquisiciones*. 3. *El Reglamento de la Ley de Adquisiciones*. 4. *Condiciones que enfrentan los proveedores nacionales*. II. *El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)*. 1. *Principio de trato nacional*. 2. *Principio de no discriminación*. 3. *La "cláusula del abuelo"*. III. *Acuerdo sobre compras del sector público*. 1. *Participación de México*. 2. *Alcance del Acuerdo*. 3. *Trato nacional*. IV. *El Acuerdo de Libre Comercio EUA-Canadá*. 1. *Introducción*. 2. *Partes relevantes del Acuerdo*. V. *Reflexiones jurídicas sobre el tema de las compras gubernamentales*. 1. *Posibilidades de negociación*. 2. *Limitaciones constitucionales del ejecutivo federal*. 3. *Lo constitucional en materia de compras gubernamentales*. 4. *Compromisos internacionales de México en materia de compras gubernamentales*. 5. *Tratamiento preferencial a la producción nacional*. 6. *La legislación americana sobre compras gubernamentales*. 7. *Sugerencias de los productores mexicanos sobre el contenido del TLC en materia de compras gubernamentales*.

I. EL DERECHO MEXICANO

1. *La Constitución Política Mexicana*

A nivel institucional, es en el artículo 134 del Pacto Federal en donde se incorporan los principios que deben regir las compras del Estado, incluyendo al gobierno federal, al gobierno del Distrito Federal y a sus respectivas administraciones públicas paraestatales. Las constituciones de los Estados de la Federación por su parte, incluyen disposiciones similares aplicables a las adquisiciones de su sector público.

Conviene recordar el texto íntegro del artículo 134 constitucional porque, siendo la Constitución la norma jurídica de mayor jerarquía en el país, sus preceptos y principios deben regir la actividad de toda la sociedad civil y, evidentemente, la de todas las autoridades. El texto constitucional dice así:

Artículo 134. Los recursos económicos de que dispongan el Gobierno Federal y el Gobierno del Distrito Federal, así como sus respectivas administraciones públicas paraestatales, se administrarán con eficiencia, eficacia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados.

Las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realicen, se adjudicarán o llevarán a cabo a través de licitaciones públicas mediante convocatoria pública para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.

Cuando las licitaciones a que hace referencia el párrafo anterior no sean idóneas para asegurar dichas condiciones, las leyes establecerán las bases, procedimientos, reglas, requisitos y demás elementos para acreditar la economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado.

El manejo de recursos económicos federales se sujetará a las bases de este artículo.

Los servidores públicos serán responsables del cumplimiento de estas bases en los términos del título cuarto de esta Constitución.

Como podrá observarse, el texto constitucional no contiene previsiones expresas en favor de la producción nacional, ya que éstas se consideran como propias de la materia a cargo del legislador ordinario, quien a través de la ley reglamentaria correspondiente interpreta el texto constitucional, establece su operatividad y define el contenido del concepto *lo constitucional*, que incluye el precepto constitucional y su interpretación legislativa. Es decir, el Congreso de la Unión, a través de su actividad legislativa, interpreta el texto constitucional y lo define en la ley reglamentaria, constituyendo así el concepto de *lo constitucional*.

En todo caso conviene resaltar los principios de eficiencia, eficacia, honradez, transparencia, legalidad y no discriminación incorporados en el texto constitucional, que tienden a garantizar al Estado *las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes*.

2. *Ley de adquisiciones, arrendamientos y prestación de servicios relacionados con bienes muebles*

Reformada por última vez mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de julio de 1991, la Ley de compras gubernamentales, como también se le conoce, es la ley reglamentaria del artículo 134 constitucional, por lo que se considera que ambos preceptos deben analizarse conjuntamente, a fin de despejar el concepto de *lo constitucional* aplicable a esta materia.

Conforme a lo dispuesto por su artículo 1o., esta ley reglamentaria tiene por objeto regular las acciones relativas a la planeación, programación, presupuestación y control que, en materia de adquisiciones y arrendamientos de bienes muebles y prestación de servicios, actos y contratos, relacionados con los mismos, realicen las dependencias y entidades.

Se consideran dependencias, conforme al artículo 2o. de la ley, a las unidades de la presidencia de la República, las secretarías de Estado y departamentos administrativos, el Departamento del Distrito Federal y las procuradurías generales de la República y de justicia del Distrito Federal.

Se consideran entidades conforme al propio numeral, a los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal mayoritaria, y los fideicomisos públicos que de conformidad con las disposiciones legales aplicables sean considerados entidades paraestatales.

