

**FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y DE ADMINISTRACIÓN
UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA**

Trabajo de investigación monográfico para la obtención del título de
Contador Público



**Las preferencias a la industria nacional y a las micro,
pequeñas y medianas empresas en los procesos de
contratación del Estado.**

Gonzalo López
Ariel Machado
Alejandro Yacobucci

Tutor: Cra. Laura Cayón

Mayo de 2010

ABSTRACT

La modificación de la normativa respecto de los márgenes de preferencia a la industria nacional y a las micro, pequeñas y medianas empresas en los procesos de contratación del Estado uruguayo, es lo que inspiró la realización de la presente investigación. En la misma se incluye un análisis de la evolución histórica de la normativa en materia de preferencias en Uruguay y se exponen las características principales que la aplicación de este beneficio presenta en otros países, en particular en Argentina, Brasil y EE.UU., considerando también las disposiciones sobre compras públicas en la órbita de la OMC. Se presenta además un trabajo de campo efectuado con el objetivo de estudiar la efectiva aplicación en la práctica de estos márgenes de preferencia en el Uruguay y recabar las opiniones de los principales actores involucrados. Se concluye que existe un importante nivel de descontento con la forma en la cual rigen estas preferencias, además de una escasa aplicación en la práctica. Esto se atribuye a la falta de un adecuado proceso de diseño y a la existencia de un importante nivel de desconocimiento de la normativa, lo cual deviene en falta de credibilidad y compromiso hacia la herramienta y sus objetivos.

*Agradecemos a nuestras familias y amigos por su
invalorable e incondicional apoyo; y a todos
aquellos que de una manera u otra formaron parte
de este trabajo.*

Gonzalo, Ariel y Alejandro

ÍNDICE

Capítulo I – INTRODUCCIÓN.....	5
Capítulo II – LA LICITACIÓN PÚBLICA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN DEL ESTADO.....	7
2.1 Introducción.....	7
2.2 Los procedimientos de contratación pública en el Uruguay.....	10
2.3 La licitación.....	12
2.3.1. Concepto.....	12
2.3.2. Principios fundamentales.....	15
2.3.3. Etapas.....	18
2.3.4. Ventajas y desventajas.....	24
Capítulo III – RÉGIMEN GENERAL DE PREFERENCIAS A LA INDUSTRIA NACIONAL EN EL URUGUAY.....	28
3.1. Objetivos del capítulo.....	28
3.2. Conceptos e ideas previas.....	28
3.3. Antecedentes normativos: Evolución de la normativa en el período comprendido entre los años 1961 – 2008.....	34
3.4. Normativa vigente.....	50
3.4.1. La Ley 18.362.....	50
3.4.2. El Decreto 13/009.....	57
3.5. Márgenes de preferencia a la industria nacional en el marco de los préstamos de los Organismos Internacionales de Crédito.....	63
3.5.1. Consideraciones generales.....	63
3.5.2. El caso del Banco Mundial.....	65
3.5.2.1. La contratación pública en el marco de la normativa vigente para los préstamos otorgados por el Banco Mundial.....	68
3.5.2.2. Las preferencias a la industria nacional en la normativa vigente del Banco Mundial.....	72
Capítulo IV – CASO PARTICULAR: LOS MÁRGENES DE PREFERENCIA A LAS MICROPYMES.....	79
4.1. Objetivos del capítulo.....	79
4.2. MICROPYMES en el Uruguay.....	79
4.3. Antecedentes normativos.....	82
4.4. Normativa vigente.....	86
4.5. El Programa de Contratación Pública para el Desarrollo.....	91
Capítulo V – LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA OMC.....	94

5.1. Objetivos del capítulo.....	94
5.2. Concepto de Comercio Internacional	94
5.3. Fundamentos del Comercio Internacional.....	95
5.4. Barreras al Comercio Internacional.....	98
5.5. La Organización Mundial de Comercio (OMC).....	100
5.5.1. Generalidades.....	100
5.5.2. Antecedentes y evolución histórica	102
5.5.3. Los principios del sistema de comercio – La base de la OMC	104
5.5.4. Los Acuerdos de la OMC	108
5.5.5. La contratación pública en el ámbito de la OMC	110
5.5.5.1. El ACP.....	113
5.5.5.2. Negociaciones del AGCS sobre contratación de servicios	115
5.5.6. Uruguay en la OMC	116
Capítulo VI – LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN OTROS PAÍSES: Exposición de la normativa vigente y análisis comparativo.....	117
6.1. Objetivos del Capítulo	117
6.2. Normativa sobre protección a la industria local en Brasil, Argentina y EE.UU.	117
6.2.1. Argentina	117
6.2.2. Brasil.....	120
6.2.3. EE.UU.	123
6.3. Análisis comparativo	128
Capítulo VII – TRABAJO DE CAMPO.....	132
7.1. Objetivos del capítulo.....	132
7.2. Entrevistas realizadas	133
7.3. Breve reseña de las entrevistas.....	135
Capítulo VIII – CONCLUSIONES.....	145
Capítulo IX – ANEXOS.....	162
Capítulo X – BIBLIOGRAFÍA.....	179

Capítulo I – INTRODUCCIÓN

En el marco de una economía cada vez más globalizada y dinámica, que determina a su vez, una creciente tendencia a la reducción de las barreras al comercio internacional entre los países, cobra especial interés el análisis de todo lo relativo a la participación del Estado como prestador de bienes y servicios de una comunidad determinada y a la normativa que rige los procedimientos de contratación.

En particular, resulta fundamental el análisis de la forma en que esos procedimientos evidencian la política comercial de los Estados, la cual dependerá en la mayoría de los casos, de la concepción que se tenga del rol que los mismos deben cumplir en la economía.

En este sentido, puede afirmarse que existen en los extremos dos grandes posiciones claramente diferenciadas. Por un lado, una postura “intervencionista” que sostiene que el Estado debe jugar un papel fundamental en el desarrollo económico y social de un país, en el entendido de que el funcionamiento del mercado por sí solo ocasiona “fallos” que hacen necesaria dicha intervención. En el otro extremo, se sitúan quienes defienden un modelo económico de corte neoliberal, consideran que los fallos del Estado son aún mayores que los del mercado, y por lo tanto, asignan al primero un papel casi inexistente en la economía, es decir, “más mercado y menos Estado”.

En líneas generales, puede decirse que la participación del Estado en la economía se efectiviza a través del ejercicio de dos tipos de funciones que, por sus características, se dividen en directivas y productivas. En las primeras, el Estado participa en su carácter de administrador y hacedor de leyes, mientras que en las segundas, se presenta como productor de bienes y servicios formando parte así de la oferta global de la economía.

Este trabajo se centrará en el análisis de las herramientas de las que el Estado se vale para proveerse de bienes y servicios para la consecución de sus fines, haciendo especial hincapié en los procesos de contratación desarrollados a estos efectos, y particularmente, en

las formas que tiene de fomentar y proteger la participación de las industrias nacionales en estos procesos, mediante la aplicación de márgenes de preferencia a la producción local.

Respecto a esto último, esta investigación tratará sobre las recientes modificaciones aprobadas por el Estado uruguayo, en la normativa que rige la aplicación de estas preferencias en los procesos de licitación, tanto para el caso de la industria nacional en general, como para el caso particular de las micro, pequeñas y medianas empresas.

El objetivo, es llevar a cabo un análisis en profundidad de los diferentes aspectos que han caracterizado a los diversos regímenes de preferencias a la industria nacional que han existido en nuestro país; entender los motivos que llevaron a la aprobación de las últimas modificaciones; conocer el grado de aceptación de las mismas por parte de los principales actores económicos involucrados; generar una primera aproximación respecto de sus posibles efectos en la industria nacional y en la economía en general; y por último, realizar un análisis comparativo de la situación de nuestro país respecto de la de otros países. No obstante lo anterior, se expondrán cuando se estime conveniente, algunos conceptos considerados fundamentales para la formación de un marco teórico adecuado que contribuya a la comprensión del presente trabajo.

Capítulo II – LA LICITACIÓN PÚBLICA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN DEL ESTADO

2.1 Introducción

Como afirma el Dr. Mario Melgar Adalid¹, es común encontrar en algunos sectores de la economía, la creencia de que los procedimientos de control del gasto fiscal por parte de la Administración Pública, *“pueden resultar perniciosos para la eficiente prestación de los servicios”* y también una *“predisposición a considerar como un estorbo los procedimientos de selección de contratistas”*. Sin embargo, para el mencionado autor, resulta fundamental resaltar la necesidad de que sea la norma jurídica, y no la mera discrecionalidad de los agentes públicos, la que determine el marco de referencia de la contratación pública. En este sentido, Onorato Sepe² señala que la legislación administrativa que regula la actividad contractual del Estado, tiene como finalidad *“evitar la posibilidad de abusos por parte de la Administración en la elección de las partes contratantes. De manera que, las disposiciones contenidas en ella, están encaminadas a hacer que den el máximo de certeza acerca del hecho de que la elección de la administración sea la mejor posible, en las circunstancias en las que ocurre y de que, el procedimiento mediante el cual se llega a la elección de la parte, sea controlable en todo momento por quien pueda tener interés en ella”*.

Previo al análisis de la teoría de la contratación pública propiamente dicha, es de orden hacer al menos, una breve referencia al concepto de Estado, aunque más no sea en sus aspectos teóricos más salientes.

Varias son las definiciones que se pueden encontrar sobre el Estado a lo largo de la historia. Como una definición más clásica, puede citarse la del jurista alemán Hermann

¹ Adalid, Mario Melgar, *“Teoría y Praxis de la Contratación Administrativa”*, Fernández Ruiz, Jorge, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004

² Sepe, Onorato, *“Contrato en Diritto Amministrativo”* – *“Enciclopedia del Diritto”* Milán, Giuffrè, 1961

Heller³, que definió al Estado como una *"unidad de dominación, independiente en lo exterior e interior, que actúa de modo continuo, con medios de poder propios, y claramente delimitado en lo personal y territorial"*.

Otros autores por su parte, coincidieron en definir al Estado como un conjunto de instituciones que poseen la autoridad y potestad para establecer las normas que regulan una sociedad, teniendo soberanía interna y externa sobre un determinado territorio.

En la actualidad, se puede entender al Estado como aquella forma de poder público, abstracto e impersonal, separado tanto del gobernante como de los gobernados, que constituye una entidad dotada de personalidad jurídica, formada por un pueblo establecido en un territorio delimitado bajo la autoridad de un gobierno que ejerce la soberanía.

Por su parte, el Dr. Jorge Fernández Ruiz⁴ en su definición del Estado advierte cinco elementos esenciales: población, territorio, orden jurídico, finalidad y poder o gobierno; y concluye que lo ideal es limitar, racional y equilibradamente, el poder y la libertad de manera que el depositario de poder sólo haga lo que expresamente el derecho le permita hacer y el gobernado pueda hacer todo cuanto no le prohíba el derecho.

De este modo, como se señalara anteriormente, resulta fundamental la existencia de la norma jurídica como reguladora de la actividad estatal en general, y en particular en materia de contratación pública a cargo de la administración pública.

Profundizando un poco más en la administración pública en sí misma, cabe expresar que es frecuente que la misma sea entendida como parte del Poder Ejecutivo, siendo regulada por el derecho administrativo tanto en su organización o estructura, como en su actividad.

³ Heller, Hermann, *“Teoría del Estado”*, 1998

⁴ Fernández Ruiz, Jorge, *“Teoría y Praxis de la Contratación Administrativa”*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004

Cormenin y Laferriere⁵ dividían al Poder Ejecutivo en puro o propiamente dicho (en un sentido más estricto), y poder o administración activa (administración pública). Esta posición fue compartida a su vez por el presidente estadounidense Woodrow Wilson⁶, quien en un artículo publicado en el año 1887, también incluye a la administración pública dentro del Poder Ejecutivo, al afirmar que: “la administración es la parte más ostensible del gobierno; es el gobierno en acción; es el ejecutivo operante, el más visible aspecto del gobierno”.

Con referencia al proceso de contratación administrativa, el Dr. Jorge Fernández Ruiz distingue tres etapas: una etapa preliminar destinada a orientar a la administración pública en la celebración de los contratos administrativos y su consiguiente aplicación de recursos; una etapa ejecutiva que incluye la selección del cocontratante de la administración pública, la celebración del contrato, la ejecución y cumplimiento de las obligaciones contractuales y las eventuales modificaciones del contrato; y por último, una etapa final o complementaria que sería aquella que refiere básicamente a la terminación y finiquito del contrato y, en caso de ser así necesario, la eventualidad de exigir la evicción (pérdida total o parcial del derecho concedido al cocontratante) y saneamiento, imponer las sanciones aplicables e incluso hacer efectivas las fianzas y garantías otorgadas.

Respecto de la selección del cocontratante de la Administración, la doctrina prevé dos formas básicas: la adjudicación directa y la licitación.

La adjudicación directa implica la selección del cocontratante mediante la mera designación del mismo, sin la necesidad de ningún procedimiento extenso regulado legalmente. Esto se da generalmente en casos de contratos que involucren montos relativamente menores; o excepcionalmente en aquellos donde la existencia de un único contratante posible, hace innecesario otro procedimiento; o bien en aquellos acuerdos que se celebren con motivo de casos de desastre o que por alguna circunstancia impliquen determinada urgencia en la realización de la contratación. También pueden incluirse aquí los

⁵ Laferrière, Edouard, *“Traité de la Juridiction Administrative et des Recours Contentieux”*, 1989

⁶ Woodrow Wilson, *“The Study of Administration”- “Political Science Quarterly”*, 1887

contratos de prestación del servicio público, cuando esto lo preste un Ente Público, como sucede en el caso del suministro de energía eléctrica o agua potable, por ejemplo.

Por otro lado, la licitación constituye una forma diferente de selección del cocontratante, basada en un régimen de competencia por el cual, en condiciones de igualdad, deben hacer competir a los diversos aspirantes que respondan a una convocatoria o invitación previa. Es precisamente, dentro de esta segunda forma de selección, en la que se encuentra enmarcado el tema de análisis de esta investigación.

2.2 Los procedimientos de contratación pública en el Uruguay

En Uruguay, la regla general respecto de las modalidades de contratación en la Administración Pública, es la denominada **licitación pública**, según lo dispuesto en el Art. 33 del TOCAF, no obstante lo cual, se establecen también algunas excepciones, en las cuales se autoriza la contratación directa u otras modalidades, dependiendo de las distintas situaciones.

En primer lugar, existen excepciones relativas al monto involucrado en la contratación. En este sentido, el mismo artículo habilita, en caso de montos menores, la contratación bajo la modalidad de “licitación abreviada” y en el caso de montos más reducidos todavía, la modalidad conocida como “contratación directa”. Los montos topes, según los cuales quedan determinadas las franjas correspondientes, son actualizados cuatrimestralmente por el Poder Ejecutivo.

En segundo lugar, hay un grupo de excepciones usualmente denominadas como “genéricas”, dentro de las cuales caben algunas de las especificadas en el propio artículo 33 del TOCAF y que tienen que ver con situaciones especiales relacionadas con el objeto o la institución involucrada en la contratación o la circunstancia bajo la cual se realiza o debe realizarse la misma.

Por último, existen otras excepciones “especiales”, relativas al organismo contratante, al origen de los fondos y a las características del mercado, bienes o servicios.

En este sentido, el artículo 41 del TOCAF establece para los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados del dominio industrial y comercial del Estado, topes máximos especiales (mayores a los dispuestos en el artículo 33 para el resto de los organismos en general), motivo por el cual, en el caso de estas instituciones se habla de Contratación Directa ampliada y Licitación Abreviada ampliada. No obstante, debe precisarse aquí que, tratándose de aquellos Entes Autónomos y Servicios Descentralizados del dominio industrial y comercial del Estado que se encuentren en situación de libre competencia, la normativa vigente les otorga aún una mayor discrecionalidad, por cuanto se les habilita la utilización de la modalidad de contratación directa o del procedimiento que el ordenador determine por razones de buena administración. El fundamento para esto último radica en la necesidad de evitar que los procedimientos exigidos por la ley en las contrataciones del Estado se conviertan para estos organismos en una desventaja frente a sus competidores privados, que lógicamente no están alcanzados por las disposiciones legales previstas a estos efectos.

Respecto del origen de los fondos, el artículo 42 del TOCAF dispone que las contrataciones que se lleven a cabo en aplicación de contratos de préstamos con organismos internacionales de crédito de los que el país forme parte, o de donaciones modales (donaciones con imposición de una contraprestación), “quedarán sujetos a las normas de contratación establecidas en cada contrato”.

Finalmente, y en lo que hace a contrataciones que involucren bienes, mercados o servicios con determinadas características especiales, puede citarse como ejemplo el literal j) del artículo 33 del TOCAF, en el cual se hace referencia a la eventualidad de que se trate de bienes o servicios de “notoria escasez”.

2.3 La licitación

2.3.1. Concepto

En el contexto jurídico-administrativo contemporáneo, se entiende por licitación, aquél procedimiento administrativo desarrollado en un régimen de competencia o contienda, encaminado a seleccionar al cocontratante de la administración pública, con un objeto determinado. Dicho procedimiento debe estar animado por el propósito de obtener para la administración todos los beneficios que permitan la justicia y la equidad. Es decir que, al contrario de los particulares que disponen de amplia libertad cuando pretenden adquirir, vender, arrendar bienes, contratar y ejecutar obras y servicios, el poder público para hacerlo necesita, en algunos casos, adoptar un procedimiento preliminar rigurosamente determinado y preestablecido de conformidad con la ley.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la licitación, se debe señalar que existen divergencias en la doctrina. Por un lado, existe una corriente que considera a la licitación como una figura del derecho financiero, y por otro lado, una corriente que la considera incluida dentro del derecho administrativo. Esta última, predominante en la doctrina, entiende que la actividad de contratación del Estado implica un proceso que forma parte de los procedimientos administrativos. Esto por cuanto, como lo expresara el autor Onorato Sepe, los contratos del Estado están basados en la existencia de reglas comunes a todos ellos al tiempo de su generación o preparación, y también, en la etapa de su ejecución o cumplimiento.

Para el Dr. López-Elías⁷, la licitación constituye “una sucesión de actos conexos y tendientes a un mismo fin de los cuales unos dependen de otros de tal manera que la exigencia regular del antecedente es una condición indispensable de lo que sigue. Ocurre por así decirlo, un encadenamiento de actos en que la validez del acto final se encuentra en dependencia de la regularidad jurídica de aquellos que le anteceden.” Este procedimiento

⁷ López Elías, José Pedro, “Aspectos jurídicos de la licitación pública en México”, 1999

administrativo es entonces, un mecanismo legal y técnico por medio del cual la administración investiga, o sea, trata de obtener las mejores condiciones de idoneidad, conveniencia y capacidad en la prestación de servicios, en la realización de las adquisiciones y en la ejecución de las obras públicas, permitiendo así una competencia libre e igual. En este contexto, la selección debería recaer en el licitante más idóneo y que ofrece la mayor ventaja para la Administración.

En síntesis entonces, la licitación se compone de una serie de actos sucesivos todos interligados y tendientes al mismo fin: la realización del contrato administrativo; pero no forma parte de este contrato, es requisito pero nunca elemento del mismo.

De todo lo anterior -y en opinión de los suscritos- se desprende que, si bien algunos autores incluyen a la licitación como perteneciente al derecho financiero, lo más acertado es la corriente de pensamiento que lo incluye dentro del derecho administrativo. Esto último, en el entendido de que su objeto no es una alteración patrimonial o financiera en sí misma, sino que es pura o simplemente la elección de un cocontratante por parte de la Administración. Se trata entonces de algo precedente y preparatorio de un contrato; es una manifestación de la voluntad de la Administración Pública o más precisamente un medio técnico-jurídico de la formación de la voluntad de la misma, que sólo puede ser regido por el Derecho Administrativo.

En el ámbito del derecho comparado podemos encontrar que la licitación admite dos formas fundamentales: la pública y la privada.

La licitación pública, supone la convocatoria pública a los interesados en participar como aspirantes a cocontratantes de la administración para el contrato en cuestión, mientras que, la licitación privada, implica la invitación directa sólo a unos potenciales cocontratantes. En nuestra legislación, la licitación privada no está prevista legalmente, o por lo menos no bajo esta denominación, ya que, en último caso, podría por sus características ser asociada a la licitación abreviada, procedimiento sí previsto en el Uruguay como excepción a la

licitación pública que, como se ya se señaló, es la regla general por la cual deben realizarse las contrataciones en el Estado uruguayo.

En opinión del jurista argentino Agustín Gordillo⁸, la licitación pública, que es la que más interesa a los efectos de esta investigación, “es un procedimiento administrativo cuya finalidad es seleccionar en concurrencia la mejor oferta para celebrar un contrato; constituye un pedido de ofertas efectuado en forma general al público o a cualquier empresa inscrita en un registro creado al efecto”

En otras palabras, es un procedimiento administrativo establecido legalmente al cual está sujeta la Administración como contratante de bienes y servicios. Este procedimiento implica la convocatoria pública de la Administración para que, aquellos interesados en ser seleccionados como cocontratantes de un contrato determinado, presenten sus ofertas sujetándose a lo dispuesto en los denominados “pliegos de condiciones”, los cuales establecen las bases sobre las cuales se desarrollará el procedimiento hasta la adjudicación del contrato a la oferta más ventajosa para la Administración.

⁸ Gordillo, Agustín, “El informalismo y la concurrencia en la licitación pública” – “Revista de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1992

2.3.2. Principios fundamentales

Para el estudio de los principios fundamentales que rigen los procesos de licitación del Estado, citaremos nuevamente al Dr. Jorge Fernández Ruiz, quien en el libro “Teoría y Praxis de la Contratación Administrativa: El caso del Estado de Guerrero”, destaca los siguientes:

▀ La Legitimidad

La legitimidad alude al régimen jurídico establecido para regular la licitación, es decir a la existencia de normas y preceptos jurídicos que la rigen, cuyo incumplimiento se traduce en la nulidad del procedimiento, por cuanto se trata de un proceso regulado legalmente por normas de Derecho Público.

▀ La concurrencia

Refiere a la concurrencia de aspirantes a participar del proceso, la cual resulta indispensable, para que pueda darse la contienda que caracteriza al proceso de licitación.

▀ La isonomía (o igualdad jurídica)

Este principio predica la igualdad de los administrados frente a la Administración Pública lo cual, en el caso de la licitación, implica “el tratamiento igual en situación igual”, de todos los contendores en el proceso.

▀ La competencia

Supone la concurrencia de aspirantes en pugna, de contendientes a convertirse en cocontratantes de un contrato administrativo dado, por lo que implica la ausencia de acuerdos entre los mismos, para propiciar la selección de alguno en particular o para que, quienquiera que gane, obtenga una utilidad desmesurada.

➤ La imparcialidad

Aparece como complementario del principio de igualdad jurídica y refiere al hecho de que la licitación debe ser respaldada por la imparcialidad absoluta de la administración, a lo largo de todo el procedimiento.

➤ La transparencia

Toda licitación debe desarrollarse bajo un procedimiento transparente, que permita a todos los interesados conocer no sólo las condiciones y requisitos bajo los cuales se celebra, sino las causas, razones y motivos de las resoluciones recaídas en él, en todas y cada una de sus diferentes etapas, merced a una clara y suficiente información.

➤ La publicidad

Por el principio de publicidad se garantiza la transparencia del procedimiento de licitación, lo que propicia la crítica pública, la participación ciudadana y el control judicial. En la licitación pública en particular, el principio de publicidad tiene un doble aspecto, pues atañe tanto a la convocatoria de la licitación, como a la posibilidad de que los participantes en la misma puedan conocer las ofertas de los demás licitantes; así como todo el trámite posterior a la apertura de los sobres que contengan las ofertas, incluidos los dictámenes de evaluación de las mismas, los fundamentos y motivos de la resolución que adjudica el contrato o lo declara desierto y por lo tanto la resolución misma.

Adicionalmente a los principios descritos, podemos citar nuevamente al Dr. López-Elías, quien agrega el concepto de moralidad administrativa, en referencia a que los actos de la administración deben estar acompañados de patrones éticos vigentes en la sociedad a la cual se destinan y en la época en la cual fueron practicados, pero nunca contrariando las disposiciones legales, por lo que, si es indiscutible la plenitud del principio de legalidad, es también indiscutible la existencia de un principio de moralidad.

A este respecto el jurista Agustín Gordillo, en una visión un tanto crítica, señala que “la corrupción puede ser una explicación parcial y ocasional a los defectos de la licitación que se ha intentado paliar o corregir por el énfasis en la igualdad y la formalidad o la moralidad, pero no es la respuesta integral ni permanente o sistemática para este tipo de problema, y sobretodo no es la respuesta eficaz como lo demuestra en la práctica cualquiera de nuestros países”.

En la legislación uruguaya, el artículo 131 del TOCAF, describe los “principios generales de actuación y contralor de los organismos estatales en materia de contrataciones”.

Estos principios son:

- ▶ Flexibilidad
- ▶ Delegación
- ▶ Ausencia de ritualismo
- ▶ Principio de la materialidad frente al formalismo
- ▶ Principio de la veracidad salvo prueba en contrario
- ▶ Publicidad, igualdad de los oferentes y la concurrencia en los procedimientos competitivos para el llamado y la selección de las ofertas.

2.3.3. Etapas

A) Elaboración de las bases de licitación: *Pliegos generales y particulares*

Sayagués Laso⁹ define el pliego de condiciones como un “*conjunto de cláusulas redactadas por la administración pública especificando el suministro, obra o servicio que se licita, estableciendo las condiciones del contrato a celebrarse y determinando el trámite a seguir en el procedimiento de licitación*”.

Las bases de la licitación o pliegos sirven entonces tanto para que la administración pública determine su objeto, así como también para precisar el procedimiento de la licitación y las pautas o cláusulas que regirán el contrato correspondiente.

Dependiendo de la legislación en cuestión, podemos identificar varios tipos de bases de licitación o pliegos de condiciones. Pueden llegar a clasificarse entre pliegos generales o particulares, pliegos de cláusulas administrativas o pliegos de prescripciones técnicas, etc.

En el Uruguay, se distinguen dos tipos de pliego, el llamado pliego general y el denominado pliego particular. De esta manera, el pliego general (art. 44, TOCAF) es aquél que contiene un conjunto de cláusulas comunes a todas las licitaciones que se realicen en un ámbito determinado, mientras que, el pliego particular (art. 45, TOCAF), es aquél elaborado unilateralmente por la entidad contratante y que, con apego a las cláusulas y condiciones establecidas en el pliego general, contiene cláusulas o condiciones más específicas para una licitación en particular.

Lógicamente, la preparación de las bases de licitación o pliegos de condiciones debe realizarse con antelación a la licitación y conforme al principio de igualdad, de manera que, sus requisitos y condiciones deben ser los mismos para todos los aspirantes.

⁹ Sayagués Laso Enrique, “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Edición 1998

B) Elaboración y publicación de la convocatoria

El Dr. Jorge Fernández Ruiz define la convocatoria como el “anuncio con que se llama a posibles interesados en participar en la licitación para la adjudicación de un determinado contrato a celebrarse con la administración pública”. Agrega que, se trata de una declaración unilateral de la voluntad de la administración pública convocante con efectos jurídicos respecto de casos individuales específicos, lo cual lo constituye en un acto administrativo creador de un derecho, el derecho de los interesados de participar -previa satisfacción de las condiciones de la licitación- en una competencia para seleccionar el cocontratante de un contrato administrativo determinado.

Debido a la importancia de la convocatoria en el proceso, ésta deberá anunciarse cuando menos en el periódico, boletín u órgano de comunicación oficial respectivo. Esta publicación además, deberá realizarse con la debida anticipación a la fecha de celebración del acto de apertura de las ofertas, de modo que, los interesados puedan participar efectivamente en el proceso de licitación.

En la legislación uruguaya, la publicación de la convocatoria se encuentra regulada legalmente en el artículo 47 del TOCAF, donde se establece, para el caso de las licitaciones públicas, la obligatoriedad de efectuar por parte del organismo estatal, una publicación en el Diario Oficial, en otro diario o semanario de circulación nacional y en la página electrónica de compras estatales (www.comprasestatales.com.uy); así como también debe difundirse a través de las representaciones diplomáticas del país en el exterior, cuando fuere necesario estimular la presentación de oferentes radicados en el exterior.

En cuanto a los plazos, se dispone que la publicación deberá realizarse con no menos de quince días de anticipación a las fecha de apertura de la licitación, o no menos de treinta días cuando se estime necesaria o conveniente la presentación de oferentes extranjeros. No obstante, se habilita a la reducción de estos plazos a cinco y diez días respectivamente, en casos de urgencia o interés.

C) Elaboración y entrega de la proposición u oferta

En esta etapa, quienes estén interesados en participar como aspirantes para la adjudicación del contrato en el proceso licitatorio, deberán elaborar y presentar sus ofertas conforme a lo establecido en las bases de licitación y dentro de los plazos estipulados en las mismas.

El art. 54 del TOCAF, que regula la presentación de las ofertas en los procesos de licitación en el Estado uruguayo, señala que los oferentes podrán agregar cualquier información complementaria, pero no omitir ninguna de las exigencias requeridas, al punto que, se señala que la admisión inicial, es decir la efectuada en el día de apertura de las ofertas, no impide un eventual rechazo posterior, en caso de constatarse defectos que violen los requisitos contenidos en el pliego correspondiente.

Por otra parte, es importante destacar también que, según lo dispuesto por el art. 55 del TOCAF, los oferentes deben presentar garantías de mantenimiento de oferta y de cumplimiento de su contrato, equivalentes a un 1% y un 5% del valor de la oferta. Las excepciones a este respecto, dispuestas en el mismo artículo, son la no exigencia de garantía de mantenimiento de oferta en el caso de contrataciones inferiores al tope de la licitación abreviada, y la no exigencia de garantía de cumplimiento de contrato en el caso de contrataciones inferiores al 40% del referido tope.

D) Apertura de ofertas

Luego de presentadas las ofertas se procede a la apertura de las mismas en la fecha, hora y lugar especificadas en las bases de la licitación. Es una instancia en la cual por primera vez, tanto la entidad contratante como los oferentes, tienen la posibilidad de conocer todas las ofertas presentadas.

Dependiendo de la legislación en cuestión, en esta instancia se controlará eventualmente la conformidad de lo presentado con algunas de las cláusulas contenidas en las bases de licitación.

Así es que, según lo establecido en el artículo 56 del TOCAF, en esta instancia se controlará si las propuestas contienen defectos o carencias formales. En este sentido, la Administración podrá otorgar un plazo de dos días para que los proponentes puedan corregir “defectos formales o errores evidentes o de escasa importancia”, y también para el complemento de la garantía de mantenimiento de la oferta, en aquellos casos en los que se estime que hubo un error en el cálculo de la misma y que la diferencia no resulte significativa, de modo que “no se altere materialmente la igualdad de los oferentes”.

E) Evaluación de las propuestas

En el derecho comparado, es usual que el fallo no se haga en la misma fecha, y menos aún en el mismo acto, de la apertura. Esto por cuanto, previo al mismo, corresponde llevar a cabo una etapa de análisis de las ofertas presentadas. Esta etapa de análisis culminará sí, con la emisión de un dictamen luego del cual sobrevendrá eventualmente la adjudicación de la contratación a quien resultare favorecido.

Esta fase del proceso implica el análisis pormenorizado de cada una de las propuestas, en base a los criterios de evaluación establecidos en las bases de la licitación, de modo de seleccionar al cocontratante más idóneo para la administración.

El artículo 57 del TOCAF regula la participación, en cada organismo del Estado con competencia para gastar, de Comisiones Asesoras de Adjudicaciones designadas por la autoridad superior del organismo. Como lo dice su nombre, la Comisión Asesora de cada organismo, tiene por finalidad el asesoramiento, y nada más que el asesoramiento, respecto de las ofertas presentadas, pero su informe o dictamen, no obliga al ordenador del gasto, de modo que tampoco crea ningún derecho a favor de uno u otro oferente. No obstante lo anterior, el artículo 59 del TOCAF establece que, “si la adjudicación no recayese en el

oferente u oferentes aconsejados por esa Comisión, deberá dejarse expresa constancia de los fundamentos por los cuales se adopta resolución divergente”.

Sin pretender profundizar excesivamente en el análisis de esta etapa, debe señalarse que, por “ordenador del gasto”, se entiende a aquél funcionario público con autoridad para ordenar gastos y pagos en nombre de la Administración. Dependiendo de la modalidad de compra de la que se trate, y lógicamente del monto involucrado, la potestad recaerá alternativamente sobre los denominados por nuestra legislación como ordenadores primarios o secundarios (Arts. 26 al 29 del TOCAF), y en última instancia, en otros funcionarios habilitados dependientes del organismo en cuestión.

F) Fallo

Una vez concluida la etapa evaluatoria de las propuestas, la administración convocante emite un fallo, en que se determina al oferente seleccionado como cocontratante. Este acto es el denominado “acto de adjudicación”. Roberto Dromi¹⁰ define la adjudicación como *“el acto por el cual el licitante determina, reconoce, declara y acepta la propuesta más ventajosa, poniendo fin al procedimiento pre-contractual”*.

Pero el fallo de la licitación puede no resultar en la adjudicación del contrato a un oferente, sino que existen otras dos alternativas a tener en cuenta: la adjudicación compartida y la licitación desierta.

La adjudicación compartida supone la adjudicación de la contratación, no ya a un único oferente, sino que de manera compartida entre dos o más oferentes, en condiciones que dependerán de la legislación en cuestión.

La licitación desierta implica por otra parte, la no adjudicación de la licitación a ningún oferente, ya sea porque no se hayan presentado ofertas o, porque en caso de haberlas, se

¹⁰ Dromi, José Roberto, *“Excepciones a la licitación pública por monto menor y trabajos adicionales”*, Buenos Aires, 1975

estime que no satisfacen las condiciones establecidas en las bases de licitación o resultan manifiestamente inconvenientes para la administración.

El artículo 57 del TOCAF regula aquellos casos en los que se presentaren dos o más ofertas similares en cuanto a los requisitos esenciales dispuestos en los pliegos de condiciones. En estos casos, se habilita a la Administración a invitar a estos oferentes a “mejorar” sus ofertas (“instituto de mejora de ofertas”) a los efectos de romper con dicha similitud, para lo cual debe otorgarles un plazo no menor a veinticuatro horas. Sin perjuicio de lo anterior se prevé la posibilidad de entablar negociaciones reservadas y paralelas con los oferentes que hubieren presentado ofertas similares (instituto de las negociaciones), para lo cual será necesario que esta posibilidad estuviere prevista de antemano en el pliego correspondiente. Si subsistiera la similitud y en el caso de que el objeto del contrato fuere divisible, se podrá adjudicar la contratación entre estos oferentes por partes proporcionales, para lo cual será necesario que esta posibilidad estuviere estipulada en el pliego de condiciones o que, en caso de no estarlo, fuera aceptada en el momento por los oferentes involucrados. En caso de que no se aceptara dicha posibilidad o si se tratara de un objeto de naturaleza indivisible, la adjudicación se efectuará por sorteo.

El artículo 59 del TOCAF por su parte, establece que, los ordenadores del gasto, “serán competentes para disponer la adjudicación definitiva de cada contratación o declararla desierta en su caso”

2.3.4. Ventajas y desventajas

Respecto de las **ventajas** de un proceso de licitación, López-Elías enumera las siguientes,

- ◆ *La administración obtiene mejores condiciones.*

Gastón Jeze¹¹ sostiene que uno de los principales objetivos de la licitación es la obtención para la Administración de las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad, etc. Por otro lado, el Dr. Jorge Fernández Ruiz agrega al respecto que esto se logra por cuanto, este procedimiento propicia la competencia, en un plano de igualdad, de los potenciales proveedores y contratistas del sector público.

- ◆ *Se protege a la administración de las colusiones entre contratantes y/o agentes administrativos.*

Según Sayagués Laso, con la licitación se busca ante todo sanear la Administración, evitando colusiones fraudulentas entre los funcionarios encargados de celebrar los contratos que requiere el funcionamiento de los servicios públicos y los particulares interesados. Dado que la Administración está obligada a adjudicar la licitación al proponente que ha ofertado condiciones más ventajosas, el margen de libre elección de los funcionarios queda de tal modo restringido, que resulta prácticamente imposible entrar en combinación con terceros.

¹¹ Jéze, Gaston, “Principios generales del derecho administrativo”, 1950

- ◆ *Evita que los funcionarios del poder público puedan ser sospechosos de corrupción.*

Bercaitz¹², señala que el principio fundamental de la licitación es el de la moralidad administrativa, impidiendo mediante la observación estricta de sus reglas el favoritismo y el negociado.

- ◆ *Fomenta la competencia.*

La licitación estimula la competencia entre los industriales o empresarios que están en condiciones de contratar con la administración pública, ya sea vendiéndoles bienes y servicios o ejecutando para ella obras públicas.

- ◆ *Sistema de control.*

La licitación permite un mejor sistema de control, tanto por parte de la Administración de los fondos públicos como por parte de los particulares ya que, se determinan previamente los aspectos a evaluar y controlar del procedimiento administrativo así como también, como señala Víctor Benavides¹³, crea un sistema de control recíproco entre los concurrentes constituyendo un freno a la discrecionalidad de los funcionarios públicos para adjudicar contratos.

En cuanto a las **desventajas** pueden identificarse las siguientes:

- ✗ *No garantiza la correcta adjudicación de los proponentes.*

A pesar de la existencia de diversos mecanismos de evaluación y control destinados a asegurar la elección de la oferta más ventajosa para la Administración, esto no pone a resguardo a la misma de la elección de propuestas inconvenientes ya que, como ya señalara

¹² Bercaitz, Miguel Ángel, “*La subordinación jurídica, nota definitoria de los contratos administrativos, 1969*”.

¹³ Benavides, Víctor Leonel, “*Algunas consideraciones sobre la licitación pública en Panamá*”, 1984

Rafael Bielsa¹⁴, aún cuando el procedimiento de la licitación esté bien reglamentado pueden efectuarse adjudicaciones indebidas.

✘ *Posible alza de las cotizaciones.*

El conocimiento de las necesidades de la Administración por parte de los oferentes, puede redundar en una suba de precios en las cotizaciones ofrecidas, generando el efecto contrario al buscado en este procedimiento, es decir, el de la obtención de condiciones más favorables para la administración como consecuencia de la competencia entre sus potenciales proveedores.

✘ *Excesivos tiempos en los procesos licitatorios.*

La multiplicidad de condiciones y la complejidad de los trámites de todo proceso licitatorio, hacen del mismo un procedimiento que puede resultar relativamente extenso, en función del objeto de la contratación. De esta manera, puede llegar a retrasarse la conclusión del mismo o incluso pueden pasarse por alto ofertas que, siendo muy ventajosas para la Administración, no puedan ser aprovechadas por estar disponibles en el corto plazo y no en un plazo que vaya más allá del que insume la realización del proceso de licitación.