Evidentemente, los preceptos de la Ley de Adquisiciones, están orientados a apoyar los propósitos del Programa para la Defensa de la Planta Productiva y el Empleo, mediante la utilización del poder de compra del Estado, el estímulo de la oferta de bienes y servicios socialmente necesarios y la sustitución de importaciones.

Bajo estas premisas, resulta de particular interés el texto del artículo 13 de la Ley que, en lo conducente, textualmente dispone:

Artículo 13. Las dependencias y entidades realizarán la planeación de sus adquisiciones, arrendamientos y servicios, y formularán los programas respectivos, considerando: . . .

V. Preferentemente la utilización de los bienes o servicios de procedencia nacional así como aquéllos propios de la región, con especial atención a los sectores económicos cuya promoción, fomento y desarrollo estén comprendidos en los objetivos y prioridades del Plan Nacional y los Programas de desarrollo respectivos.

VI. De preferencia, a la inclusión de insumos, material y equipo, sistemas y servicios que tengan incorporada tecnología nacional, tomando en cuenta los requerimientos técnicos y económicos de las adquisiciones o pedidos que vayan a hacerse en el país o en el extranjero.

Conviene recordar también el texto del artículo 31 de la propia Ley que, aunque fuera de uso, aun dispone:

previamente al establecimiento de compromisos para la adquisición de bienes de procedencia extranjera, ya sea de importación directa o de compra en el país, deberán recabar con la anticipación necesaria de acuerdo al bien de que se trate, la autorización de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, la que podrá ser otorgada por producto o por determinado monto, de acuerdo a la naturaleza de las operaciones y de los volúmenes de adquisiciones.

Es evidente que el legislador ordinario, representado por el Congreso de la Unión, interpretó el texto constitucional con un sentido de preferencia y apoyo a la producción nacional, mediante la utilización del poder de compra del Estado, ordenando, en la ley reglamentaria que se comenta, que las dependencias y entidades del sector público, utilicen preferentemente los bienes y servicios de procedencia nacional. Lo constitucional, en este caso, evidentemente se orienta a la promoción y preferencia de la producción nacional.

Este criterio, fue confirmado por la actual legislatura que tuvo bajo su responsabilidad las reformas a las Leyes de Obras Públicas y de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios relacionados con Bienes Muebles. El decreto correspondiente modifica diversos artículos de ambas legislaciones, sobresaliendo por su importancia la derogación de las disposiciones referentes al padrón de proveedores y la eliminación para los proveedores de la exigencia de registro previo en el padrón de la administración pública federal, así como de la sanción consistente en la cancelación del registro en dicho padrón.

Es de hacerse notar, que ninguno de los artículos de la Ley de Adquisiciones que fue reformada por la actual legislatura corresponde a aquellos por los que se ordena que en las compras del sector público deberá preferirse a los proveedores nacionales frente a los extranjeros. Por ello consideramos que el legislador ordinario ha confirmado el criterio ya incluido en la vigente Ley de Adquisiciones que venimos comentando.

Por último, dentro de este capítulo de disposiciones jurídicas nacionales, corresponde analizar el contenido del Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos, y Prestación de Servicios relacionados con Bienes Muebles, que contiene la interpretación que por su parte, realiza el titular del Poder Ejecutivo Federal respecto de la ley reglamentaria en cuestión.

3. Reglamento de la Ley de Adquisiciones

En este Reglamento, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de febrero de 1990, se incorporan algunas precisiones sobre diferentes conceptos que utiliza la ley y que conviene recordar. Por ejemplo, para establecer el concepto de bienes muebles, se acude a lo establecido por el Código Civil para el Distrito Federal y, entre los servicios relacionados con bienes muebles, se incluyen la reconstrucción, la reparación y el mantenimiento de bienes muebles; la maquila; la transportación de bienes muebles; la contratación de limpieza de oficinas, mobiliario y equipo; así como los estudios técnicos cuando se vinculen con la adquisición o uso de bienes muebles.

También quedan sujetas a las disposiciones de la ley, por mandato del reglamento, las siguientes actividades:

I. La adquisición de bienes muebles que incluyan la instalación por el proveedor en inmuebles de las dependencias y entidades y, II. La contratación de los servicios relacionados con bienes muebles que se encuentren incorporados o adheridos a inmuebles, cuya conservación, mantenimiento o reparación no implique modificación alguna al propio inmueble.