✘ *Perjudica a la administración en su competencia con privados.*

Hay que considerar también, -y este argumento solo tiene fuerza con respecto a los organismos públicos industriales, comerciales, o de servicio que compiten con empresa privadas-, que la publicidad está unida a toda licitación y permite a las empresas privadas en competencia con las estatales conocer los costos de adquisición de aquellas, colocándolas en situación de evidente superioridad para la conquista del mercado. Otro aspecto del problema en estos casos, tiene que ver también con lo señalado en el punto anterior respecto de los tiempos que puede implicar para la administración la celebración de

¹⁴ Bielsa, Rafael, “*Derecho administrativo*”, 1937

contratos a veces vitales para su funcionamiento eficiente y competitivo en el mercado, en su competencia con empresas privadas.

Por último, y sin que esto pretenda ser un resumen de lo expuesto en los puntos anteriores, resulta interesante, respecto de los inconvenientes que implica la exigencia de este procedimiento para la celebración de determinados contratos con la Administración Pública, la visión de Jacobo Wainer¹⁵ quien señalara que:

- i) “se habla de que las licitaciones pueden crear monopolios porque se establecen entre los concurrentes a las mismas una inteligencia, de tal manera que no se puede competir con ellos, y
- ii) que ese entendimiento evita la competencia que debe producirse entre los competidores, al no existir un verdadero juego entre la oferta y la demanda,
- iii) trae en muchos casos la deshonestidad, porque la potencialidad de ciertos particulares hace que se pueda vencer en ciertos casos la escrupulosidad de los empleados públicos,
- iv) los trámites son excesivamente burocráticos, se tornan largos y entorpecen la eficacia de un buen sistema de compras,
- v) se encarece el artículo, la obra o el servicio por el retardo en la provisión o la ejecución y por los trámites de control impuestos; sin contar además las fluctuaciones de los precios que pueden significar una desventaja para la Administración.”

¹⁵ Wainer, Jacobo, “*Contratos administrativos*”, 1939

Capítulo III – RÉGIMEN GENERAL DE PREFERENCIAS A LA INDUSTRIA NACIONAL EN EL URUGUAY

3.1. Objetivos del capítulo

El objetivo de este capítulo es analizar las características que presenta el Régimen General de Preferencias a la industria nacional en los procedimientos de compras estatales en el Uruguay. Este análisis implica el recorrido de los distintos escenarios que, en virtud de las sucesivas disposiciones legales y reglamentarias, han regido en materia de preferencias aplicables a las compras públicas en el país, desde sus inicios, en el año 1961 con la Ley 13.032, hasta la normativa vigente a la fecha, como consecuencia de las recientes modificaciones dispuestas en la Ley 18.362 y en el Decreto 13/009.

Se pretende así, sentar las bases para la comprensión y el análisis crítico de las conclusiones que, respecto del mencionado régimen, se presentarán sobre el final de este trabajo, algunas de las cuales, irán aflorando de manera inevitable en el transcurso del presente capítulo.

3.2. Conceptos e ideas previas

La aplicación de márgenes de preferencia constituye una forma particular de protección a la industria nacional que, para el caso de las compras del Estado, se aplica sin perjuicio de las demás protecciones de carácter general que pueden encontrarse en una economía determinada (aranceles, impuestos de aduana, etc.). De esta manera determina, para el caso de las compras públicas, la existencia de un tratamiento particular adicional en materia de protección al sector productivo local. Esto representa para el Estado, por un lado, una herramienta importante en lo que hace a la consecución de determinados objetivos socio-económicos mediante el fomento y desarrollo de la producción nacional, pero por otro lado, significa también un costo importante que recae sobre las finanzas públicas y por lo

tanto, también sobre los habitantes, que son quienes en definitiva sostienen económicamente al Estado mediante el pago de sus impuestos.

Desde el punto de vista conceptual, el margen de preferencia a la industria nacional debe ser entendido como una “tolerancia” que, en sus compras públicas, y dadas determinadas condiciones, aplica el Estado sobre el precio de las ofertas nacionales, al momento de su comparación con los precios de las ofertas extranjeras.

Este margen de preferencia determina en última instancia, el “sobreprecio” o “sobrecosto” que, cumplidos determinados requisitos de paridad entre las ofertas, el Estado está dispuesto a pagar por una oferta nacional determinada. Pero es importante destacar que, contrariamente a lo que la expresión “sobreprecio” puede dar a entender, la aplicación del beneficio no implica la adición de un porcentaje determinado al precio de alguna de las ofertas, sino que por el contrario, la metodología comúnmente utilizada, supone la aplicación de un descuento sobre el precio de la oferta nacional, de modo de alcanzar un precio ficto para su posterior comparación con el precio de la oferta extranjera. De esta manera, en la medida que corresponda la aplicación del beneficio, el precio de la oferta nacional, a los efectos de la comparación con la oferta extranjera y sólo a estos efectos, será un ficto producto de la aplicación de una tasa de descuento determinada sobre el precio original. Resulta esencial entonces, reafirmar la idea de que, el precio efectivamente pagado por la Administración, será en todos los casos el precio original de la oferta, y que el precio ficto antes mencionado sólo tiene fines meramente comparativos.

En materia de preferencias a la industria nacional, existen algunos elementos clave que, particularmente en el Uruguay, han sufrido diversas modificaciones a lo largo de los últimos años, y que, por ser determinantes fundamentales de la fortaleza de la preferencia, suelen ser el centro de la polémica respecto del tema. Estos elementos son:

▣ Ámbito de aplicación

En este caso, la cuestión pasa por la definición de dos aspectos centrales: por un lado los organismos del Estado para cuyas compras resulta aplicable el régimen de preferencias y, por otro lado, las modalidades de compra para las cuales el mismo resulta aplicable.

De esta manera, las opciones pueden ir desde que el régimen rija para las compras de algunos organismos del Estado en particular (Administración Central por ejemplo), o incluso para los organismos del Estado en su totalidad; y para todas las compras que estos organismos efectúen o para aquellas compras que cumplan determinadas características.

Es así que, en lo que hace únicamente a este aspecto, la instrumentación del régimen de preferencias corresponderá cuando, tanto la entidad pública que lleva adelante el procedimiento de compra, como la modalidad mediante la cual la lleva a cabo, se encuentren incluidas en el ámbito de aplicación definido por la ley.

▣ Condiciones requeridas

El primer requisito, que indefectiblemente debe satisfacerse para que corresponda la aplicación de la preferencia, tiene que ver con el cumplimiento del carácter de “bien nacional”. La definición específica de los criterios a considerar para la atribución de esta característica, usualmente corresponderá al Poder Ejecutivo, pero siempre dentro de los límites definidos en la norma legal correspondiente. Generalmente, uno de los criterios comúnmente utilizados, tiene que ver con la exigencia de un determinado porcentaje mínimo de componente nacional en la oferta. Esto es lo que se conoce como “porcentaje de integración nacional”, concepto que refiere al porcentaje de componente nacional presente en el bien, obra o servicio objeto de la licitación (y por tanto en la oferta misma), y que se obtiene dividiendo el monto de la parte atribuible a un origen nacional sobre el total.

Adicionalmente, sin perjuicio de lo anterior, pueden llegar a exigirse otras condiciones tendientes a asegurar la existencia de un verdadero proceso de transformación ocurrido en el

país en cuestión, es decir, en términos generales, todo lo que contribuya a la certeza sobre la calidad de “nacional” del bien, obra o servicio de que se trate.

Pero además, la referida “tolerancia” que, respecto del precio de las ofertas, la Administración otorga a la industria local en virtud de la aplicación del régimen de preferencias, no debe significar un perjuicio en lo que hace a los restantes aspectos que hacen a la contratación en cuestión. Esto hace que el diseño del sistema de preferencias incluya también la definición de determinadas condiciones, que han de exigirse a la industria local para que la misma sea pasible de acceder al beneficio.

Así es que, respecto de las ofertas de la industria local, resultará fundamental que la misma se encuentre en paridad de calidad o aptitud con la oferta extranjera, que no existan razones técnicas que determinen o puedan determinar un perjuicio para la Administración, que se asegure un normal abastecimiento del suministro, etc. Todas las anteriores han sido, como se verá más adelante, expresiones con las que la legislación uruguaya ha tratado de resolver el hecho de que, la aplicación de la preferencia, signifique para la Administración la concesión de un beneficio respecto del precio de la oferta y únicamente respecto del mismo.

Porcentaje de preferencia aplicable

La expresión, si se quiere “numérica”, de la preferencia otorgada, es un porcentaje determinado que no es más que la tasa de descuento a aplicar sobre el precio de la oferta local, de modo de obtener el precio comparativo de la industria nacional, a la hora de cotejar su oferta con la de similares extranjeros. Este porcentaje es el que conocemos como “margen de preferencia” y como se verá en el próximo punto, puede ser aplicado al valor de la oferta en su totalidad o a parte de la misma según como esté definido por el régimen de preferencias en cuestión. Esto determina que, no sólo sea el margen de preferencia, el que determine la cuantía del beneficio, sino que, éste también dependerá del monto sobre el cual este margen resulte aplicable.

❏ Monto sobre el cual se aplica la preferencia

Siguiendo con lo expuesto al final del punto anterior, se concluye que, también resulta clave entonces, la definición del monto sobre el cual aplicar el porcentaje de preferencia definido.

Y en este sentido, existen dos alternativas básicas. La primera de ellas consiste en aplicar el porcentaje sobre la totalidad del precio de la oferta, caso en el cual, el descuento que significa la aplicación de la preferencia, termina siendo el descuento efectivo que recibe la oferta nacional en su totalidad, antes de su comparación con sus similares extranjeros.

En cambio, en la segunda alternativa, el porcentaje de preferencia resulta aplicable sólo sobre aquella parte de la oferta local que se considera de origen “nacional”. Adquiere protagonismo entonces el mencionado “porcentaje de integración nacional”, ya que, la metodología aquí no es más que la aplicación del porcentaje previsto sobre aquella parte de la oferta que se supone, en base a los criterios oportunamente definidos al respecto, que es de origen nacional. Esta metodología encuentra su fundamento en el hecho de que, el porcentaje de integración nacional, es el valor agregado efectivamente nacional implícito en la oferta y por tanto, debe ser la parte sobre la cual recaiga el porcentaje de preferencia al momento del cálculo del beneficio. En este caso, a diferencia del anterior, el descuento efectivo que la oferta nacional en su conjunto recibe en el precio ofertado, antes de su comparación con similares extranjeros, resulta no corresponderse exactamente con el porcentaje de preferencia definido sino que, termina siendo un porcentaje compuesto por otros dos: el margen de preferencia y el porcentaje de integración nacional. Esto determinará a su vez, en términos generales, una situación en la cual la importancia de la preferencia con la que se beneficiará la industria nacional, será gradualmente creciente o decreciente conforme sea mayor o menor el componente nacional implícito en la oferta.

❏ Definición del concepto de bien nacional a considerar por la preferencia

Con lo expuesto, queda en evidencia la importancia que conlleva la definición del concepto de “bien nacional”, a considerar por el régimen de preferencias en cuestión.

Este concepto resulta determinante en cualquiera de las dos alternativas expuestas anteriormente, respecto del monto sobre el cual aplicar el margen de preferencia, ya sea como determinante de la correspondencia o no del beneficio, o incluso como determinante de la cuantía del mismo (segunda alternativa). En primer lugar porque lo usual, como ya se señaló, es que exista un requisito mínimo de integración nacional que, una vez alcanzado o superado, sitúe a la oferta nacional en condiciones de acceder al beneficio que implica la aplicación de la preferencia (sin perjuicio de la eventual existencia de otras condiciones adicionales).

Pero resulta claro, en función de lo ya expuesto en párrafos anteriores, que la definición del concepto de “bien nacional” es doblemente importante en el caso de que la preferencia se aplique sobre un determinado “porcentaje de integración nacional”. Esto por cuanto, la definición de los criterios y reglas de origen que definan este concepto de bien nacional, serán justamente los que determinen esta parte de la oferta sobre la cual, en virtud de su carácter nacional, la preferencia resultará aplicable. De manera que, en este caso, la definición del concepto de bien nacional tendrá impacto no sólo al momento de determinar la correspondencia o no del beneficio sino que también en la determinación de la fuerza del mismo.

Por último, no debe pasarse por alto la importancia de la atribución de la potestad de certificar el carácter nacional de una oferta, o de una parte de la misma, a los efectos de que la Administración pueda llevar a cabo el procedimiento de compra de manera eficaz y eficiente. Generalmente, esta potestad, recaerá sobre instituciones u organismos que presenten las aptitudes adecuadas y ofrezcan la confianza necesaria para expresarse al respecto con el mayor rigor técnico posible.

❏ Elementos a considerar en la valuación del precio de las ofertas

Otro aspecto importante en el diseño del sistema de preferencias, es el relacionado con la definición de los importes a incluir al momento de la valuación de las ofertas, tanto en el caso de aquellas de origen nacional como en el caso de las de origen extranjero.

En este sentido, lo común en la legislación uruguaya por ejemplo, ha sido la de considerar precios “puestos en el almacén del comprador”, lo cual implica el cómputo de todos aquellos costes necesarios para la puesta del bien a disposición de la Administración, es decir, gastos de importación, gastos y derechos de aduana, impuestos, etc. Sin embargo, es común también, que la reglamentación defina expresamente la inclusión o no de otros importes, como sucede comúnmente en el caso de impuestos. En la medida que, la definición a este respecto no resulte del todo clara, pueden llegar a darse interpretaciones diferentes de la norma lo que deriva en la generación de polémicas respecto de la manera de interpretar la misma, como sucedió en el Uruguay con el caso del IVA, hecho que se analizará más adelante.

3.3. Antecedentes normativos: Evolución de la normativa en el período comprendido entre los años 1961 – 2008

■ Año 1961 - Ley 13.032

La protección a la industria nacional en los procesos de compras estatales mediante la aplicación de márgenes de preferencia tiene su origen, para la legislación uruguaya, en la Ley 13.032 del año 1961.

La mencionada ley establecía, en su artículo 374, la obligatoriedad para el Poder Ejecutivo, Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, de otorgar en sus licitaciones y compras directas, una preferencia a los bienes, productos, maquinarias, equipos y artículos nacionales, a condición de que su precio no superara en

más de un 40% las ofertas de similares extranjeros y siempre que no se opusieran razones de orden técnico debidamente fundadas. Si bien podría entenderse que la expresión “de orden técnico” deja algunas dudas respecto de los límites específicos dentro de los cuales las razones a oponer resultaban “admisibles”, queda clara la intención del legislador de que, la eventual modificación de los precios comparativos por aplicación de la preferencia, no desembocara en la selección de una oferta que implicase un perjuicio para la Administración, en lo referente a las demás características inherentes al objeto de la compra.

Es importante destacar que dicho beneficio aplicaba, según lo dispuesto por esta norma, tanto para el caso de que se tratara de producción de origen enteramente nacional como para el caso de que sólo una parte de la misma lo fuera, lo cual implicaba que, ningún bien, producto, maquinaria, equipo o artículo, que presentara un componente de origen nacional en su proceso productivo quedaba fuera del beneficio. No obstante lo anterior, es necesario señalar que, en el caso de que la producción fuera parcialmente de origen nacional, es decir, que no se tratara de producción 100% generada en el país, este beneficio quedaba reducido a la aplicación de la preferencia sólo sobre la parte correspondiente al componente nacional implícito en la misma, lo que se conoce como “porcentaje de integración nacional”. Esto determinaba una situación en la cual, lógicamente, la cuantía del beneficio iba en relación directa con el porcentaje de componente nacional existente en la producción en cuestión, en el sentido de que a mayor porcentaje de integración nacional, mayor el monto del beneficio aplicable.

Por último, la ley aclaraba que, la protección a la industria nacional mediante la aplicación de la preferencia era independiente, y por lo tanto acumulable, a la protección que eventualmente se derivase de los recargos que a dichos bienes, productos, maquinarias y artículos hubiera impuesto el Poder Ejecutivo, en ejercicio de las facultades otorgadas por la ley 12.670 del año 1959. La referida ley facultaba a este órgano a establecer recargos de hasta un 300% sobre el precio CIF de las “mercaderías, artículos, productos y bienes prescindibles, suntuarios y/o competitivos de la industria nacional”.

La Ley 13.032 constituye entonces, el primer antecedente normativo en el establecimiento de un Régimen General de Preferencias en el sistema de compras estatales en el Uruguay. Pero además, determinó la introducción de una nueva modalidad de protección a la industria nacional en los procedimientos de compras públicas, modalidad que se sumaba así a la ya determinada por las facultades de las que gozaba el Poder Ejecutivo para imponer recargos a los bienes competitivos de la industria nacional.

Resulta destacable lo alto de la preferencia otorgada (40%), lo cual, considerando las ya mencionadas potestades del Poder Ejecutivo en materia impositiva (también muy importantes), determinaba para el ámbito de las compras del Estado uruguayo, un escenario caracterizado por una fuerte protección a la industria local.

Llama la atención a su vez, la aplicación del régimen inclusive a las compras directas, lo cual, al menos a primera vista, resulta cuestionable desde el punto de vista de los principios de buena administración. Esto último, en el entendido de que con esta disposición, se sometía a las compras directas a un régimen que, en la práctica, seguramente operaba en contra de la agilidad y celeridad en los procedimientos, objetivos que constituyen fundamentos básicos de dicha modalidad.

■ Año 1970 - Ley 13.892

Casi una década más tarde, en el año 1970, la Ley 13.892, que aprobaba la rendición de cuentas y balance de ejecución presupuestal correspondiente al año 1969, determinaba en primer lugar una ampliación del beneficio, ya que, en su artículo 435, establecía la aplicación del mismo ya no sólo a las adquisiciones realizadas por los organismos mencionados anteriormente en la Ley 13.032, sino que, en su texto, hacía referencia ya a las adquisiciones de “los organismos públicos y paraestatales”. Se condicionaba la aplicación del beneficio, a la existencia de seguridad respecto del normal abastecimiento y el cumplimiento, por parte de la industria nacional que eventualmente resultare seleccionada, de las normas de calidad respectiva.

Un primer buen aporte a señalar de esta ley, tiene que ver con el tratamiento más en profundidad de los aspectos a considerar en la determinación del precio de la oferta extranjera, a comparar posteriormente con el precio de la oferta nacional. En este sentido, se establecía que, se consideraría como precio de la oferta extranjera a aquél precio “puesto en los almacenes del comprador”, lo cual determinaba la inclusión de todos los gastos necesarios para esto, fuere cual fuere su naturaleza. Resulta destacable el hecho de que se debía considerar también, cualquier gravamen o impuesto que, sobre la mercadería o sus precios, correspondiere abonar a los productos elaborados en el país, aún cuando la oferta extranjera en cuestión se encontrare parcial o totalmente exonerada de los mismos. Lo anterior, que podía entenderse como una clara intención de perjudicar a la oferta extranjera incrementando su precio para favorecer a la industria nacional en la comparación, debe entenderse en realidad como un elemento más que hace a la intención del legislador de poner en pie de igualdad las ofertas nacional y extranjera, de manera que, el beneficio resultare efectivamente en un 40% y no se viera socavado por la existencia de otras condiciones que establecieran diferenciaciones de carácter económico, en la composición del costo de las distintas ofertas.

Lo que sí podía ya entenderse como un elemento destinado directamente a favorecer a la industria nacional, por encima de las mencionadas condiciones de igualdad y operando en contra de ellas, es que más adelante se facultaba al Poder Ejecutivo a que, por razones de interés general, otorgase desgravaciones tributarias a favor de la industria nacional en la elaboración de productos destinados directa o indirectamente a los Organismos Públicos, de modo de situar la oferta nacional en condiciones más competitivas.