En cuanto a las políticas, bases y lineamientos en materia de bienes muebles, el artículo 3º del reglamento que comentamos, establece que su diseño corresponde a los órganos de gobierno de las entidades, quienes los emitirán con base en las disposiciones aplicables y según sus características, necesidades, objetivos y metas. En todo caso deberán contener, entre otros aspectos, el siguiente:

Fracción VII. Los criterios que habrán de aplicarse para la obtención de bienes y servicios de mejor calidad, inspección de calidad, avances de fabricación, recepción de bienes y sustitución eficiente de importaciones, así como aquellos a que se sujetarán las operaciones que se realicen a través de arrendamientos y prestación de servicios.

Puede afirmarse que en general el reglamento recoge los conceptos de preferencia en favor del producto nacional y sustitución eficiente de importaciones a que se refiere el artículo 13 de la ley. Sin embargo, se incorpora una facultad discrecional en favor de los titulares de las dependencias o entidades para que opten, si lo consideran conveniente, por cubrir sus requerimientos mediante convocatoria internacional. Esta facultad está recogida en el artículo 6o. del reglamento que en lo conducente dispone:

Artículo 6o. Para atender lo dispuesto en las fracciones V y VI del artículo 13 de la Ley, las operaciones de adquisiciones, arrendamientos, y servicios serán preferentemente de carácter nacional; salvo que convenga en términos de precios, calidad, cantidad, tiempos de entrega, servicios, garantía u otros aspectos procedentes, convocar tanto a proveedores nacionales como extranjeros. En este caso se deberá elaborar, por la propia dependencia o entidad, dictamen escrito que justifique dicha conveniencia.

Se ha considerado que esta disposición contradice en esencia el criterio expresado por el legislador ordinario en la Ley de Adquisiciones, ya que, mientras este último interpretó el texto constitucional con un criterio de defensa y promoción de la producción nacional y de sustitución eficiente de importaciones, el ejecutivo federal abre la posibilidad y establece las bases para que las entidades públicas opten por realizar sus adquisiciones de bienes y servicios mediante licitaciones internacionales, siempre que consideren que la oferta del exterior resulta más conveniente en términos de precio, calidad, cantidad, tiempos de entrega, servicios, garantía u otros aspectos relevantes.

En la práctica, la aplicación del reglamento ha llevado a las entidades del sector público a realizar sus adquisiciones, preferentemente, mediante licitaciones internacionales, sin garantizar o prever ningún margen de preferencia para los productores nacionales. Entre otras razones de peso que determinan esta actitud se encuentran las facilidades de financiamiento con que cuentan los proveedores del exterior y de las que carecen los nacionales.

4. Condiciones que enfrentan los proveedores nacionales

Los proveedores nacionales del sector público han manifestado frecuentemente que sus competidores extranjeros están en posibilidad de ofrecer mejores opciones de compra a las entidades del sector público que las que pueden ofrecer los proveedores nacionales. Las razones que

determinan las diferentes condiciones de oferta son, entre otras, las siguientes:

Financiamiento. Los proveedores americanos y extranjeros en general, cuentan con financiamientos muy atractivos en cuanto a montos, tasas y plazos, que sus instituciones bancarias les otorgan como medidas de promoción y apoyo. Los proveedores mexicanos no tienen, generalmente, acceso a esos financiamientos. El costo del dinero es más alto en México que en el exterior.

Fiscal. Las condiciones de tributación son más onerosas en México que en los EUA, sobre todo tratándose de impuestos al consumo (en México el IVA) cuya devolución se le retiene al proveedor nacional por plazos excesivamente amplios.

Control de precios. Los proveedores mexicanos están sujetos a control de precios en muchos de los productos que comercializan. Los proveedores extranjeros no tienen esta limitante.

Pagos. En México, el sector público efectúa el pago de sus compras con demasiado retraso, mientras que al proveedor extranjero le paga mediante carta de crédito o de cualquier otra forma que le garantice al proveedor recibir su dinero en forma inmediata. En los contatos de compra-venta celebrados por las dependencias gubernamentales, no se incluyen cláusulas penales o pago de intereses moratorios a cargo del Estado.

Bienes de consumo. Las tiendas del sector público que adquieren bienes de consumo, sujetan su compra a la cláusula "se admiten devoluciones" cuando el proveedor es nacional. Esta cláusula no opera para productos importados.

Normas y control de calidad. Los proveedores mexicanos deben cumplir con las Normas Oficiales Mexicanas establecidas por la SECOFI aunque éstas no tengan el carácter de obligatorias. Tratándose de mercancía importada, es sabido que en las aduanas del país no se constata que los productos a importar cumplan con dicha normatividad, por lo que generalmente las mercancías son adquiridas por el sector público a pesar de no haberse acreditado este requisito.

II ACUERDO GENERAL SOBRE ARANCELES ADUANEROS Y COMERCIO -GATT-

1. *Trato nacional*

En el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio -GATT-, al que México se adhirió en 1986, se diferencian las com-

pras que realizan los poderes públicos para cubrir sus necesidades, de aquellas que tienen por objeto su reventa comercial o servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial.

Para el primero de los casos, las partes contratantes del GATT acordaron exceptuar estas compras de la aplicación del principio de *trato nacional* y, en el párrafo 8-a), del artículo III, expresamente convinieron lo siguiente:

Las disposiciones de este artículo no se aplicarán a las leyes, reglamentos y prescripciones que rijan la adquisición, por organismos gubernamentales, de productos comprados para cubrir las necesidades de los poderes públicos y no para su venta comercial ni para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial.

Conviene tener en consideración este precepto porque, en materia de compromisos internacionales sobre compras gubernamentales, México únicamente es signatario del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y no lo es del Acuerdo sobre Compras del Sector Público. Por esta razón, el gobierno mexicano está facultado legítimamente para otorgar *trato preferente* a los productores nacionales respecto de las compras del sector público que tengan por objeto cubrir las necesidades de los poderes públicos.

Conforme al criterio anotado, podría concluirse que, interpretando a *contrario sensu* el párrafo 8 a) del artículo III del GATT, tratándose de compras del sector público, destinadas para la reventa o para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial, las entidades compradoras de toda parte contratante estarían obligadas, en principio, a otorgar *trato nacional* a sus proveedores extranjeros, salvo que el gobierno en cuestión hubiese negociado alguna excepción o reserva sobre este particular, como por ejemplo, la aplicación prioritaria de su legislación mandatoria preexistente (ver "cláusula del abuelo").

Todas las dependencias centralizadas y algunas de las descentralizadas o paraestatales del poder público, como lo son las secretarías y departamentos de Estado y algunos organismos descentralizados o autónomos, dado que sus objetivos y funciones resultan ajenos a la especulación comercial, están exentas del compromiso de *trato nacional* respecto de sus adquisiciones y, consecuentemente, pueden orientar sus compras con criterios de promoción y apoyo a la producción nacional. El resto de las entidades paraestatales entre cuyos fines u

adquisiciones mexicana que en esta materia es de aplicación prioritaria frente al GATT, por las razones que se explican más adelante.

2. *No discriminación*

Por lo que hace a las compras que realizan las empresas comerciales del Estado, la referencia jurídica la encontramos en el artículo XVII del GATT que lleva por título "Empresas comerciales del Estado".

Conforme a esta disposición, cada parte contratante se compromete a que, si funda o mantiene una empresa del Estado, en cualquier sitio que sea, o si concede a una empresa, de hecho o de derecho, privilegios exclusivos o especiales, *dicha empresa se ajuste, en sus compras o en sus ventas que entrañen importaciones o exportaciones, al principio de no discriminación* en cuanto a las medidas de carácter legislativo o administrativo concernientes a las importaciones o a las exportaciones efectuadas por comerciantes privados.

Conviene enfatizar que el compromiso que se deriva del artículo XVII que hemos mencionado, únicamente se refiere al principio de *no discriminación* que deben respetar las empresas comerciales del Estado respecto de sus compras que impliquen importaciones o exportaciones. En otras palabras, el compromiso consiste en no otorgar preferencias discriminatorias a ciertos proveedores del exterior respecto de otros proveedores también del exterior con relación a sus compras internacionales o, tratándose de ventas al exterior o exportaciones, no conceder trato preferente a solo algunos compradores en perjuicio de otros.

En otras palabras, cuando las empresas comerciales del Estado deciden que sus compras deben realizarlas en el exterior, están obligadas a otorgar igual oportunidad de venta a todos los proveedores del exterior. El principio de *No discriminación*, se aplica respecto de proveedores o compradores extranjeros, y no debe entenderse en el sentido de que obligue a las empresas comerciales del Estado a dar igual preferencia a los proveedores extranjeros respecto de los nacionales. Las entidades gubernamentales pueden decidir libremente realizar sus compras a proveedores nacionales sin violar ninguno de los compromisos asumidos por México en el contexto del Sistema Multilateral de Comercio.

Derivado de este precepto, debe entenderse que las empresas comerciales del Estado están obligadas a efectuar sus compras o ventas que *impliquen importaciones o exportaciones de mercancías*, ateniéndose exclusivamente a consideraciones de carácter comercial, tales como el precio, la calidad, las cantidades disponibles, las cualidades comercia-

les de la mercancía, los transportes y las demás condiciones de compra o de venta, es decir, *sin discriminar entre sus proveedores por razón del origen o destino de las mercancías*. En estos casos, la obligación incluye la de ofrecer a las empresas de las demás partes contratantes del GATT las facilidades necesarias para que puedan participar en esas ventas o compras en condiciones de libre competencia y de conformidad con las prácticas comerciales corrientes.