Por otro lado, con la intención de asegurar la posibilidad de que los productos de la industria nacional accedieran a formar parte de las ofertas en los procesos de licitación en cuestión, se establecía también en esta ley, la no consideración de cualquier disposición incluida en los pliegos de Licitaciones o Adquisiciones, que imposibilitara o dificultara la concurrencia de productos de la oferta nacional en los procedimientos, disposiciones que, en caso de constar en los referidos pliegos, se tendrían por “inexistentes”.

Finalmente, se declaraba de interés general la negociación, en todos los préstamos destinados a financiar adquisiciones de Organismos Públicos o Paraestatales, de condiciones que permitieran la utilización al máximo del préstamo en cuestión, en la industria nacional y las materias primas que la misma utilizara.

■ Año 1971 - Decreto 692

El 21 de octubre del año 1971, el Decreto número 692 reglamenta lo dispuesto hasta ese momento en materia de márgenes de preferencia.

El primer artículo del Decreto hace mención al otorgamiento de preferencias a la industria nacional para el caso de los “Organismos de la Administración Central, los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados”. No se mencionaban aquí, lo cual llama la atención, los Organismos Paraestatales y los Gobiernos Departamentales, a los que también aplicaba el régimen en virtud de lo establecido en el artículo 435 de la Ley 13.892, cuestión ya expuesta en oportunidad del análisis de la misma.

Pero la cuestión fundamental que motivó este decreto, sin perjuicio de la necesidad de insistirse sobre la importancia del respeto de las preferencias previstas a favor de la industria nacional, tiene que ver con el hecho de que se advertían dificultades en el acceso, por parte de la Industria Nacional, a los créditos necesarios para financiar sus ofertas, lo cual lesionaba el principio de igualdad de condiciones que se buscaba existiese entre ésta y sus competidores extranjeros, los cuales otorgaban a la Administración amplias facilidades de pago con el apoyo de organismos bancarios especializados en el fomento de las exportaciones. Esta situación llevaba, como se expresa en el mismo texto del decreto, a que muchas veces la industria nacional se viera postergada como consecuencia de la sola existencia de insuficiencias en cuanto a las facilidades de pago que podían otorgar a la Administración.

Con este argumento es que se señala que, sin perjuicio de la sanción de disposiciones legales específicas que el Poder Ejecutivo promovería en el futuro, se hacía necesario dictar

normas que en lo inmediato contribuyeran a subsanar esta situación. He aquí entonces el objetivo principal que perseguía el decreto 692/71: reafirmar las condiciones de igualdad en las que se pretendía que se diera la competencia entre la oferta nacional y la extranjera, evitando que diferencias relativas a la financiación del precio de adjudicación, resultaran un factor determinante en la selección de una u otra oferta.

Así es que se reglamentaban, como aporte más significativo, algunas particularidades en cuanto a la metodología aplicable, a la hora de la comparación entre los precios de las ofertas nacionales y las extranjeras, específicamente para lo que tiene que ver con el caso de que la Administración optara por el pago financiado del precio de adquisición. Las soluciones en este sentido constaban, en primer lugar, en el cálculo de valores fictos de contado para las ofertas financiadas, reduciendo los pagos a una tasa de interés uniforme del 6%, a los efectos de la comparación de los precios de las distintas ofertas; y en segundo lugar, la solicitud, por parte del organismo licitador al BROU, de los créditos necesarios para la financiación de la oferta más favorable de artículos nacionales, financiación que, en caso de determinar la existencia de condiciones que superaran o al menos igualaran a aquellas contenidas en la mejor oferta de artículos extranjeros, determinaría la adjudicación a la oferta más favorable de artículos nacionales.

Otro aspecto a señalar respecto de este decreto tiene que ver con la atribución de la condición de “factor de preferencia”, a considerar a la hora de la comparación de las ofertas, a la posibilidad de que el pago del precio de adjudicación pudiera realizarse en moneda nacional, esto último aplicable lógicamente, para el caso de que el pliego de condiciones admitiera el pago en otras monedas.

Finalmente cabe destacar que, mediante este Decreto, se fijaba en ocho años, “a partir de la entrega de los suministros adjudicados”, el plazo máximo que la Administración podía fijar para el pago de los bienes licitados, plazo que sólo podía excederse en virtud de la existencia de una causa suficientemente justificada. El plazo por el que finalmente optara la Administración debía constar en los pliegos de condiciones, no pudiéndose invocar, como

causa de preferencia por una u otra oferta, la existencia de plazos superiores a los allí establecidos para el pago.

■ Año 1973 – Ley 14.106

El recorrido de la normativa que ha regido el otorgamiento de preferencias a la industria nacional, sitúa ahora el análisis en la Ley 14.106 del año 1973. El artículo 260 de la referida ley -además de reafirmar la idea de la exclusión, en la comparación de las ofertas, de la incidencia de las financiaciones-, establecía la no consideración, en la valuación de los precios de la oferta nacional, de los importes correspondientes a los impuestos a las transacciones comerciales. Esta puntualización determinaría un tercer elemento de protección que se agregaba a los dos ya existentes (los recargos y el régimen de preferencias), y tendría luego un papel importante en cuanto a la polémica suscitada respecto de la forma en la que debía considerarse el IVA a la hora de la determinación del precio de las ofertas a cotejar.

A este respecto resulta interesante el análisis realizado por el Economista Alberto Sayagués en el año 1989 en su publicación “La protección a la industria nacional en las compras del Estado”, publicación que fue considerada como de gran incidencia en los cuestionamientos y las consecuentes modificaciones en el régimen de preferencias que tendrían lugar unos años después.

■ Año 1987 - Ley 15.903

Más adelante, ya en el año 1987, la Ley 15.903 establecía, en su artículo 499, y por remisión al artículo 451 de la misma ley, una lista detallada de los organismos del Estado para los cuales correspondía la aplicación del beneficio, reafirmando la extensión, ya advertida en normas anteriores, del campo de aplicación del régimen de preferencias a todos los organismos del Estado. Más precisamente en dicho artículo se enumeran taxativamente los siguientes:

- Los Poderes del Estado;
- El Tribunal de Cuentas;
- La Corte Electoral;
- El Tribunal de lo Contencioso Administrativo;
- Los Gobiernos Departamentales;
- Los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados;
- Los Entes de Enseñanza Pública;
- En general todos los Organismos, Servicios o Entidades Estatales.

(Esto último sin perjuicio de que, como se establece en el propio texto de este artículo, y para el caso de los Entes industriales o comerciales del Estado, “esta ley será de aplicación en tanto sus leyes orgánicas no prevean expresamente otros regímenes especiales.”)

En lo relativo a las condiciones en las que los productos nacionales podían acceder a la preferencia, se agregaba, además de los conceptos ya vertidos en leyes anteriores, la idea de que existiera una “paridad de calidad o aptitud” con la oferta extranjera. Cabe recordar en este sentido que, en leyes anteriores, se condicionaba la aplicación del beneficio a que no se opusieran “razones técnicas” y a que se tratase de ofertas “similares”, lo cual de alguna manera puede percibirse como una forma diferente de decir lo mismo, por lo que en definitiva, opera en el sentido de la reafirmación de estos conceptos.

Pero otro aspecto importante a destacar, siguiendo con el análisis del art. 499 de esta ley, es la introducción de una preferencia a la industria nacional para el caso de los contratos

de obra pública, aunque en este caso, bajo un régimen diferente al establecido como regla general para el caso de los bienes, productos, maquinarias, equipos o artículos. Se disponía que, en el caso de existir similitud en los diversos elementos componentes de la oferta, debía optarse por aquellas que implicasen una mayor utilización de mano de obra y materiales nacionales. Obsérvese que en este caso entonces, se hacía necesaria una paridad en todos los aspectos inherentes a las ofertas presentadas, incluyendo el precio de las mismas ya que, el beneficio, no implicaba la aplicación de una metodología por la cual se hiciera un “ajuste” en el precio nacional ofertado a los efectos de la comparación, sino que sólo se disponía que, ante la mencionada igualdad de todos los elementos de la oferta, debía preferirse aquella con mayor componente nacional implícito.

Otro aporte de esta ley radica en la inclusión del tratamiento de las preferencias a la industria nacional, en los pliegos particulares que rigen las licitaciones. En este sentido, la ley disponía que, para el caso de licitaciones cuyo objeto sean bienes, productos, maquinarias, equipos o artículos, la preferencia a aplicar, se regirá por lo que determinen las leyes dictadas a tal efecto, pero debiendo constar en los pliegos de bases y condiciones particulares de la licitación los límites y naturaleza de la misma. De modo que el pliego aparece ya en este caso, como complemento de la preferencia otorgada por la ley en lo que refiere a sus condiciones más particulares.

Por otro lado, para el caso de la adjudicación de contratos de obra pública, se establecía que, el referido pliego, debía requerir que el oferente estimara y expresara los porcentajes de mano de obra y materiales nacionales componentes del precio de la oferta. Esto último, a los efectos de determinar la oferta “a preferir”, de acuerdo a lo dispuesto en este mismo artículo, y ya analizado.

En lo que tiene que ver con la valuación de la oferta extranjera, se aclaraba que, en el caso de que la misma cotizara en valores FOB, CIF o CYF, debían adicionarse, a los efectos de la comparación con las ofertas nacionales, todos los factores integrantes del costo. Esto reafirmaba el concepto de considerar el precio de la oferta extranjera “puesta en el almacén

del comprador”, pero no arrojaba mucha luz sobre la consideración o no del IVA, impuesto que, atendiendo a las leyes anteriormente dictadas, podía entenderse como computable en el precio de la oferta aún cuando la misma se encontrase exonerada del pago del mismo. Recuérdese que la Ley 13.892 determinaba la consideración, en la valuación del precio de la oferta extranjera, de los impuestos a las ventas y servicios.

Finalmente, es de destacar que se especificaba que, en caso de que la compra debiera formalizarse en el exterior, debían respetarse los convenios con los países incorporados a organismos de comercio, comunidades o convenios aduaneros o de integración o producción a los que estuviese adherido el país, y en especial a la ALADI (Asociación Latinoamericana de Integración).

■ Año 1990 – Decreto 329/90

Ya en el año 1990, el decreto 329, volvía a ocuparse de establecer una reglamentación al régimen de preferencias contenidos en las leyes dictadas a tales efectos. La necesidad de dictar esta reglamentación se justificaba, según surge del propio texto del decreto, en la existencia de diferencias en cuanto a los criterios empleados por los distintos organismos del Estado, a la hora de aplicar la preferencia, en la importancia de los principios de equidad e igualdad que fundamentaban la aplicación de las mismas, y en la necesidad de dotar de mayor claridad y agilidad a los procedimientos de comparación de las ofertas.

En este decreto, y en lo que refiere a la valuación de las ofertas, se reitera el concepto de valuar a las mismas “puestas en el almacén del comprador”, incluyendo todos los costos necesarios, y de manera explícita el importe correspondiente al IVA, aún cuando la oferta extranjera se encontrase exonerada de los mismos.

Pero respecto del tratamiento del IVA, se advierten en la redacción del decreto algunos detalles importantes. En primer lugar, es de destacar que se dispone la consideración del IVA en la valuación de ambas ofertas, lo cual echa por tierra la postura,

sostenida hasta ese entonces por algunos actores involucrados, de la no inclusión del importe de este impuesto en la oferta nacional. Pero por otro lado, en oportunidad de señalar los criterios aplicables a la valuación de la oferta nacional, además de repetir el concepto de considerar precios “puestos en el almacén del comprador”, el decreto señala de manera expresa que corresponde la inclusión del IVA, pero no de “los importes correspondientes a impuestos a las transacciones comerciales”. Se observa aquí entonces una respuesta a una de las interrogantes existentes en ese entonces respecto de la manera de considerar el IVA, y es aquella relativa a sí dicho impuesto debía o no ser considerado como un impuesto a las transacciones comerciales. Parece surgir de la redacción de este decreto, salvo que la misma sea considerada redundante, la idea de que el IVA no era considerado como un impuesto a las transacciones comerciales, lo cual refuerza la posición de que la expresión “impuestos a las transacciones comerciales”, contenido en las normas legales, refería a impuestos que incrementaban el precio como consecuencia del incremento del costo del producto y no, a impuestos que, como el IVA, incrementan directamente el precio del producto y que además no eran soportados por el oferente del mismo sino por el consumidor; o incluso, hacía pasible la posición de que el IVA debe considerarse como un impuesto al consumo y no a las transacciones comerciales.

Más allá de todas estas consideraciones, una consecuencia importante de este decreto es que, considerando al IVA como un impuesto no soportado por el oferente, la inclusión del mismo en el costo de la oferta extranjera, aún cuando la misma se encontrase exonerada, implicaba la elevación de la preferencia a casi un 70%, como ya fuera manejado anteriormente en el año 1989 en la ya mencionada publicación del Economista Alberto Sayagués. La diferencia es que, en este caso, la mencionada elevación de la preferencia, no radicaba en la consideración del impuesto en la valuación de una oferta y no en la de la otra sino que, esta especie de “preferencia adicional”, se verificaba en aquellos casos en los cuales, aún estando exonerada la oferta extranjera del pago del referido impuesto, éste se adicionaba al costo de la misma. En otras palabras, al ser el IVA un impuesto que el oferente no soporta sino que descuenta, el cómputo de este impuesto en la oferta extranjera cuando la misma se encontrase exonerada, implicaba la adición de un costo ficto, no pasible de

descuento por parte del oferente extranjero, por cuanto el mismo no le era aplicable legalmente.

El último artículo de este decreto cometía a la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, el estudio y proposición de las normas reglamentarias requeridas para determinar el valor agregado nacional contenido en las ofertas, lo cual buscaba contribuir, y era uno de los objetivos planteados por el decreto, a la agilización y claridad en el manejo de los procedimientos de comparación de las ofertas.

■ Año 1990 – Ley 16.134

Pero sería la Ley 16.134, de septiembre del año 1990, la que marcaría un quiebre importante en el régimen de preferencias al disponer su gradual eliminación. La ley establecía, en su artículo 6, una gradual disminución del porcentaje del beneficio vigente a la fecha (40%). Primero al 20%, luego al 10% y finalmente determinaba su completa eliminación a partir del 1ero de enero del año 1992.

Esta situación fue la consecuencia de varios cuestionamientos surgidos en oposición al régimen de preferencias y a la manera en que el mismo estaba establecido en la legislación uruguaya.

En contrapartida con lo anterior, y en lo que probablemente haya sido un intento por sopesar el duro revés que significaba esta situación, el artículo 8 de la ley dictaba algunos criterios a los cuales debían ajustarse los pliegos, tanto generales como particulares, a los efectos de asegurar la igualdad de los oferentes. Así es como se establece que, en primer lugar, deberá permitirse a los oferentes nacionales la presentación de ofertas en las mismas monedas en las cuales se le permite la presentación de ofertas a los oferentes extranjeros; así como también, debe permitírseles además, la obtención de los mismo medios de pago que a los oferentes extranjeros, y en este sentido la ley aclara expresamente: “incluyendo la apertura de cartas de crédito”. En segundo lugar, se dispone el cómputo del IVA para la

determinación del precio de la oferta del exterior a considerar en la comparación. Finalmente, se establece que, debe constar en los pliegos, el requerimiento, tanto en lo que refiere a la determinación de los precios de la ofertas nacionales como para el caso de los precios de las ofertas extranjeras, de que los oferentes presenten sus ofertas valuadas de acuerdo al criterio de los objetos “puestos en el almacén del comprador”.

En definitiva entonces, si bien se optaba en esta ley por la completa eliminación de cualquier margen de preferencia a la industria nacional, lo cual significaba un duro revés para algunas industrias nacionales cuya mayor demanda era la proveniente del Estado, persistía la idea de que era necesario establecer determinadas reglas que contribuyeran a la existencia de una igualdad entre los oferentes.

■ Año 1990 – Ley 16.170

Sin embargo, tres meses más tarde, en diciembre del año 1990, y antes de que entrara en vigor la primera de las reducciones previstas por la ley 16.134, se aprueba la Ley de Presupuesto Nacional 16.170 en la cual, en el artículo 654, se fijaba nuevamente una reducción en los porcentajes a otorgar como margen de preferencia para la industria nacional, pero en una escala diferente, y más importante aún, sin que el objetivo último fuese su eliminación definitiva. Es decir que, de esta manera, quedaba sin efecto la escala de reducciones dispuesta en la ley 16.134 dictada tres meses atrás, y más importante aún, quedaba sin efecto la eliminación de la preferencia prevista en la misma para el año 1992. El artículo 654 de la Ley 16.170 establecía concretamente, una reducción gradual del margen de preferencia establecido en la Ley 13.032. Así es que, partiendo de aquél 40% fijado en esa oportunidad, fijaba la preferencia, a partir del 1ero de Enero del año 1992, en un 10% (previas reducciones graduales a un 25% y a un 15% en enero y julio del año 1991 respectivamente).

Finalmente, un dato no menor es que, en su artículo 653, esta ley modificaba la redacción del artículo 499 de la Ley 15.903, de modo tal que, el mismo quedaba redactado

de manera textualmente idéntica, pero con la sustitución de la mención “pliego particular” por la de “pliego general”.

■ Año 1991 – Ley 16.196

El año 1991, constituye un año clave por cuanto, el 22 de julio, se aprueba por parte del parlamento Uruguayo, la Ley 16.196, en la cual se aprueba la constitución del MERCOSUR, ratificándose así el Tratado y sus cinco anexos suscritos previamente en Asunción, en marzo del mismo año.

Esta situación tiene su importancia en el hecho de que, con la entrada en vigencia del Anexo II del Tratado, quedaba establecido un Régimen General de Origen, que definía detalladamente los criterios a considerar para la determinación del origen de los productos y de los materiales utilizados en su producción.

■ Año 1993 – Decretos 288/93 y 54/93

En el año 1993, a través del Decreto 288, se haría remisión expresa al artículo 1 de este Anexo, para la determinación de la nacionalidad de los productos, a los efectos de la aplicación del Régimen General de Preferencias.

Pero previo al mencionado Decreto, y en el marco de un proceso de ordenamiento y mejora de los procedimientos de compras estatales, se dicta el Decreto 54 a fines de Enero del año 1993, que no era más que un texto ordenado de las normas vigentes al momento. En el mismo, se reafirmaba la importancia de los pliegos en el marco de la aplicación del régimen de preferencias. Por un lado, afianzando la importancia del Pliego Único de Licitación, como complementario a la normativa vigente a la hora de regir la aplicación de las preferencias y por otro lado, el papel de los respectivos pliegos particulares en cada procedimiento, a la hora de determinar eventualmente, los detalles con los cuales presentar la declaración del oferente, respecto del porcentaje de integración nacional implícito en su

oferta.

En lo relativo a las condiciones en las que se hace viable la aplicación de las preferencias, se resumen los conceptos vertidos en la distinta normativa dictada hasta el momento, con la reiteración de tres ideas ya manejadas:

- i) que se asegure a la Administración un normal abastecimiento,
- ii) el cumplimiento de las exigencias de calidad impuestas y,
- iii) la de la existencia, entre las ofertas a comparar, de una paridad en lo relativo a calidad y aptitud.

En el artículo 5, se hace una aproximación al criterio de bien nacional, pero más que nada por oposición, al hablar de aquellos productos que “no se considerarán nacionales”. De todas maneras, se advierte, a los efectos de considerar el componente nacional implícito, la búsqueda de un proceso de transformación verificado en el país. Según disponía este artículo, no serían considerados nacionales aquellos “productos o partes de origen extranjero que se adquieran en plaza ni aquellos que provengan de la importación de sus partes y posterior fraccionamiento, armado o preparación para la venta”.