Este precepto del GATT (artículo XVII), resulta especialmente interesante para México, debido al importante poder de compra que representan empresas comerciales como: CONASUPO, PEMEX, Comisión Federal de Electricidad, etcétera. Evidentemente, las adquisiciones internacionales de mercancías que realizan estas empresas se destinan, por lo general, a su reventa o sirven para la producción de mercancías destinadas para su venta. En consecuencia, conforme a los textos del GATT, los criterios de compra y venta de estas empresas, *cuando dichas compras o ventas impliquen importaciones o exportaciones*, deben orientarse a garantizar a la entidad compradora las mejores condiciones de precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.

3. La "cláusula del abuelo"

En relación con la participación de México en el GATT, debe recordarse que, como en el caso de todas las demás partes contratantes, incluyendo Canadá y Estados Unidos, el protocolo de adhesión correspondiente incorpora una reserva muy importante que se conoce como *cláusula del abuelo o de anterioridad*. En virtud de esta reserva, las partes contratantes del GATT tienen derecho a aplicar en forma prioritaria o preferente su propia legislación nacional de carácter mandatorio, existente con anterioridad a la fecha en que adquieran el carácter de parte contratante del Acuerdo General.

En este sentido, debe considerarse que la disposición contenida en el artículo 13 fracciones V y VI de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios relacionados con Bienes Muebles, que ordena un tratamiento preferencial en favor de la producción nacional, tiene carácter mandatorio y consecuentemente ha quedado reservada en cuanto a su aplicación prioritaria o preferente por parte del gobierno mexicano, tal como lo establece el protocolo de adhesión de México al GATT. Consecuentemente, las dependencias y entidades gubernamentales mexicanas, no están obligadas por el principio de *trato nacional* previsto en el artículo III del GATT.

La decisión de cuándo comprar en el exterior y cuándo a través de proveedores nacionales, debe conservarse como un derecho irrevocable de cada entidad o dependencia amparado por la *cláusula del abuelo*, y en términos de lo dispuesto sobre la materia por la Ley de Adquisiciones mexicana.

Gracias a esta reserva conocida como *cláusula del abuelo*, los Estados Unidos han podido mantener vigentes y aplicar preferentemente ciertas legislaciones mandatorias que contienen disposiciones contrarias a principios o reglas establecidas por el GATT. Ejemplo de ellas son sus leyes en materia de salud, sanidad fitopecuaria, ecología, protección al consumidor, etcétera.

Sobresale por su relación con el tema de las compras gubernamentales, la *Buy American Act*, que regula ciertas compras gubernamentales que realizan agencias del gobierno americano, permitiendo un tratamiento preferencial en favor de sus proveedores domésticos y, consecuentemente, en detrimento de los proveedores extranjeros. La experiencia canadiense al respecto resulta muy elocuente y debería tomarse en consideración.

III. ACUERDO SOBRE COMPRAS DEL SECTOR PÚBLICO

1. *Participación de México*

México no es signatario de este Código internacional de conducta. Sin embargo, es de esperarse que se presenten fuertes presiones, por parte de los negociadores americanos y canadienses, para que nos adhiramos al mismo. Durante el proceso de adhesión de México al GATT, los representantes de México manifestaron que los compromisos contenidos en el Código de referencia eran contrarios al interés nacional y se declinaron las invitaciones que se habían formulado a nuestro gobierno para que aceptara suscribirlo.

2. *Alcance del Acuerdo*

El alcance o ámbito de aplicación del Acuerdo se establece en el artículo primero del mismo. De esta disposición hemos extraído la parte que nos parece relevante misma que a continuación transcribimos.

El presente Acuerdo se aplicará:

a) A todas las leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas relativos a las compras de productos por las entidades sujetas al cum-

plimiento del presente Acuerdo. Estarán comprendidos los servicios inherentes al suministro de los productos si el valor de aquéllos no excede del de éstos, pero no lo estará la contratación de servicios propiamente dicha;

b) A todos los contratos de compra de un valor igual o superior a 150,000 Derechos Especiales de Giro...

c) El alcance del presente Acuerdo está determinado por la lista de entidades y, en la medida en que puedan haberse hecho rectificaciones, enmiendas o modificaciones, de sus entidades sucesoras, que figuran en el anexo I.