En lo vinculado a los precios a comparar en sus ofertas y a la metodología a aplicar para la comparación, los artículos 6 a 9 del Decreto establecían una normativa bastante clara. Si bien se mantenía la idea ya establecida de considerar los precios “puestos en el almacén del comprador”, se especificaba que, a tales efectos, debían incluirse todos los gastos requeridos, inclusive todos los tributos que correspondan y también aquellos de los cuales la Administración se encontrase exonerada. Sin embargo, sí se hacía expresa mención a la no inclusión de los impuestos a las transacciones comerciales, ni al IVA (véase nuevamente la separación del IVA del concepto de impuesto a las transacciones), en la determinación de los precios comparativos de las ofertas.

Otro aporte importante era el del artículo 8 del Decreto, en el cual se presentaba, de forma aritmética, la metodología a aplicar para la determinación de los precios fictos ajustados a la preferencia, los cuales iban a ser posteriormente comparados.

Finalmente, otro aspecto importante a destacar de este Decreto es que en su artículo 9, se disponía la inclusión, al momento de la valuación de las ofertas, de cualquier cuantificación monetaria que eventualmente hubiere para los demás criterios de evaluación de las mismas.

En junio de 1993, tiene lugar el Decreto 288 ya mencionado anteriormente. La importancia del mismo radicaba en dos disposiciones claves. La primera respecto del concepto de bien nacional, concepto al cual se llegaba, como ya fuera señalado, mediante remisión expresa al artículo primero del Anexo II del Tratado de constitución del MERCOSUR.

La segunda tiene que ver con la adjudicación, a la Cámara de Industrias del Uruguay (CIU), de la potestad de certificar el origen nacional. Así es que, en los artículos subsiguientes, se determinaba el procedimiento de solicitud y otorgamiento del Certificado de Origen Nacional, por parte de la CIU y a solicitud del proveedor. En este sentido, se otorgaba a la CIU un plazo de cinco días hábiles, posteriores a la solicitud del proveedor, para comunicar la denegación de la referida certificación, tanto al interesado como a la oficina licitante; y se establecía que en caso de no existir la mencionada comunicación en el plazo previsto, se tendría por dada la conformidad de la Cámara respecto del origen del suministro involucrado. Sin embargo, en ningún momento se establecía la obligatoriedad de la presentación de este certificado junto con la oferta, por lo cual, se preveía la posibilidad de que en las 24 horas posteriores a la presentación de las ofertas, cualquiera de los oferentes pudiera solicitar, por escrito, que cualquiera de los restantes oferentes presentase dicho certificado en el caso de resultar adjudicatario, debiendo detallar el fundamento por el cual consideran que el producto o los insumos tienen un origen diferente al declarado en la

presentación de la oferta. Presentada la solicitud, la Administración podía solicitar al oferente cuestionado la presentación del mencionado certificado, debiendo este último solicitarlo a la CIU dentro de las 48 horas siguientes. En caso de que la CIU denegara el certificado, el oferente cuestionado sería pasible de las distintas acciones administrativas, civiles o penales que pudieran corresponder, además de la posibilidad de ser sancionado con una multa o inclusive, en el peor de los casos, con la eliminación del Registro General de Proveedores del Estado.

3.4. Normativa vigente

A la fecha de esta investigación, el Régimen General de Preferencias aplicable a la industria nacional se encuentra definido en la Ley 18.362 del 6 de Octubre del año 2008 y reglamentado por el Decreto 13/009 del 13 de Enero de 2009.

3.4.1. La Ley 18.362

La Ley 18362, del 6 de octubre de 2008, mediante la cual se aprobó la Rendición de Cuentas y el Balance de Ejecución Presupuestal correspondiente al año 2007, significó una nueva instancia, y la última a la fecha, que refiera al tratamiento y reforma del Régimen de Preferencias a la industria nacional.

En lo que hace al ámbito de aplicación del nuevo régimen de preferencias, el artículo 41 de la ley no presenta grandes modificaciones ya que, mantiene lo ya dispuesto en leyes anteriores, o sea la de otorgar una preferencia a los bienes, servicios y obras públicas que califiquen como nacionales, en las contrataciones y adquisiciones de todos los organismos del Estado en general.

De modo que, en primer lugar, esto supone el mantenimiento de la aplicación de un sistema de preferencias en todos los organismos del Estado, tanto para el caso de los bienes, como para el de los servicios y obras públicas.

No obstante lo anterior, resulta destacable de este artículo, y siguiendo con el ámbito de aplicación definido por la nueva reglamentación, la exclusión expresa de la aplicación de la preferencia en las contrataciones y adquisiciones de bienes y servicios realizadas por los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados del dominio industrial, comercial y financiero del Estado, destinadas a servicios que se encuentren en situación de libre competencia. Esta disposición tiene su lógica por cuanto, se trata de no perjudicar, con los sobrecostos que derivan de un eventual otorgamiento de una preferencias a la industria nacional, a aquellos organismos del Estado que por estar en situación de competencia con privados, deben llevar a cabo su actividad con la mayor eficiencia y la mejor utilización de recursos posible, de modo de situar sus productos, bienes o servicios en el mercado de manera competitiva. No debe perderse de vista que, frente a un privado que funciona con una lógica de máxima utilización de sus recursos, la obligatoriedad de otorgar preferencias a la hora de contratar determinados suministros por parte de estos organismos del Estado, que se encuentran en situación de libre competencia, resultaría sumamente perjudicial, desde el momento que obligaría a un nivel de precios más elevado de sus productos en el mercado, de forma de poder soportar los mayores costos que supone el otorgamiento de preferencias.

Pero el análisis del campo de aplicación de las preferencias dispuesto por la nueva normativa debe complementarse con la mención al hecho de que, el mismo regirá tanto para el caso de licitaciones públicas como para el de licitaciones abreviadas y también en las compras directas por excepción, pero siempre y cuando el monto involucrado supere el establecido para la obligatoriedad del pliego único de licitación, o sea 6 veces el monto fijado como tope para la modalidad de contratación directa. Debe destacarse entonces que, se explicita la validez de las preferencias dispuestas, también para aquellos casos en los que, en aplicación de las excepciones previstas en el TOCAF (y analizadas oportunamente en el capítulo II de este trabajo), se lleven a cabo compras directas por excepción que, a su vez, superen el monto establecido para la obligatoriedad del Pliego Único de licitación.

En lo que refiere a las demás condiciones exigibles para que el margen de preferencia resulte aplicable, se prosigue con los requisitos incluidos en las sucesivas disposiciones legales anteriores; la paridad de calidad o aptitud entre las ofertas nacionales y extranjeras. La primera modificación de importancia es la disminución del porcentaje de integración nacional exigido de un 40% a un 35%. Esto implica el acceso a la preferencia, por parte de un rango de proveedores con bajo componente nacional implícito en su oferta que bajo la normativa anterior quedaban excluidos, es decir, aquellos cuyas ofertas presentaran un porcentaje de integración nacional mayor o igual a 35% pero inferior al 40%.

Pero existen otras dos modificaciones, si se quiere de mayor impacto aún, que tienen que ver con los dos elementos fundamentales en la determinación de la fuerza de la preferencia a otorgar, es decir, el porcentaje aplicable y la base sobre la cual el mismo debe aplicarse. En primer lugar, tanto para el caso de bienes, servicios y obras públicas, el margen de preferencia en términos porcentuales “disminuye”, de un 10% a un 8%. Sin embargo, no debe incurrirse en el error de analizar este porcentaje de manera aislada sino que, para cada caso (bienes, servicios y obras públicas), debe considerarse en conjunto con la definición del monto sobre el cual el mismo ha de aplicarse.

Bienes

En el caso particular de los bienes, la disminución mencionada lejos está de significar una baja en las preferencias a otorgar. La causa es que, si bien hay una baja del porcentaje aplicable, se expande la base sobre la cual el mismo se aplica, ya que, deja de ser sobre el porcentaje de integración nacional y pasa a ser sobre el precio de la oferta en su totalidad.

Desde el año 1961 hasta la aprobación de esta ley, la metodología dispuesta por la ley para el cálculo de la preferencia siempre implicó la aplicación del porcentaje de preferencia en cuestión, sobre un monto base correspondiente al porcentaje de integración nacional implícito en la oferta, sin perjuicio de los eventuales mínimos de integración nacional exigidos.

Con esta nueva ley, esta metodología cambia, y la aplicación del porcentaje de preferencia pasa a ser ahora sobre el precio total de la oferta, sobre el 100% de su valor, en el caso de los bienes que califiquen como nacionales, calificación para la cual se establece que el Poder Ejecutivo fijará un requisito mínimo de integración nacional que no podrá ser inferior al 35%. Ello sin perjuicio de que, más adelante, el artículo faculta a dicho Poder, a fijar requisitos adicionales tendientes a asegurar la existencia de un proceso productivo en el territorio nacional.

Esta modificación en el cálculo de la preferencia podrá resultar, dependiendo de cada caso particular, es decir, de la composición de cada oferta en términos de porcentajes de componente nacional y extranjero, en el otorgamiento de una preferencia mayor o menor a la que se obtendría bajo la normativa anterior. Pero, no obstante esto último, no hay duda de que en términos globales la preferencia crece para los eventuales proveedores locales, más concretamente, crece para todos aquellos que presenten un porcentaje de integración superior o igual al exigido para la aplicación de la preferencia, desde el momento que la misma pasa a calcularse sobre la totalidad del precio de la oferta y ya no sobre el referido componente nacional implícito en la misma, como sucedía bajo las diferentes normativas anteriores ya analizadas.

Es decir que, en definitiva, si bien el cambio del 10% al 8% podría llevar engañosamente a creer que la preferencia ha disminuido, esto no es tal, ya que el nuevo porcentaje ahora se ha de aplicar sobre una base mayor: el precio de la oferta.

En efecto, esta modificación sólo significa una disminución de la preferencia para aquellas ofertas cuyo valor nacional implícito sea mayor al 80%, pero significa un incremento en la preferencia para todos los demás casos.

A vía de ejemplo, supóngase una oferta nacional A con un componente nacional implícito del 85%. Con la normativa anterior, la preferencia efectivamente recibida sería de un 8,5% ($10\% \cdot 85\%$). Con la nueva normativa en cambio, la preferencia de la que goce esta

oferta será del 8%, que es el porcentaje establecido uniformemente para todas aquellas ofertas con valor nacional implícito mayor a un 35%.

Así es que, todas aquellas ofertas con un porcentaje de integración nacional mayor al 80% son las que verán disminuida su preferencia en comparación con la que se hubiere recibido bajo la normativa anterior, verificándose además que, a mayor % de integración nacional, mayor será la diferencia entre la preferencia recibida entre la normativa actual y la anterior, es decir, que mayor será la pérdida de la preferencia como consecuencia de la nueva reglamentación.

Pero, si se supone ahora una empresa con un % de integración nacional de un 75%, resulta que la preferencia del 8% dispuesta por la nueva reglamentación, es mayor a la recibida bajo la normativa anterior, que hubiera sido de un 7,5% ($10\% \cdot 75\%$). Y así sucesivamente, la preferencia resultará mayor bajo la nueva normativa que bajo la anterior para todas las ofertas cuyo componente nacional implícito fuera menor al 80%, pero en este caso con una particularidad, si se quiere bastante discutible, que radica en el hecho de que a menor % de integración nacional, mayor es la diferencia entre la fuerza de la preferencia otorgada bajo la nueva normativa y la que hubiere correspondido bajo la normativa anterior.

En lo que respecta a la valuación de las ofertas, se señala que, para la comparación de los precios entre las ofertas que califiquen como nacionales y las que no, deberán considerarse “todos los gastos requeridos para colocar los productos en el almacén del comprador y en igualdad de condiciones”, tal como se establecía ya en las anteriores disposiciones analizadas.

Servicios

Para el caso de los servicios, si bien la ley establece que el margen de preferencia del 8% ha de aplicarse sobre el precio del servicio en cuestión, lo cual hace extensible el análisis realizado para el caso de los bienes, se hace una salvedad respecto de que, en el caso de que el servicio incluya el suministro de bienes, no deberán considerarse en el precio, o sea

en el monto sobre el cual aplicar la preferencia, el precio de los bienes que no califiquen como nacionales.

A estos efectos, se señala además que el pliego general de bases y condiciones de la licitación deberá requerir que el proveedor identifique el porcentaje del precio del servicio correspondiente a los bienes que no califiquen como nacionales, es decir, aquellos que no cumplan con poseer un mínimo de un 35% de integración nacional (criterio aplicable a los bienes según lo visto en párrafos anteriores). O sea que, en el caso de los servicios, la regla general de que la preferencia aplica sobre el precio total de la oferta, no se aplica en aquellos casos donde el servicio incluya la entrega de bienes que no califiquen como nacionales, dado que el valor de dichos bienes, no ha de ser tomado en cuenta al momento de determinar el monto sobre el cual aplicar el porcentaje de preferencia.

Obras públicas

Distinto es el caso de las obras públicas, caso en el cual la ley aclara expresamente que el margen de preferencia del 8% deberá aplicarse sobre la mano de obra nacional y los materiales nacionales. A estos efectos, se señala entonces que los pliegos y bases de condiciones generales deberán establecer la necesidad de que el oferente estime y exprese los porcentajes de mano de obra y materiales nacionales que componen la oferta. A su vez se aclara que, en el caso de los materiales, la calificación de “nacional” o no, se llevará a cabo aplicando el mismo criterio que en el caso de los bienes, es decir que se requerirá que contengan un mínimo de integración nacional del 35%.

Esto significa un avance en la normativa respecto de la preferencia aplicable en el caso de las obras públicas para las cuales, bajo la normativa anterior, la preferencia se remitía exclusivamente al hecho de “preferir” aquellas ofertas con mayor componente nacional, pero previa paridad en todas las condiciones incluyendo el precio, tal cual fuera oportunamente señalado anteriormente.

El artículo 42 de la ley establece, adicionalmente, que el MTOP establecerá regímenes para la inscripción y calificación de empresas en el Registro Nacional de Empresas de Obras Públicas, los cuales deberán ser similares para empresas nacionales y extranjeras. Esta última disposición es en realidad, adicional a lo dispuesto hasta el momento por la Ley 16.736 del año 1996, la cual en su artículo 324 establecía como requisito imprescindible para ofertar y contratar la ejecución de obra pública con el Estado, la presentación del Certificado correspondiente, expedido por el Registro.

Finalmente, debe señalarse, que el Poder Ejecutivo será el organismo encargado de definir los requisitos para la calificación de nacionales o no de las obras públicas y los servicios. Obsérvese que en la ley, sólo se hace referencia a la individualización y exclusión del monto sobre el cual calcular la preferencia de bienes que no califiquen como nacionales en el caso de los servicios; y a la aplicación del margen de preferencia exclusivamente sobre la parte correspondiente a la mano de obra nacional y los materiales nacionales, en el caso de las obras públicas.

Sí se establece en la ley, el criterio para la calificación de nacional o no en el caso de los bienes (35% de integración nacional), criterio que la ley hace extensible para el caso de la determinación de la nacionalidad de los bienes involucrados en los servicios (servicio con entrega de bienes) y en las obras públicas (determinación de la parte correspondiente a los materiales nacionales). Pero es importante tener en cuenta que, en el caso particular de los bienes (y como ya fuera mencionado), se faculta al Poder Ejecutivo a definir requisitos adicionales a los previstos en la ley, con el objetivo de asegurar la existencia de un proceso productivo en el territorio nacional.

En segundo término, cabe destacar que se mantiene lo ya dispuesto en la redacción del artículo 499 dada por la Ley 16.170 en cuanto a que deberá hacerse constar la existencia del margen de preferencia en los pliegos de bases y condiciones generales; y también la mención al respeto de los convenios con los países incorporados a organismos de comercio, comunidades o convenios aduaneros o de integración o de producción a los que esté adherido el país, cuando la compra deba formalizarse en el exterior.

Con este artículo quedan derogadas todas las disposiciones que se opongan a lo que se prevé en esta norma.

3.4.2. El Decreto 13/009

Con fecha 13 de Enero de 2009 se emite el Decreto 13/009, que reglamenta el nuevo régimen de preferencias dispuesto en la ley 18.362.

En el primer artículo se establece que, la aplicación de la preferencia en el precio de las ofertas, sólo tiene validez al momento de la comparación de precios entre una oferta nacional y una no nacional, y únicamente a estos efectos. Esto es una aclaración que resulta importante, porque despeja dudas respecto de cómo opera la preferencia una vez realizada la comparación entre las ofertas nacionales y las no nacionales. Deja claro que no rigen, al momento de la comparación entre ofertas nacionales, los precios fictos obtenidos por la aplicación de la preferencia correspondiente, en una primera instancia de comparación con los precios de las ofertas extranjeras.

Esto resulta más que importante en el caso de los servicios y las obras públicas donde, en virtud de las eventuales diferencias en la composición de la oferta que determinen variaciones importantes en los montos a considerar en la aplicación de la preferencia, podría darse que la comparación entre las ofertas nacionales en función de los precios fictos derivados de la aplicación de la preferencia y aquella realizada entre los precios originales de las respectivas ofertas arrojen resultados diferentes.

Luego del primer artículo recién comentado, el Decreto reglamenta la aplicación de la preferencia separando según se trate de bienes, obras o servicios.

► Bienes

Lo más destacable de lo dispuesto en este Decreto, tiene que ver con el uso que hace el Poder Ejecutivo de la facultad prevista en la ley 18.362 con respecto a la posibilidad de establecer requisitos adicionales para la calificación de “nacional” en el caso de los bienes. Así es que, a la condición establecida originalmente por ley de que el bien cuente con un porcentaje de integración mayor o igual a un 35%, se agrega una nueva condición que debe ser cumplida simultáneamente con la anterior. Se trata de la condición conocida como “salto de partida” y que no es más que la exigencia de que, para que un bien determinado pueda acceder al beneficio de la aplicación de la preferencia en su comparación con aquellos no nacionales, debe, además de cumplir con el mencionado porcentaje de integración del 35%, traer implícito un proceso de transformación tal que le signifique un cambio en la clasificación arancelaria, es decir la constatación de un proceso de transformación que le confiera una nueva individualidad, caracterizada por el hecho de estar clasificada en una partida arancelaria distinta a la que se le otorga a los insumos y materiales importados.

Más adelante, en el artículo 3, se pasa a detallar la fórmula de cálculo del porcentaje de integración nacional, cuestión que ya había sido brevemente explicada en el punto 3.2 de este trabajo. Concretamente el decreto dispone que “se entiende por porcentaje de integración nacional el resultante de la aplicación de la siguiente fórmula:

$$\% \text{ Integración Nacional} = \frac{\text{Precio del bien} - \text{Precio de insumos materiales importados}}{\text{Precio del Bien}} \times 100$$

Se aclara finalmente que la Administración, podrá efectuar las verificaciones o peritajes del caso, por lo cual se le reserva a la misma el derecho de rechazar la calificación de la oferta como nacional.

Respecto de la valuación de las ofertas a comparar se establece, en el artículo 4, que deberán considerarse “todos los gastos requeridos para colocar los productos en almacenes

de comprador y en igualdad de condiciones, de acuerdo a lo establecido en los términos del llamado”.

A su vez se señala, en el artículo siguiente, que no deberán incluirse los importes correspondientes a los aranceles de importación de los cuales el bien se encuentre exonerado y tampoco el impuesto al valor agregado.

Se agrega además (Artículo 7), que en el caso que de los demás criterios de evaluación de las propuestas establecidos en el pliego cuenten con una cuantificación monetaria, la misma deberá sumarse al precio comparativo. Obsérvese que se habla de “precio comparativo”, es decir que, la eventual cuantificación que se tenga de otros elementos contenidos en los criterios de evaluación, deberá adicionarse a los precios resultantes de la aplicación de los artículos precedentes de este Decreto. Es decir, los precios puestos en el almacén del comprador, con las consideraciones definidas en los artículos 4 y 5, y lo que es más importante, en el caso del producto nacional, implica que se trata de aquél precio que se deriva incluso de la aplicación de la preferencia del 8%.

Finalmente, en lo que significa un aporte importante de este Decreto, el artículo 6 detalla la metodología a aplicar en la comparación entre los precios de las ofertas nacionales y las extranjeras. Concretamente, el artículo 6 establece lo siguiente:

Precio comparativo nacional (PCN)

$$PCN = PN - (PN * 0,08)$$

Donde,

PN = Precio del producto nacional puesto en almacenes del comprador.

PCN = Precio comparativo del producto nacional luego de la aplicación de la preferencia a la industria nacional.

De lo anterior se deduce, que el factor (PN*0,08) representa el monto del beneficio, la cuantía de la preferencia, es decir el 8% del precio del producto nacional (PN) puesto en almacenes del comprador, es decir, con las consideraciones incluidas en los artículos 4 y 5 de este decreto.

Precio comparativo del producto que no califica como nacional (PCNN)

PCNN = PNN

Donde,

PNN = Precio del producto que no califica como nacional puesto en almacenes del comprador.

► Servicios

Respecto de los servicios, el aporte del Decreto, radica en la descripción de las características que los mismos deben presentar para ser calificados como nacionales a los efectos de la determinación de la aplicación o no de la preferencia. Así es que, según lo dispuesto en el artículo 8, se considera servicio nacional al prestado:

- a) por una persona física con residencia permanente en el país;
- b) por una persona jurídica constituida de conformidad a la legislación nacional o debidamente constituida en el extranjero con sucursal o representación permanente en el país; o
- c) por un consorcio, cuyos integrantes reúnan las condiciones previstas en el literal anterior.

► Obras

Por su parte, en lo que tiene que ver con las obras, el artículo 9 del Decreto, reafirma lo dispuesto por la ley respecto de que el margen de preferencia se aplicará sobre la mano de obra y los materiales nacionales y establece los criterios a tener en cuenta en la consideración de la calidad de nacional de las obras públicas. Así se dispone que, se considerará obra pública nacional la efectuada por:

- a) una persona física con residencia permanente en el país;
- b) por una persona jurídica constituida de conformidad a la legislación nacional o debidamente constituida en el extranjero con sucursal o representación permanente en el país; o
- c) por un consorcio, cuyos integrantes reúnan las condiciones previstas en el literal anterior.

Finalmente, el Decreto se ocupa de regular el proceso de certificación de la calidad de “nacional” de los bienes, las obras y los servicios.

De esta manera, para el caso de los bienes y los servicios, el artículo 10 del Decreto, comete a la Cámara de Industria del Uruguay, a la Cámara Mercantil y a la Cámara Nacional de Comercio y Servicios, la expedición de los certificados que acrediten la calidad de nacional de los mismos.

Respecto del contenido del certificado en cuestión, se establece, en el artículo 11, que el mismo deberá contener:

- a) nombre de la empresa
- b) descripción del bien y/o servicio
- c) cumplimiento del carácter nacional del bien y/o servicio
- d) número de licitación

e) organismo licitante

El certificado será expedido a solicitud del interesado y las Cámaras habilitadas para su emisión, tendrán un plazo de hasta 10 días hábiles para aceptar o denegar la referida solicitud.

Se establece además que el costo del certificado será de cargo del solicitante del mismo (Artículo 10) y que el mismo deberá presentarse obligatoriamente previo a la apertura de las ofertas, salvo que el pliego disponga lo contrario (Artículo 13).

En lo que refiere a las obras públicas, la expedición del certificado recae en el Registro Nacional de Empresas Públicas, dependiente del Ministerio de Transporte y Obras Públicas (Artículo 12).

Este Decreto deroga los decretos 54/993 y 288/993, analizados oportunamente.

3.5. Márgenes de preferencia a la industria nacional en el marco de los préstamos de los Organismos Internacionales de Crédito

3.5.1. Consideraciones generales

Los Organismos Internacionales de Crédito, son instituciones financieras de carácter multilateral, que otorgan préstamos a sus países miembros con el objetivo declarado de fomentar su desarrollo económico y social, o inclusive, para la resolución de problemas de carácter coyuntural, como por ejemplo, la corrección de eventuales desequilibrios en su balanza de pagos. Se trata de préstamos que se otorgan para el desarrollo de proyectos específicos, que se correspondan con los mencionados objetivos, pero no de manera aislada y sin un fin concreto.

Estos organismos internacionales pueden ser de carácter global, dentro de los cuales deben entenderse comprendidos, por ejemplo, el Banco Mundial (BM) y el Fondo Monetario Internacional (FMI); o regionales, como es el caso del Banco Interamericano de Desarrollo (BID).

Un adecuado análisis de todos los aspectos que hacen al otorgamiento de preferencias a la industria nacional, debe complementarse necesariamente entonces, con el tratamiento del caso particular que representan aquellas contrataciones financiadas con préstamos otorgados por estos organismos, por cuanto las mismas, constituyen una excepción a la aplicación de la normativa legal vigente a nivel nacional.

En el caso del Uruguay, se trata de una excepción a las disposiciones vigentes respecto de los contratos de obra, adquisiciones de bienes o prestación de servicios que otorguen los órganos del Estado, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados en su totalidad, es decir, tanto en lo que respecta al caso del régimen general, tratado en los puntos anteriores, como para el caso particular de las MicroPymes que se analizará en el capítulo siguiente.

En síntesis, debe entenderse que, en estos casos, no aplican las normas tal cual fueron analizadas hasta el momento y las que, respecto del caso particular de las MicroPymes, serán analizadas más adelante.

La situación de excepción descrita en el párrafo anterior, se encuentra prevista en el artículo 42 del TOCAF, el cual dispone que:

“Los contratos de obra, adquisiciones de bienes o prestación de servicios que otorguen los organismos del Estado, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, en aplicación de contratos de préstamos con organismos internacionales de crédito de los que la República forma parte, o de donaciones modales, quedarán sujetos a las normas de contratación establecidas en cada contrato”

O sea que, para el caso de las contrataciones que el Estado realice con fondos adquiridos a través de préstamos otorgados por organismos internacionales de los que forme parte, la disposiciones establecidas en el TOCAF no se aplican y la contratación en cuestión, queda sujeta a las normas establecidas en cada contrato particular, firmado con cada organismo, al momento de negociar las condiciones del préstamo.

Sin embargo, el mismo artículo 42 del TOCAF, luego de exponer una lista no taxativa de todos los aspectos de la contratación que esto incluye, establece una salvedad importante respecto de que, las normas estipuladas en el contrato en cuestión respecto de los procedimientos de selección de ofertas, *“deberán respetar los principios generales de la contratación administrativa”*, haciendo énfasis a su vez en los principios de igualdad de los oferentes y la concurrencia en los procesos administrativos. Es decir que, más allá de que este artículo del TOCAF establece que en estos casos, han de prevalecer las disposiciones estipuladas en los contratos de crédito por encima de las vigentes en el propio texto ordenado, crea una especie de “resguardo” para estos dos principios que resultan fundamentales, en cualquier proceso de contratación que realice el Estado.

Por otra parte, es necesario señalar además que, estas condiciones particulares que se establecen en los contratos individuales que regulan cada préstamo, se ajustan a su vez a normas de carácter general que los organismos internacionales de crédito establecen como marco regulatorio para los mismos. Es decir, que no se trata de condiciones particulares que puedan eventualmente negociarse de forma aislada a todo contexto normativo sino que, por el contrario, éstas deben adecuarse a determinados límites contenidos en las normas de carácter más general antes mencionadas.

Así es que, el único elemento común a estos préstamos, independientemente del organismo de que se trate y con la única condición de que la República forme parte del mismo, es la sujeción de las contrataciones que el Estado realice, mediante la utilización de estas fuentes de financiamiento, a las normas particulares contenidas en el contrato del préstamo y oportunamente negociadas.

3.5.2. El caso del Banco Mundial

A los efectos de proporcionar un caso de referencia a este respecto, pero sin pretender que de ninguna manera el estudio del tema se agote en el análisis de un caso particular, se presenta a continuación el caso del Banco Mundial.

El Banco Mundial es uno de los principales organismos internacionales de crédito. Su fundación data del año 1944, cuando tras la conferencia de Bretton Woods, fueron creados el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) y el Fondo Monetario Internacional (FMI), con el objetivo de delinear los principales aspectos que definirían el sistema financiero internacional en la post guerra.

Mientras el FMI se ocuparía básicamente de los aspectos monetarios, el BIRF, que finalmente comenzaría sus operaciones en junio del año 1946, tendría como objetivo principal el fomento del desarrollo económico.

En la actualidad, el grupo del Banco Mundial, más conocido como “Grupo BM”, está constituido por cinco entidades, dos instituciones de desarrollo con características singulares (las dos primeras) y otra tres que complementan la tarea que éstas desarrollan:

✚ **Banco Interamericano de Reconstrucción y Fomento (BIRF)**

✚ Asociación Internacional de Fomento (AIF)

✚ Corporación Financiera Internacional (CFI)

✚ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)

✚ Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI)

El BIRF, es la institución más grande y antigua de las cinco que integran el grupo. Su función es la de contribuir a la reconstrucción y el desarrollo de los Estados Miembros, principalmente aquellos en vías de desarrollo, otorgando financiamiento y asistencia técnica, con el objetivo último de la reducción de la pobreza.

La propiedad del Banco pertenece a sus países miembros, cuyas suscripciones al capital del mismo, están directamente relacionadas con sus cuotas en el FMI, de modo que, la pertenencia a éste último, es condición necesaria para la integración del BIRF. Esta institución obtiene el 90% de sus recursos con la venta de bonos en los mercados internacionales de capital, y sus préstamos -que deberán ser debidamente garantizados por los gobiernos-, se destinan sólo a fines productivos.

La AIF fue establecida en el año 1960 y es la entidad del Banco Mundial que presta asistencia a los países más pobres. Sus recursos, provienen de las transferencias de ingresos por parte de los gobiernos donantes (generalmente los más ricos, de los 168 que la integran), y los préstamos o créditos (y eventuales donaciones), se otorgan a los países miembros más pobres, aproximadamente 78 países.

En lo que refiere concretamente a la asistencia financiera, se trata de préstamos con largos períodos de amortización y sin intereses, salvo por una pequeña parte destinada a la cobertura de gastos administrativos. Son utilizados principalmente para la financiación de proyectos de desarrollo, destinados a cubrir las necesidades básicas de la población, aunque también se financian proyectos de protección del medio ambiente y de construcción y mejora de la infraestructura, entre otros.

Mientras que las dos entidades anteriores centran su foco de atención en el sector Gobierno, las dos que siguen pueden entenderse incluidas en aquellas que ponen énfasis en el sector empresarial.

La CFI, formada por 181 países, es la institución que se encarga de otorgar financiamiento y servicios de asesoría para el fortalecimiento del sector empresarial en los países en vías de desarrollo, a través del fomento de la inversión privada, tanto nacional como extranjera.

El OMGI por su parte, está formado por 173 países miembros y tiene como su función principal, la de facilitar garantías a empresas que deseen invertir en países con economías de alto riesgo, además de servir como “aval” en proyectos de infraestructura compleja y en la promoción de inversiones entre países en vías de desarrollo.

Finalmente, el CIADI, que se encuentra formado por unos 143 países miembros, es una organización autónoma dentro del grupo, que tiene como función el arbitraje en conflictos del tipo Estado - Inversionista, o sea aquellos, ocurridos entre un Estado contratante y un nacional (individuo o persona jurídica de derecho privado) de otro Estado. Las partes en conflicto pueden acudir voluntariamente al arbitraje del CIADI, aunque no pueden retirarse unilateralmente una vez hayan recurrido al mismo.

3.5.2.1. La contratación pública en el marco de la normativa vigente para los préstamos otorgados por el Banco Mundial

El marco legal de referencia, para la celebración de contratos de préstamo con el Banco Mundial destinados al financiamiento de contrataciones públicas, presenta algunas particularidades en lo que hace a las regulaciones sobre la manera en que éstas pueden llevarse a cabo. Estas regulaciones, como ya fuera señalado, priman a su vez por encima de las eventuales disposiciones contenidas en la normativa legal aplicable a nivel local.

La normativa vigente para las contrataciones con préstamos del BIRF y la AIF prevé como regla general, para el caso de aquellas contrataciones públicas financiadas con préstamos otorgados por la institución, la realización de una licitación pública internacional con el objetivo de seleccionar al co-contratante del Estado, en condiciones de justas e iguales para todos los oferentes.

► Disposiciones respecto del procedimiento aplicable y los documentos de licitación

Respecto de los documentos de licitación, se dispone que en los mismos: “debe proporcionarse toda la información necesaria. para que un posible licitante prepare una oferta con respecto a los bienes que deban suministrarse o las obras que hayan de construirse”. Se destaca además, que deberán proporcionar información clara referente a las bases sobre las cuales han de evaluarse las ofertas.

En lo que tiene hace a las normas y especificaciones técnicas citadas en los documentos, se señala como condición, que las mismas promuevan la competencia lo más amplia posible, a la vez que aseguren claro está, “el cabal cumplimiento de los requisitos de funcionamiento de los bienes o las obras que se contraten”.

Por otra parte, se debe exigir a los licitantes la presentación de ofertas que permanezcan válidas durante un tiempo necesario como para que la entidad contratante, en

este caso prestatario ante el organismo internacional, pueda terminar la comparación y evaluación de las ofertas, y a su vez, pueda examinar con el Banco, la recomendación relativa a la adjudicación, si es que así lo exigiera el convenio del préstamo.

Respecto a la moneda en la cual han de presentarse las ofertas, se establece que los documentos de licitación deben especificar que el licitante pueda expresar el precio de la oferta en cualquier moneda, o incluso, como una sumatoria de monedas distintas (caso en el cual no podrá superarse el uso de tres monedas diferentes).

No obstante lo anterior, se señala que la entidad contratante podrá exigir la expresión del precio de la oferta en moneda local, por la parte del precio que, de aquélla, corresponda a gastos a efectuarse en el país de domicilio de la referida entidad, e incluso, podrá exigir en el caso de las obras, la especificación en moneda local de la oferta en su totalidad. Como contrapartida, se exige a la entidad contratante la especificación en los documentos de licitación, de la moneda a utilizar a los efectos de realizar la comparación de las ofertas y se señala además que, el pago del contrato, deberá hacerse en la moneda en la que se haya expresado el precio de la oferta por parte del licitante seleccionado.

Para el caso particular de las obras, se dispone adicionalmente, que los documentos establezcan la exigencia de la presentación de una garantía por una cantidad suficiente, para proteger a la entidad contratante, en caso de incumplimiento del contrato

Finalmente, en la totalidad de los contratos cualquiera sea su naturaleza, deberán incluirse disposiciones para la liquidación por daños y perjuicios que eventualmente se ocasionaren al contratante, además que se prevé la posibilidad de incluir cláusulas que dispongan el pago de una prima, al contratista o proveedor que termine las obras o entregue los bienes antes de las fechas especificadas en el contrato, “cuando tal terminación o entrega anticipada resulte beneficiosa para el Prestatario (entidad contratante)”

► **Disposiciones respecto de la apertura y evaluación de las ofertas y adjudicación del contrato**

En líneas generales, la normativa dispone en primer lugar, la obligación de que se conceda un plazo para la presentación de las ofertas que resulte suficiente, de acuerdo a las circunstancias particulares al objeto de la licitación. Se impone sin embargo, para las licitaciones internacionales y como regla general, un plazo mínimo de seis semanas a partir de la fecha del llamado a licitación, o a partir de la fecha de la disponibilidad de los documentos de licitación, si esta última fecha fuese posterior a la primera.

En lo que respecta concretamente al acto de apertura de las ofertas, se señala que el mismo deberá coincidir con la hora límite prevista para la presentación de aquellas, y lógicamente, con lo oportunamente señalado en el llamado a licitación.

Se establece además, la imposibilidad de que se efectúen modificaciones sustanciales a las ofertas luego de la apertura de las mismas, con la salvedad de las disposiciones relativas a las eventuales negociaciones, las cuales se admite se realicen con los oferentes, a los efectos de evitar la declaración de una licitación desierta.

Por otra parte se señala que, la evaluación de las ofertas, tiene como objetivo el determinar el costo evaluado como más bajo para el contratista, sin que esto implique necesariamente, que se trate de aquella oferta cuyo precio cotizado resulte ser el menor. Esto por el hecho de que ha de tenerse en cuenta además, la posibilidad de que existan otros factores distintos del precio a considerar en la evaluación, factores que en la medida de lo posible, deberán expresarse en términos monetarios o al menos deberá asignárseles una ponderación relativa en los documentos de licitación. Para el caso particular de las obras incluso, se destaca que la evaluación de las mismas deberá hacerse estrictamente en términos monetarios, no resultando aceptable ningún procedimiento en virtud del cual se descalifiquen automáticamente las ofertas que se sitúen por encima o por debajo de un nivel predeterminado.

Se establece además, la exigencia de especificar en los documentos de licitación, los criterios a utilizar para una eventual poscalificación de los licitantes, esto para el caso en que no haya habido una instancia previa a tales efectos.

La adjudicación de los contratos, deberá realizarse a favor de aquél licitante cuya oferta, responde sustancialmente a los requisitos exigidos en los documentos de licitación y representa el costo más bajo evaluado

Los detalles de la referida adjudicación, deberán publicarse por parte del contratante, dentro del plazo de dos semanas después de recibida la “no objeción” del Banco respecto de la recomendación de adjudicación del contrato.

Se prevé también, la posibilidad de que se verifique un rechazo de todas las ofertas (“licitación desierta”), cuando las mismas “no responden esencialmente a lo solicitado”, o cuando los precios cotizados en ellas “sean sustancialmente más elevados que los presupuestos disponibles”. No obstante, y como se había comentado unos párrafos antes, se establece que la entidad contratante podrá negociar con el licitante que haya presentado la oferta evaluada como la más baja, para tratar de obtener un contrato satisfactorio mediante el acuerdo de condiciones que se traduzcan en una reducción del precio, de modo de evitar en lo posible el rechazo de todas las ofertas. Se aclara al respecto de las alternativas descritas, que para la iniciación de negociaciones con el licitante que hubiere presentado la oferta más baja o para el rechazo de todas las ofertas y un nuevo llamado a licitación, deberá obtenerse el acuerdo previo del Banco.

Finalmente, debe señalarse que se habilita en determinadas ocasiones muy particulares, la realización de una “licitación pública internacional modificada”, es decir, con algunas diferencias respecto de aquél procedimiento establecido como regla general. Se admite el uso de esta opción, para el caso de que se trate de un préstamo en el cual se prevea el financiamiento de un programa de importaciones y en oportunidad de la realización de contratos de monto elevado; o también, para el caso de licitaciones destinadas a la adquisición de productos básicos.

Además, la normativa también prevé la utilización, bajo determinadas condiciones, de otros métodos de contratación alternativos, los cuales exceden el objeto de análisis de esta investigación. Se trata de los métodos de “Licitación Internacional Limitada”, “Licitación Pública Nacional”, “Comparación de Precios” y “Contratación Directa”.