3. *Trato nacional*

Como en todo el Sistema Multilateral de Comercio, el principio de *trato nacional* resulta esencial en el Acuerdo sobre compras gubernamentales.

Las primeras manifestaciones sobre *trato nacional*, las encontramos en el preámbulo del Acuerdo, en donde se manifiesta lo siguiente:

Reconociendo que las leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas relativos a las compras del sector público no se deben elaborar, adoptar ni aplicar a los productos o proveedores extranjeros o nacionales de forma que se proteja a los productos o proveedores nacionales, ni deben discriminar entre los productos o proveedores extranjeros.

Reconociendo la necesidad de establecer procedimientos internacionales de notificación, consulta, vigilancia y solución de diferencias con miras a asegurar un cumplimiento justo, pronto y efectivo de las disposiciones internacionales en materia de compras del sector público y a mantener el equilibrio de derechos y obligaciones al nivel más alto posible.

El principio de *trato nacional* se incorpora en el artículo II, que en lo conducente establece:

En lo que respecta a todas las leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas relativos a las compras del sector público comprendidas en este Acuerdo, las Partes concederán de forma inmediata e incondicional a los productos originarios de los territorios aduaneros (incluidas las zonas francas) de las otras Partes y a los proveedores de esos productos establecidos en el territorio de dichas partes, un trato no menos favorable que el otorgado a: a) a los productos y a los proveedores nacionales y b) a los productos y a los proveedores de cualquier otra parte.

Evidentemente un Acuerdo en el que se incorporen compromisos como los mencionados, reñiría con la Ley mexicana sobre adquisiciones del sector público. Se considera por ello que en tanto la ley mexicana no se modifique, el gobierno mexicano enfrenta una limitación jurídica para aceptar esta clase de compromisos internacionales.

IV. EL ACUERDO DE LIBRE COMERCIO EUA-CANADÁ —ALC—

1. *Introducción*

La inminente adhesión de México a la Zona de Libre Comercio de América del Norte formada por los Estados Unidos y Canadá, nos obligan a dedicar especial atención a los términos y compromisos convenidos por ambos gobiernos, ya que, sin duda, serán similares, cuando no los mismos, que habrán de ofrecérsele a México.

2. *Partes relevantes del Acuerdo Canadá-EUA*

Las disposiciones relativas a las compras gubernamentales están contenidas en un apartado especial debido a que ciertas obligaciones establecidas para el comercio de mercancías no se aplican a estas compras, tales como: el trato nacional a que se refiere el capítulo cinco o las reglas de origen del capítulo tres. La cobertura, sin embargo, está limitada a bienes o, incidentalmente, a los servicios relacionados con los productos.

El capítulo de alcances y profundidad del ALC y las obligaciones que ambos países han contraído bajo el Código de Compras del Sector Público del GATT, obliga a cada nación a trabajar conjuntamente en favor de la liberación multilateral de las compras gubernamentales y a negociar futuras mejoras en el acuerdo bilateral una vez que las negociaciones multilaterales (Ronda Uruguay) hayan concluido.

Se incrementa el monto de las compras abiertas para la competencia entre productores canadienses y estadounidenses en cada uno de los mercados. Se disminuye el umbral de 171,000 U.S. (alrededor de 283,000 CDN), previsto en el Código de Compras del Sector Público, a partir del cual las compras deben quedar sujetas a la competencia internacional. El nuevo límite se fija en 25,000 U.S. (alrededor de 33,000 CDN). Todas las compras gubernamentales por arriba de este nuevo límite serán abiertas a la competencia, a menos que sean reservadas para pequeños negocios o excluidas por razones de seguridad nacional.

Adicionalmente, se incorporan mejoras sustanciales por arriba del Código del GATT respecto de procedimientos más transparentes. Se establecen procedimientos de oferta-demanda más transparentes para asegurar un trato equitativo y efectivo para los productores potenciales. Una autoridad imparcial investigará las situaciones en donde los productores crean que han sido tratados injustamente y tendrán una pronta resolución. La autoridad investigadora también podrá proponer cambios en los procedimientos de compras gubernamentales conforme a lo establecido en el Acuerdo.

Se incorporan disposiciones detalladas para regular el intercambio de información sobre las compras gubernamentales. Esta disposición permitirá un monitoreo cuidadoso del cumplimiento del Acuerdo sobre una base anual y servirá para la resolución de problemas bilaterales.

En el anexo del capítulo de compras gubernamentales, se reproduce el anexo del Código de Compras del Sector Público. En consecuencia, las entidades que compren por arriba del umbral negociado estarán reguladas por las disciplinas del GATT y el ALC.

Para los Estados Unidos 11 de cada 13 departamentos de gobierno están sujetos en sus compras a las disposiciones del código internacional. Con las únicas excepciones de los Departamentos de Energía y Transporte. Un total de 40 agencias y comisiones gubernamentales, como la NASA y los servicios generales de administración (la agencia que normalmente hace las compras) están incluidas. Las compras del Departamento de Defensa están incluidas dentro de ciertas categorías de productos como vehículos, motores, componentes y equipo industrial, equipo y programas de cómputo y productos comerciales.

Para Canadá, 22 departamentos de gobierno y 10 agencias están incluidas. Las compras del Departamento de Defensa Nacional están incluidas en ciertos productos, principalmente no militares. El Departamento de Transporte, Comunicaciones, Océanos y Pesca no están incluidos.

V. REFLEXIONES JURÍDICAS SOBRE EL TEMA DE COMPRAS GUBERNAMENTALES

1. *Posibilidades de negociación*

Por tratarse de un proceso de integración económica ya iniciado por los EUA y Canadá y no de un simple acuerdo comercial, las posibilidades que se le presentan a México para negociar disciplinas o "reglas

del juego” diferentes a las ya acordadas en el ALC resultan limitadas. En todo caso, se considera que México puede invocar la condición de ser un país en desarrollo que le fue reconocida internacionalmente por las partes contratantes del GATT (EUA y Canadá entre ellas) y obtener, a partir de dicho reconocimiento, el trato especial y más favorable previsto en los instrumentos jurídicos multilaterales aplicables a la negociación del TLC.

2. Limitaciones constitucionales del Ejecutivo Federal

Hemos señalado que desde el punto de vista constitucional, el Ejecutivo Federal mexicano enfrenta una limitación jurídica interna derivada del texto del artículo 133 del Pacto Federal que le obliga a observar, en todos los tratados internacionales que celebre, los preceptos y principios contenidos en la Constitución Política Mexicana. Adicionalmente, en el caso concreto de las compras del sector público se presentan las condiciones especiales del concepto “lo constitucional”, integrado por lo dispuesto en el artículo 134 constitucional y su ley reglamentaria, lo que se traduce, debidamente interpretado, que en materia de compras gubernamentales el Estado mexicano está impedido para ofrecer a los proveedores extranjeros “trato nacional”, ya que precisamente los preceptos mencionados le ordenan a las entidades del gobierno federal otorgar trato preferencial en sus adquisiciones a los proveedores nacionales. En este sentido se considera que el Ejecutivo Federal estaría impedido para asumir compromisos similares a los convenidos por EUA y Canadá en el Acuerdo de Libre Comercio que ambos gobiernos celebraron.

Por otra parte, conforme a lo dispuesto por el artículo 72, inciso f) del Pacto Federal, para modificar una ley o decreto de cualquier clase, debe seguirse el mismo procedimiento que se utilizó para su elaboración. Jurídicamente este precepto significa que el titular del Poder Ejecutivo Federal, está impedido para aceptar o asumir compromisos internacionales que pudieran resultar inconsistentes con la legislación ordinaria, ya que podría incurrir en violación de lo dispuesto por el precepto constitucional mencionado. Constitucionalmente únicamente el Congreso de la Unión está facultado para legislar y modificar la legislación vigente. Evidentemente, la intervención del Senado de la República al aprobar los tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo, no suple la del Congreso de la Unión que es el único órgano autorizado para crear y modificar leyes ordinarias.

Concretamente, a partir del hecho de que en México las compras gubernamentales o del sector público, se regulan por las disposiciones de la Ley de Adquisiciones que hemos mencionado y su Reglamento, los negociadores mexicanos se enfrentarán al problema jurídico de no poder asumir compromisos u obligaciones internacionales que resulten contrarios o inconsistentes con la mencionada legislación mientras la misma continúe vigente.

3. *Lo constitucional en materia de compras gubernamentales*

Como se ha señalado, en México, jurídicamente las compras gubernamentales de la administración pública federal, tanto las del sector centralizado como las del paraestatal y descentralizado se rigen, todavía, por la Ley de adquisiciones vigente, que interpreta el texto del artículo 134 del Pacto Federal. Se constituye así el concepto de *lo constitucional* sobre el tema de compras gubernamentales. En este sentido, debe considerarse que la vigente Ley de adquisiciones del sector público federal incorpora en su artículo 13 un criterio claramente preferencial de la producción doméstica y que este criterio resulta esencialmente contrario a los principios de no discriminación y trato nacional que rigen en la Zona de Libre Comercio de América del Norte.