3.5.2.2. Las preferencias a la industria nacional en la normativa vigente del Banco Mundial

En el marco de la normativa legal vigente, resulta de particular interés para el desarrollo de esta investigación, el análisis de aquellas disposiciones respecto del otorgamiento de preferencias a la industria nacional, contenidas en la normativa general que rige los préstamos otorgados por este organismo

En líneas generales, se establece en la normativa, “que a solicitud del Prestatario, y con sujeción a las condiciones que han de establecerse en el convenio del Préstamo y especificarse en los documentos de licitación, podrá otorgarse un margen de preferencia en la evaluación de las ofertas a:

- *los bienes fabricados en el país del Prestatario cuando se comparen las ofertas de tales bienes con las de bienes fabricados en el extranjero, y*
- *obras en países miembros cuyo PNB¹⁶ per cápita esté por debajo de un nivel especificado (especificado por el Banco), cuando se comparen ofertas de contratistas nacionales elegibles, con las de contratistas extranjeros*

Cuando bajo alguna de las condiciones generales descritas, y en el marco de una Licitación Pública Internacional, se prevea la aplicación de preferencias en beneficio de la industria local, deberán seguirse las disposiciones particulares detalladas en el “Apéndice 2”.

¹⁶ PNB: *Producto Nacional Bruto*

■ “Apéndice 2”

En dicho Apéndice, las disposiciones se presentan en forma separada según se trate de preferencias a otorgar a “bienes de fabricación nacional” o a “contratistas nacionales”.

a) Disposiciones particulares para el caso de preferencias a otorgar a bienes de fabricación nacional.

En lo que refiere al método de comparación de las ofertas, la metodología dispuesta implica, en primer lugar, la clasificación de las mismas en tres grupos a saber:

- GRUPO A _ Ofertas de bienes fabricados en el país que verifiquen simultáneamente, y a satisfacción del licitante y del Banco, que:

i) la mano de obra, las materias primas y los componentes provenientes del país del Prestatario, representarán más del 30% del precio EXW¹⁷ del producto ofrecido, y

ii) la fábrica en la que se fabricarán o armarán tales bienes ha estado produciendo o armando productos de ese tipo, por lo menos desde la época en que el licitante presentó su oferta.”

A modo de adelanto, vale decir que aquellas ofertas que califiquen dentro de este grupo por cumplir con las mencionadas condiciones, son aquellas a favor de las cuales se aplicará la preferencia en el caso que resulten desplazadas, en primera instancia, por ofertas de bienes fabricados en el extranjero y únicamente en su comparación con estas últimas.

GRUPO B _ “Todas las demás ofertas de bienes fabricados en el país del Prestatario”

¹⁷ *Ex – Works*: Precio del producto puesto a disposición del comprador, en la fábrica del vendedor.

GRUPO C _ “Ofertas de bienes fabricados en el extranjero que ya han sido importados o que se importarán directamente”

Así clasificadas las ofertas, la metodología dispone la comparación de las mismas al interior de cada grupo, a los efectos de determinar la oferta evaluada como más baja, dentro de cada uno de ellos.

Una vez realizada esta primera comparación, corresponde la comparación entre sí de las ofertas que hayan resultado seleccionadas. Esta segunda comparación, puede arrojar dos resultados con diferentes consecuencias para el procedimiento. Esto por cuanto, si la oferta evaluada como la más baja resulta ser una de aquellas provenientes de los Grupos A ó B (ofertas nacionales), la misma será la oferta seleccionada, no siendo necesario el cumplimiento de ninguna etapa adicional a estos efectos y sin que se verifique la aplicación de preferencia alguna. En cambio, si la oferta que resulte seleccionada es aquella proveniente del Grupo C, es decir, del grupo integrado por las ofertas de bienes fabricados en el extranjero, el procedimiento deberá cumplir un paso más: el de la aplicación de la preferencia a favor de las oferta del Grupo A en su comparación con la oferta extranjera en cuestión.

O sea que, en otra palabras, la metodología establece que en caso de que la oferta favorecida en la comparación entre aquellas seleccionadas en cada grupo, fuera de bienes fabricados en el país, la misma resultará seleccionada automáticamente, ya sea que pertenezca a cualquiera de los dos grupos A ó B; pero si en cambio, la oferta seleccionada resulta ser de bienes fabricados en el extranjero, corresponde la aplicación de la preferencia a favor de aquella de las dos ofertas nacionales, que por cumplir con las condiciones exigidas, goce del beneficio de la aplicación de la preferencia, o sea aquella proveniente del Grupo A.

Desde el punto de vista si se quiere “matemático”, la preferencia a aplicar implica la adición, al precio evaluado de todas las ofertas extranjeras, de un 15% más sobre el precio

CIP¹⁸. De esta última comparación, es decir, aquella entre los precios fictos de las ofertas del Grupo C resultantes de esta operación con la oferta evaluada como más baja del Grupo A, es que resultará el licitante seleccionado.

Cabe destacar nuevamente, que el precio CIP no tiene por qué coincidir necesariamente con el precio evaluado, el cual puede ser producto de la expresión monetaria de otros criterios de evaluación distinto del precio.

En lo que hace a la valuación de las ofertas, la normativa del Banco Mundial, dispone que, el precio cotizado por los licitantes del Grupo A y B “debe incluir todos los derechos e impuestos pagados o pagaderos por los materiales o componentes comprados en el mercado nacional o importados, pero deben excluir el impuesto sobre las ventas y otros impuestos semejantes que se apliquen al producto terminado.”

Por otra parte, el precio cotizado por los licitantes del Grupo C deberá ser el precio CIP, “excluidos los derechos de aduana y otros impuestos de importación ya pagados o por pagarse.”

Finalmente, debe destacarse que el margen de preferencia, no aplica en el caso de “los contratos de responsabilidad única o de tipo de llave en mano, para el suministro de una cantidad definida de elementos de equipamiento así como de instalaciones complejas y/o servicios de construcción”.

Deben hacerse tres puntualizaciones respecto a la metodología descrita, que la diferencia de la hoy utilizada, en el marco del régimen general vigente en el Uruguay.

En primer lugar, la existencia de tres grupos de ofertas: i) el de las ofertas de bienes fabricados en el país que cumplen con las condiciones necesarias para beneficiarse eventualmente con el otorgamiento de preferencias, en su comparación con las ofertas

¹⁸ CIP: Carriage and Insurance Paid to: Precio del producto con transporte y seguro a cargo del vendedor.

extranjeras; ii) el de las ofertas de bienes fabricados en el país que, por no cumplir con dichas condiciones, no pueden gozar de la preferencia en su comparación con las extranjeras, pero que sin embargo, tampoco pueden verse perjudicadas por la aplicación de las mismas, en favor de los bienes del primer grupo; y iii) la de las ofertas extranjeras, en contra de la cuales sí opera la preferencia a favor de las ofertas del primer grupo.

Vale recordar a este respecto, que la normativa legal vigente en el Uruguay, distingue entre dos grupos: ii) el de las ofertas que, por cumplir con las condiciones califican como nacionales; y ii) el de las ofertas que, por no cumplir con dichas condiciones, no califican como tales. En favor de las primeras, y en contra de estas últimas, es que opera la preferencia en el Uruguay. Se advierte entonces que, el “Grupo B” de la normativa del Banco Mundial, no se encuentra contemplado en la normativa uruguaya, la cual ubicaría a estas empresas en el grupo de las que no califican como nacionales, o sea, que podría decirse que se asimilan a aquellas que la normativa del Banco incluye en el “Grupo C”.

En segundo lugar, otra diferencia importante de tipo metodológico, tiene que ver con la manera en la cual se efectúa la comparación de precios, en caso de que aplique la preferencia.

Bajo la normativa vigente en el Uruguay, la metodología implica el cálculo de precios fictos para las ofertas calificadas como nacionales, descontando de las mismas el porcentaje de preferencia definido. En cambio la normativa vigente en los textos del Banco Mundial, si bien implica también el cálculo de precios fictos, dispone que los mismos sean calculados a partir de la adición del porcentaje de preferencia a las ofertas extranjeras, y no a partir de la determinación de precios fictos para las ofertas calificadas como nacionales.

Una tercera diferencia tiene que ver, por un lado, con el porcentaje mínimo exigido de un 30% de componente nacional en el caso de la normativa que rige los préstamos del Banco Mundial, en comparación con el 35% exigido por la normativa uruguaya; y por otro lado, con la existencia en la normativa del Banco Mundial, de una condición de “previa existencia” en el territorio nacional para la fábrica en la que se producirán o armarán los

bienes. No se hace en cambio en este último caso, ninguna mención a la segunda condición recientemente vigente para el caso de las preferencias a la industria nacional en el Uruguay, es decir, aquella conocida como “salto de partida”.

b) Disposiciones particulares para el caso de preferencias a otorgar a contratistas nacionales.

En el caso de los contratos para la ejecución de obras, podrá otorgarse previa aprobación del Banco, una preferencia a los contratistas nacionales de un 7,5%.

A estos efectos, la metodología aplicable radica en la definición de una clasificación, propuesta por el Prestatario en base a determinados criterios, y aceptada por el Banco, de modo de que se logren separar las ofertas de los contratistas nacionales en dos grupos:

- Grupo A _ “ofertas de contratistas nacionales que cumplan con los requisitos para la preferencia”.
- Grupo B _ “ofertas de otros contratistas”.

Se exige, a todos los contratistas que soliciten la preferencia, que en una etapa de precalificación suministren toda la información necesaria para determinar si califican o no entre los posibles beneficiarios de la preferencia (Grupo A).

Una vez clasificadas las ofertas en ambos grupos se procede a la comparación de las mismas, entre todas, pero adicionando a las provenientes del Grupo B, un 7,5% de su respectivo monto.

Es importante recordar que, bajo la normativa vigente en el Uruguay en virtud de la Ley 18.362 del año 2008 y el Decreto 13 del año 2009, la preferencia para el caso particular de aquellas obras que califiquen como nacionales, se calcula también mediante la determinación de un precio ficto para las obras que califiquen como nacionales, aunque en

este caso, dicho precio se calcula sobre el porcentaje de mano de obra y los materiales nacionales y no sobre el precio de la oferta como sucede en el caso de los bienes.

(Respecto del caso de bancos que otorgan préstamos a nivel regional, como el BID, y particularmente en este último caso, si bien no fue posible acceder a la normativa que rige los contratos de préstamo, cabe destacar que por parte de representantes de la institución se manifestó que la misma, no admite la aplicación de márgenes de preferencia a la industria nacional, en contrataciones del Estado financiados con préstamos otorgados por el Organismo).

Capítulo IV – CASO PARTICULAR: LOS MÁRGENES DE PREFERENCIA A LAS MICROPYMES

4.1. Objetivos del capítulo

En el Uruguay, desde el año 2006, existe una normativa específica destinada a la regulación de la aplicación de los márgenes de preferencia a la Micro, Pequeña y Mediana Empresa (MicroPyme). Esto determina, que la aplicación de las preferencias para el caso de oferentes nacionales que revistan esta calidad, presenta algunas variantes respecto del régimen general aplicable a la industria nacional en general, el cual fuera analizado en el capítulo precedente.

El objetivo de este capítulo es entonces, presentar la evolución que dicha normativa ha tenido desde el año 2006, de modo de sentar las bases para el estudio, más adelante en este trabajo, del impacto que la nueva reglamentación puede llegar a tener para este sector en particular. En definitiva, se pretende completar así, la exposición de la normativa vigente en el Uruguay respecto de la aplicación de las preferencias a la industria nacional.

4.2. MICROPYMES en el Uruguay

Las micro, pequeñas y medianas empresas, constituyen en el Uruguay la enorme mayoría de su sector empresarial. Esta importancia se ve acrecentada, si sumamos a lo anteriormente referido, el sector informal de la economía, en el cual predominan los micro emprendimientos.

Así es que estas empresas, son importantes también por la cantidad de puestos de trabajo que generan. Se estima que aproximadamente el 50% de la mano de obra del país, trabaja en micro y pequeñas empresas y alrededor de un 20% más lo hace en las medianas.

Por lo anterior, y por la significativa contribución que estas empresas hacen a la riqueza nacional y a la equidad, es que cualquier política de desarrollo para el país, debe idealmente tener en cuenta la importancia que este tipo de empresas representan en el universo de la actividad económica nacional.

En suma, dada la relevancia adquirida por este tipo de empresas en la actividad económica del país, y la herramienta que para el Estado significan las compras estatales como política de fomento y desarrollo de la economía, es que resulta indispensable que la ley se ocupe del establecimiento de una normativa específica destinada al desarrollo de este sector en particular.

Los criterios para categorizar a una empresa como MicroPyme en el Uruguay han evolucionado a lo largo del tiempo. Inicialmente, y en virtud de los Decretos 54 del año 1992 y 266 del año 1995, se adoptaron tres indicadores a considerar a los efectos de establecer la calidad o no de MicroPyme para una empresa determinada. Estos tres indicadores eran:

- i) personal empleado,*
- ii) ventas máximas anuales netas en USD, y*
- iii) activos máximos en USD.*

La coexistencia de estos tres indicadores, representaba una dificultad importante por cuanto la norma, no establecía como proceder en el caso de que una empresa cumpliera alguno y no todos los criterios señalados. En la práctica, esto se solucionaba mediante la aplicación de un único criterio, que resultaba siendo en la mayoría de los casos, el de personal ocupado.

En la actualidad, y desde diciembre de 2007, en aplicación del Decreto 504 de ese año, los criterios quedaron reducidos a los dos primeros, vale decir, personal ocupado y ventas anuales. Por otro lado, en lo que tiene que ver con el segundo criterio aplicable, se

modificó la unidad de medida a considerar, ya que las ventas máximas anuales netas, deben ser consideradas ahora en UI (Unidades Indexadas) y ya no en USD.

En síntesis, a la fecha son dos los criterios que, en virtud del Decreto 504/007, deben considerarse a los efectos de categorizar a una empresa como MicroPyme:

- i) personal ocupado y;**
- ii) ventas anuales (excluido el IVA)**

Concretamente, la reglamentación dispone la siguiente clasificación:

* **MICROEMPRESAS:** Son las que ocupan no más de cuatro personas y cuyas ventas anuales (excluido el IVA), no superan los dos millones (2.000.000) de unidades indexadas.

* **PEQUEÑAS EMPRESAS:** Son las que ocupan no más de diecinueve personas y cuyas ventas anuales excluido el IVA, no superan el equivalente a diez millones (10.000.000) de unidades indexadas.

* **MEDIANAS EMPRESAS:** Son las que ocupan no más de noventa y nueve personas y cuyas ventas anuales excluido el IVA, no superan el equivalente a setenta y cinco millones (75.000.000) de unidades indexadas.

Para la certificación correspondiente de la calidad de MicroPyme, el órgano competente designado es la Dirección Nacional de Artesanías, Pequeñas y Medianas Empresas (DINAPYME), dependiente del Ministerio de Industria, Energía y Minería, la cual, previa solicitud de la parte interesada, podrá otorgar certificados cuya validez no podrá ser superior al año.

4.3. Antecedentes normativos

▀ Ley 18172

Como ya se hiciera referencia, la primera normativa referida a márgenes de preferencia para MPYME en la legislación uruguaya, data del 24 de octubre de 2006. Concretamente, se remonta a la ley 18.046 correspondiente a la rendición de cuentas y balance de ejecución presupuestal del ejercicio 2005.

En el artículo 136 de la referida ley, se establece por primera vez un régimen particular de preferencias a las micro, pequeñas y medianas empresas en las compras del Estado uruguayo, distinto al régimen general vigente a esa fecha para el resto de la industria nacional. Este artículo, establecía una prioridad en las contrataciones y adquisiciones realizadas por los Poderes del Estado, organismos públicos, entes autónomos, servicios descentralizados y Gobiernos Departamentales, a los bienes, servicios y obras públicas fabricados o brindados por estas empresas.

La prioridad referida, ascendía a un 20% sobre el valor agregado nacional del bien, obra o servicio en cuestión, a condición de que las mismas calificaran como nacionales y se encontraran en igualdad de condiciones con la mejor oferta realizada.

A su vez, se establecía, ya en el mismo texto de la ley, el criterio para la calificación de “nacional” en el caso de los bienes. Al respecto se disponía que, para adquirir dicha calidad, los productos ofrecidos debían integrar un porcentaje no menor al 30% de valor agregado nacional y provocar un cambio de partida en la clasificación arancelaria. En cambio, para el caso de las obras públicas y servicios, se cometía al Poder Ejecutivo la definición de los criterios a considerar al momento de la determinación de su nacionalidad a los efectos de la aplicación o no de la preferencia dispuesta.

Si se efectúa una comparación con lo dispuesto por la normativa vigente en ese momento (año 2006) para el resto de la industria nacional, cabe recordar, la Ley 16.170 y el

Decreto 288/993, se pueden identificar algunos de los aspectos más salientes, que hacen a la particularidad del régimen aplicable a las MPYME, en virtud de la Ley 18.046 que se está analizando.

En primer lugar, y como se habrá advertido ya, la diferencia más importante radica en el margen de preferencia aplicable a este tipo de empresas en su competencia con oferentes extranjeros, el cual, a diferencia del 10% vigente en ese momento para el resto de la industria nacional, es en el caso de las MPYME un 100% mayor, o sea, de un 20%. En segundo lugar, hay otra diferencia destacable, que tiene que ver con el porcentaje mínimo de integración nacional exigido como condición para la calificación de nacionalidad de los bienes, ya que, para el caso particular de las MPYME, la ley dispone que éste sea de un 30%, a diferencia del 40% que al momento era exigido bajo el régimen general aplicable al resto de la industria nacional. En tercer lugar, otra diferencia destacable tiene que ver con la condición, adicional a la anterior, que esta ley imponía para la referida calificación como nacional de los bienes ofrecidos por este tipo de empresas, para poder acceder al beneficio de la aplicación de la preferencia. Esto por cuanto, además de la exigencia del mínimo de integración nacional del 30%, se agregaba la condición de que el bien provocara un cambio de partida, tal cual sucede en la actualidad también para el caso del régimen general.

En cambio, no había diferencias en lo que tiene que ver con el monto sobre el cual aplicar el porcentaje de preferencia definido, ya que el mismo debía calcularse sobre el valor agregado nacional, lo cual era concordante con lo definido en el régimen general a ese momento, al punto tal que la misma ley que regula las preferencias a las MPYME, se remite para la definición de dicho valor, al artículo 374 de la Ley 13.032 del año 1961, estudiado en el capítulo anterior en el marco de la evolución de la normativa relativa a preferencias a la industria nacional en general. Recuérdese que recién en el año 2008, se introduce en el régimen general, la nueva metodología de cálculo bajo la cual el porcentaje de preferencia resulta aplicable en la actualidad, al total de valor de la oferta de los bienes, con excepciones en el caso de los servicios y las obras públicas.

Por otro lado, tampoco había diferencias en lo que refiere al ámbito de aplicación de la preferencia, desde el momento en que la Ley 18.046, establecía el mismo que existía hasta el momento para la aplicación del margen de preferencia a la industria nacional bajo el régimen general, o sea, la consideración del margen de preferencia aplicable a este tipo de empresas, cuando correspondiese, en todas aquellas contrataciones y adquisiciones realizadas por Poderes del Estado, organismos públicos, entes autónomos, servicios descentralizados y Gobiernos Departamentales.

Finalmente, la ley cometía a la DINAPYME (Dirección Nacional de Artesanías, Pequeñas y Medianas Empresas), la coordinación de acciones para el cumplimiento de lo dispuesto en todo el territorio nacional.

► **Ley 18172**

Siguiendo adelante con el análisis, se llega al 31 de agosto de 2007, fecha en la que, el artículo 198 de la ley 18.172, correspondiente a la rendición de cuentas y balance de ejecución presupuestal del ejercicio 2006, modifica la redacción del artículo 136 de la Ley 18.046.

De la lectura del mencionado artículo, lo primero que se advierte es que se excluía, de la obligación de otorgar preferencia a las micro, pequeñas y medianas empresas en sus contrataciones y adquisiciones, a aquellas áreas del sector público que se encuentran en competencia directa. Esto significó un avance respecto de la normativa existente al momento, no sólo en la legislación particular respecto del sector de las MPYME, sino también en su comparación con el marco general vigente para el caso del otorgamiento de preferencias a la industria nacional en general, régimen para el cual, recién con la aprobación de la Ley 18.362, sería incluida esta salvedad respecto de las áreas del Estado que se encuentran en situación de competencia directa.