4. *Compromisos internacionales de México sobre compras gubernamentales*

Los compromisos internacionales que hasta la fecha ha adquirido México con sus socios comerciales sobre esta materia, se rigen exclusivamente por las disposiciones del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). Este Código de conducta internacional como se señaló anteriormente, regula el tema de las compras gubernamentales en sus artículos III y XVII, resultando congruentes y armónicas dichas disposiciones con la legislación mexicana. Por otra parte, México no ha suscrito el Acuerdo de Compras del Sector Público, por lo que sus disposiciones no le resultan obligatorias.

5. *Tratamiento preferencial a la producción nacional*

Jurídicamente, las dependencias del sector público *están obligadas* a mantener cierto margen de preferencia en favor de la producción nacional, en sus adquisiciones de bienes y servicios, incluidas las del

sector centralizado, paraestatal y descentralizado, atento a lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley de la materia.

6. *La legislación americana sobre compras gubernamentales*

El Gobierno de los Estados Unidos de América regula sus compras gubernamentales por diversas disposiciones legislativas y administrativas. Sobresale la *Buy American Act*, que establece de manera mandatoria la obligación para las autoridades americanas de otorgar preferencias a los productores domésticos tratándose de ciertos productos que adquiere el gobierno americano.

7. *Sugerencias de los productores mexicanos sobre el contenido del Tratado en materia de compras gubernamentales*

Por indagación personal, hemos recogido algunas opiniones relevantes expresadas por empresarios mexicanos. En términos generales, puede considerarse que los productores consultados consideran que el Acuerdo sobre compras gubernamentales que llegue a celebrarse con los EUA y Canadá, debería contemplar las siguientes características:

Considerando que México tiene derecho a un trato especial y más favorable derivado de su condición de país en desarrollo, convendría solicitar que con respecto a las compras gubernamentales de EUA y Canadá, el límite a partir del cual dichas compras queden sujetas a las reglas o disciplinas del Tratado se conserve en 25,000 dólares americanos que es la cantidad acordada por ambos gobiernos para estos efectos. Por lo que hace a las compras del gobierno mexicano, el límite a partir del cual podrían quedar sujetas a las disciplinas que lleguen a convertirse tendría que ser cuando menos el establecido por las partes contratantes del GATT para países en desarrollo.

Toda vez que en los Estados Unidos y Canadá no existe un sector paraestatal equivalente al mexicano y, concretamente, tanto el sector energético, petróleo y generación y distribución de energía eléctrica, como el sector salud en general y otras actividades similares están a cargo de compañías privadas, con muy eventuales y marginales intervenciones del Estado, podría resultar desventajoso para los mexicanos obligarnos a permitir que los proveedores americanos y canadienses participen en las compras de dichos sectores sin ninguna limitante. En esta eventualidad, los mexicanos no recibiríamos reciprocidad de Cana-

dá ni de los EUA ya que ninguno de ambos gobiernos cuentan con un sector paraestatal de la magnitud del mexicano.

Por esta razón, se opina que el gobierno de México debería excluir del Tratado, las compras que realicen algunos organismos descentralizados o paraestatales, entre otros, los del sector energético y del sector salud, bajo el supuesto de que ni Estados Unidos ni Canadá pueden ofrecer compensación o reciprocidad a favor de los proveedores mexicanos.

Concretamente y bajo esta premisa, deberían quedar fuera de la negociación de compras gubernamentales, entre otras, las siguientes entidades del sector público mexicano: PEMEX: Comisión Federal de Electricidad, Compañía de Luz y Fuerza del Centro, Sector Salud y otras similares. Exceptuar de la cobertura del Tratado a estas tendencias o entidades, no significa que necesariamente las compras que realicen las mismas tengan que efectuarse con proveedores nacionales. Lo único que significa es que dichas dependencias o entidades podrán optar libremente por el origen de sus compras.

Por lo que hace al sector centralizado, la negociación podría realizarse bajo un principio de compensación sectorial, es decir, por cada dependencia de Estados Unidos o Canadá que quede incorporada al Acuerdo, se incorporaría la equivalente en México, tal como lo hicieron los negociadores canadienses y americanos.

Resulta indispensable proceder a un estudio puntual sobre la verdadera participación de proveedores mexicanos en las compras gubernamentales americanas y canadienses. Nos adelantamos a señalar que evidentemente resulta muy marginal, lo que no sucede con los proveedores americanos respecto de las compras gubernamentales nacionales. Evidentemente existe un desequilibrio en esta materia en favor de los proveedores americanos que podría incrementarse de no cuidarse meticulosamente los términos que se convengan en el TLC.