Pero lo más innovador de esta ley, y que dota de una particularidad aún mayor a la consideración de las MPYMES en los procesos de contratación y adquisición del Estado

uruguayo, es la diferenciación entre dos escenarios alternativos para el establecimiento del porcentaje a aplicar, el primero de los cuales, determinaba para estas empresas la existencia de un beneficio también en su competencia con oferentes nacionales que no revistieran la calidad de MPYME.

Más concretamente, la ley establecía una diferenciación según la comparación de precios fuera entre una oferta presentada por una MPYME de carácter nacional y otra oferta presentada por una empresa extranjera; o entre una oferta presentada por una MPYME de carácter nacional y otra empresa de carácter nacional no MPYME.

En el primer caso, es decir, cuando una oferta de una MPYME de carácter nacional fuese a compararse con la oferta de una empresa extranjera, se establecía un margen de preferencia a aplicar de un 20% para la primera.

En el segundo caso en cambio, al momento de la comparación entre una oferta de una MPYME de carácter nacional con la oferta de otra empresa nacional no MPYME, el referido margen de preferencia se establecía en un 10%.

En lo demás, esta ley repite lo ya dispuesto en la ley 18.046. Es decir, que se mantiene la vigencia del artículo 374 de la ley 13.032, respecto de la manera en la cual determinar el referido porcentaje de integración nacional y la condición de que las ofertas presentadas califiquen como nacionales y se encuentren en igualdad de condiciones con la mejor oferta realizada, para poder acceder al beneficio de la aplicación de la preferencia.

Asimismo, se mantienen los criterios ya dispuestos en la Ley 18.046, para la determinación de la calidad o no de nacional de las ofertas, esto es, el cumplimiento de la doble condición simultánea en el caso de los bienes (mínimo del 30% de integración nacional y cambio de partida en la clasificación arancelaria), y el encargo al Poder Ejecutivo, de la definición de los criterios aplicables en el caso de las obras públicas y los servicios.

Finalmente, se reitera el mandato a la DINAPYME, dependiente del Ministerio de Industria, Energía y Minería, de coordinar las acciones para el cumplimiento de todo lo dispuesto.

4.4. Normativa vigente

- **Ley 18362 / Decreto 800/008**

La normativa vigente a la fecha, se encuentra recogida en el caso particular de las preferencias aplicables a las MPYME, en la Ley 18.362 del 6 de Octubre del año 2008 (la misma por la cual se regula el régimen general) y en el Decreto 800/008 del 29 de diciembre del mismo año. Más concretamente, el artículo 46 de ley 18.362, modifica la redacción del artículo 136 de la Ley 18.046, en la redacción dada a su vez por el artículo 198 de la Ley 18.172.

En lo que tiene que ver con el ámbito de aplicación del régimen, se establece la aplicación de una *“prioridad”* (preferencia) a los bienes, servicios y obras públicas, fabricados o brindados por micro, pequeñas y medianas empresas, en las contrataciones y adquisiciones realizadas por los Poderes del Estado, Entes Autónomos, Servicios Descentralizados, Gobiernos Descentralizados, Gobiernos Departamentales y “otros organismos públicos”, con la excepción de aquellas áreas que se encuentren en situación de competencia directa con privados. Respecto de esto último, el Decreto 800 agrega en su artículo 3, la necesidad de que en caso que la preferencia no resulte aplicable por este motivo, deberá dejarse constancia expresa de esta situación en el pliego particular o en las condiciones de adquisición del bien, servicio u obra pública. Pero en líneas generales entonces, vale decir que no hay, en lo que hace al ámbito de aplicación del régimen, ninguna innovación destacable respecto de lo ya dispuesto en las leyes precedentes de los años 2006 y 2007.

Respecto de los porcentajes de preferencia aplicables y al monto sobre el cual los mismos deben recaer, se mantiene la consideración de los dos escenarios alternativos ya previstos en la Ley 18.172. Esto es, un 20% de preferencia sobre el porcentaje de integración nacional “siempre que exista al menos una oferta que no califique como nacional” y un 10% a aplicar para el caso de que todas las ofertas califiquen como nacionales.

Por otro lado, se aclara ya en la redacción del artículo 46 de la ley, que estos porcentajes no son acumulativos a los dispuestos por el artículo 374 de la Ley 13.032, es decir, al porcentaje aplicable en el régimen general de protección a la industria nacional, que en virtud de la presente ley, quedaba establecido en un 8% sobre: *i)* el precio del bien nacional puesto en almacenes del comprador para el caso de los bienes; *ii)* el precio de los servicios con exclusión de los bienes que no califiquen como nacionales (si hubiera entrega de bienes) en el caso de los servicios; y *iii)* el porcentaje de mano de obra nacional y materiales nacionales en el caso de las obras.

Sin embargo, un aspecto muy importante a considerar, lo agregaría más adelante el Decreto 800/008 en su artículo 14. Según lo dispuesto en este artículo, en el cual se reafirma lo establecido en ley respecto de que la preferencia particular prevista para este tipo de empresas no es acumulable a la prevista por el Régimen General, el organismo adquirente deberá optar por el régimen que resulte más beneficioso para la MPYME. O sea que, en definitiva, este régimen particular de protección para este tipo de empresas, no es de aplicación obligatoria para el organismo licitante, sino que por el contrario, el régimen aplicable será aquél que le signifique a estas empresas el mayor beneficio, de entre este régimen particular y el régimen general vigente para el resto de la industria nacional, en virtud del artículo 41 de la Ley 18.362. Es por esta razón, que se dispone adicionalmente que, en el caso de licitaciones públicas, abreviadas y compras directas por causales de excepción que superen el límite del monto establecido para la obligatoriedad del pliego único de licitación, las MPYME, deberán presentar el certificado que califica como nacional al bien, servicio u obra pública, previsto en el Decreto reglamentario del artículo 41 de la ley 18.362, presentación que deberá efectuarse antes de la apertura de la oferta, salvo que el pliego disponga lo contrario.

En el sentido de aportar a la comprensión de lo expresado en anteriormente, cabe destacar, que la posibilidad de que un MPYME pueda en determinadas circunstancias verse mayormente beneficiada bajo la aplicación del régimen general que bajo la aplicación del régimen particular previsto para este tipo de empresas, radica en la diferencia ya señalada en la metodología de cálculo, en lo que hace al monto sobre el cual aplicar el porcentaje de preferencia definido. Esto es, sobre el precio, en el caso del régimen general y sobre el porcentaje de integración nacional, en el caso del régimen particular para MPYME, lo que hace que, en determinadas circunstancias, pueda resultar más beneficioso para la empresa en cuestión la aplicación del 8% de preferencia sobre el precio total de la oferta (régimen general), que la del 10% de preferencia sobre el porcentaje de integración nacional.

Obsérvese entonces, como diferencia fundamental a tener en cuenta entre el régimen de preferencias previsto para las MPYME y aquél definido previamente para el resto de la industria nacional en general, el hecho de que la aplicación de los porcentajes definidos por la ley deberá realizarse, en el caso particular de las MPYME sobre el porcentaje de integración nacional, que el oferente deberá declarar en su oferta de acuerdo a lo dispuesto en los respectivos pliegos particulares, y no sobre el precio total de la oferta como ocurre en el caso del régimen general dispuesto en el artículo 41 de la ley.

En el artículo 10 del Decreto 800/008, se detalla la metodología aplicable a los efectos de la determinación de los precios comparativos de los bienes, obras o servicios en cuestión. Concretamente se establece al respecto lo siguiente:

$PCPYME = PPYME * (\% CIN * 0,80 + \%CE)$ si existe al menos una oferta que no califique como nacional

$PCPYME = PPYME * (\% CIN * 0,90 + \% CE)$ cuando las demás ofertas califiquen como nacionales

Donde,

PCPYME: Precio de comparación MPYME

PPYME: Precio MPYME

CIN: Componente de integración nacional

CE: Componente extranjero

Finalmente, se mantienen también los criterios a considerar al momento de la calificación de la calidad de nacional o no de los bienes, o sea, la necesidad del cumplimiento de la doble condición simultánea de 30% de integración nacional y cambio de partida en la clasificación arancelaria los bienes, además de la igualdad de condiciones con la mejor de las ofertas presentadas, para el caso de los bienes; así como también se repite la delegación en el Poder Ejecutivo de los criterios a considerar para el caso de las obras y los servicios. El artículo 9 del Decreto, establece a su vez que, por “igualdad de condiciones”, deberá entenderse aquella que el organismo contratante o adquirente especifique en el pliego de condiciones o en las especificaciones de la compra directa.

Complementando lo anterior, se agrega además en los artículos 7 y 8 del Decreto, la definición de los criterios a considerar para la determinación de la calidad o no de nacional en el caso de los servicios y las obras públicas.

En este sentido, respecto de los *servicios*, la única disposición existente es la no consideración, a los efectos de la aplicación de la preferencia, de aquellos bienes que no califiquen como nacionales en aquellos casos en que el servicio incluya la entrega de bienes.

Agrega el decreto que: “no se considerará integración nacional a los productos extranjeros o las partes extranjeras que se adquieran en plaza ni aquellos que provengan de la importación de sus partes y posterior fraccionamiento, armado o preparación para la venta”; pudiendo la Administración efectuar las verificaciones o peritajes del caso y eventualmente rechazar la oferta en forma fundada. Así como también, el primer artículo del Decreto, establecía la consideración de la preferencia “cuando exista coincidencia entre productor y oferente”.

Respecto de las *obras públicas*, el artículo 8 del Decreto dispone que, el margen de prioridad definido, *“se aplicará sobre el porcentaje de mano de obra nacional y materiales nacionales que componen el precio de la oferta, debiendo el oferente expresar los porcentajes de integración respectivos”*.

El artículo 11 del Decreto por su parte , comete a la Cámara de Industrias del Uruguay, a la Cámara Mercantil y a la Cámara Nacional de Comercio y Servicios del Uruguay la expedición de los certificados que acrediten el carácter nacional de los bienes y el porcentaje de integración nacional implícito. Según lo dispuesto por el artículo 12, el referido certificado deberá contener, entre otras cosas:

- a) nombre de la empresa
- b) descripción del bien
- c) cumplimiento del carácter nacional del bien
- d) porcentaje de integración nacional
- e) núm. de contratación
- f) Organismo contratante

Por este artículo, se establece además, que las Cámaras dispondrán de un plazo de 10 días hábiles después de efectuada la solicitud, para expedir o denegar el certificado, el cual por otra parte, se especifica que será de cargo del solicitante. La presentación del certificado, será obligatoria para compras superiores al monto máximo de compra directa, y salvo que el pliego disponga lo contrario, la misma deberá ser efectuada únicamente por la MPYME que resulte adjudicataria. En el caso de compras por montos menores al referido límite, la presentación del certificado podrá sustituirse por la presentación de una declaración jurada del carácter nacional del bien y de su porcentaje de integración nacional.

Por otro lado, cabe destacar que el artículo 1 del Decreto 800/008, reafirma en primer lugar, la vigencia del texto del Decreto 504 del año 2007, en lo que hace a los criterios a considerar en la atribución de la calidad o no de MPYME de una empresa determinada (personal ocupado y ventas anuales), a los efectos de determinar así la eventual aplicación

del régimen particular de preferencias dispuesto para estas empresas. Se establece a su vez, en el siguiente artículo, que la referida condición de MPYME será acreditada a través de un certificado emitido por la DINAPYME atendiendo a dichos criterios.

Finalmente, el artículo 15 del decreto, dispone que los organismos contratantes o adquirentes, deberán remitir a la DINAPYME un reporte semestral que deberá especificar el rubro, monto, cantidad, identidad y números de RUT de las MPYME que accedieron a las compras estatales bajo el presente régimen de promoción.

4.5. El Programa de Contratación Pública para el Desarrollo

El artículo 43 de la ley 18362 crea el denominado Programa de Contratación Pública para el Desarrollo, el cual se preveía en el propio texto de la ley, que entrase en vigencia antes del 30 de junio del año 2009, sustituyendo de esta manera el régimen de preferencias vigente para el caso particular de las micro, pequeñas y medianas empresas. A pesar de esto, al momento de la publicación de este trabajo el mismo se encuentra todavía en desarrollo y no se tiene certeza sobre la fecha de su efectiva implementación.

Del modo en que la ley lo establece, el mismo tiene como objetivo principal fomentar la creación de una base sustentable en el largo plazo, de proveedores nacionales, capacitados para proveer al Estado de producción nacional de calidad y eficiencia, con el fin competir con la oferta extranjera en mejores condiciones comerciales que las hoy existentes.

El enfoque programático, se centra en el desarrollo y el impulso del segmento correspondiente a la micro pequeña y mediana empresa, vía la reserva del mercado “compras estatales”, buscando fomentar el sostenimiento en el largo plazo de este tipo de empresas. El rango de beneficios, se amplía a los pequeños productores agropecuarios y al fomento del desarrollo científico, tecnológico y la innovación.

La aplicación de reservas de las compras públicas a favor de estas empresas, surgirá de la aplicación de un porcentaje de hasta el 10% sobre el total de las compras y contrataciones (bienes, servicios y obras públicas) realizadas en el año anterior por el total de los organismos definidos en el artículo 451 de la ley 15903 y los organismos paraestatales; existiendo un límite particular para cada organismo fijado por la imposibilidad de destinar a este programa, compras o adquisiciones que superen el 20% del total de las mismas en el periodo considerado (ejercicio en curso). Se prevee en la normativa, que el Poder Ejecutivo regulará la aplicación de dichos topes tanto a nivel global del Estado, como al particular de cada organismo.

La manifestación de la preferencia podrá ser concebida por la aplicación de márgenes de preferencia en el precio de las ofertas o a través de la reserva de mercado. Si es por la primer vía, el mismo será fijado hasta en el doble del porcentaje establecido por el artículo 41 de la presente ley (8% sobre el precio ofertado), es decir que podría ubicarse en hasta un 16%. En cambio, si la opción es recurrir a la reserva de mercado, esta nunca podría superar el 10% del total de adquisiciones y contrataciones del organismo en ese ejercicio.

De las opiniones recabadas de los diferentes actores que participaron en la creación de esta normativa, surge la idea de que no están correctamente definidos los parámetros para establecer la cuantificación de la preferencia, tampoco es claro cuando y como se otorga el total de la preferencia (16% sobre el precio ofertado), elemento que deberá especificarse antes de que entre en vigencia dicho programa.

No serán acumulables las preferencias fijadas por este programa con las establecidas en el artículo 41 de la presente ley. Es decir que, una empresa que califique como proveedora de bienes, obras o servicios nacionales deberá optar por la preferencia estipulada en uno de los dos regímenes vigentes.

El artículo 44 de la ley 18.362, especifica que el referido programa de Contratación Pública para el Desarrollo, se concretará mediante la aplicación de los siguientes sub programas:

A) Subprograma de Contratación Pública para el Desarrollo de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas, que estará bajo la coordinación del Ministerio de Industria, Energía y Minería, a través de la Dirección Nacional de Artesanías, Pequeñas y Medianas Empresas.

B) Subprograma de Contratación Pública para el Desarrollo de Pequeños Productores Agropecuarios, que estará bajo la coordinación del Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca.

C) Subprograma de Contratación Pública para el Desarrollo Científico - Tecnológico y la Innovación, que estará bajo la coordinación de la Agencia Nacional de Investigación e Innovación.

A la fecha de esta investigación, nada se concreto se tiene respecto del mencionado programa, aunque se manifiesta por parte de los responsables de su diseño que el mismo se encuentra aún en etapas de desarrollo.

Capítulo V – LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA OMC

5.1. Objetivos del capítulo

Los márgenes de preferencia a la industria nacional, tal como se han visto hasta ahora, operan a favor de las ofertas calificadas como nacionales al momento de su comparación con aquellas que no califiquen como tales, en ocasión de un proceso de contratación del Estado.

Esta competencia es posible, a su vez, en el marco de un entorno de constante crecimiento del flujo de intercambio comercial a nivel mundial. En este contexto, resulta pertinente el estudio de los aspectos característicos que hacen al tratamiento de la contratación pública en el ámbito de la Organización Mundial de Comercio, organización que se entiende representa las tendencias que siguen las normas que rigen el comercio internacional.

No obstante lo anterior, previo al tratamiento del tema central del capítulo se abordarán algunos aspectos relativos al concepto de comercio internacional, que se cree necesario y oportuno considerar, a los efectos de establecer un punto de partida y un marco teórico para el desarrollo y la mejor comprensión de los puntos restantes.

5.2. Concepto de Comercio Internacional

Se define al comercio internacional como el intercambio de bienes económicos (mercancías o bienes propiamente dichos y servicios) que se efectúa entre los habitantes de dos o más naciones, de tal manera que se de origen a salidas de mercancías de un país hacia otro país (exportaciones) y entradas de mercancías procedentes de otros países hacia un país determinado (importaciones). Estos bienes, pueden ser definidos como productos

finales, productos intermedios necesarios para la producción de los productos finales o materias primas para la producción de los mismos.

5.3. Fundamentos del Comercio Internacional

La teoría económica contemporánea, señala diversas razones para la conveniencia de un comercio a nivel internacional. Se entiende que todos los países, aún los más pobres, poseen activos – humanos, industriales, naturales y financieros – que pueden emplear en la producción de bienes y servicios no sólo para sus mercados internos, sino que también para competir en el exterior. El comercio internacional permite a un país especializarse en la producción de los bienes que fabrica y los servicios que presta, en forma más eficaz y eficiente (mejor aprovechamiento de los recursos, menores costos, etc.).

Ya en 1776, Adam Smith abogó por la libertad de los intercambios internacionales, afirmando que los países obtendrían beneficios como consecuencia de la especialización en la producción de aquellos bienes sobre los que tuvieran una ventaja absoluta. Esta ventaja absoluta refiere a que, si un país tiene dos productos, y uno le resulta más fácil de producir que el otro, se beneficiará en comprar aquél que le cueste más producir y vender aquél que le sea más fácil producir. Los países prosperan entonces, en la medida que concentren el aprovechamiento de sus activos en la producción de los bienes que pueden producir mejor, para luego intercambiarlos por los bienes que otros países producen mejor. De esta manera, el comercio internacional permite además a un país, consumir más de lo que podría consumir en condiciones de autoabastecimiento, a la vez que logra ampliar los mercados para colocar su producción, lo cual redundará en mayores oportunidades para la especialización de su economía y genera, a su vez, un aumento de la productividad del trabajo y en consecuencia de la producción, la renta, y el bienestar de la nación. En conclusión, el libre comercio entre las naciones es mutuamente beneficioso y contribuye a elevar el nivel de vida de sus habitantes.

Medio siglo más adelante, el economista David Ricardo perfeccionó la teoría de Smith, dando un paso más al introducir el concepto de la ventaja comparativa. Ricardo señala que el concepto de ventaja absoluta, no es viable para el funcionamiento del comercio internacional por cuanto, en una economía competitiva, es necesario conocer los precios relativos de los bienes. El concepto de ventaja comparativa implica que un país, puede lograr ganancias si comercia con el resto de los países, aún cuando éstos últimos produzcan con menores costos. Esto en el entendido de que hay ventaja comparativa, cuando los costes de producción y los precios percibidos son tales que cada país, produce un bien que se venderá más caro en el exterior de lo que se vende en el mercado interno. Se introduce así entonces, el concepto de *relación interna de intercambio*.

En este sentido, y siguiendo con la línea de lo expuesto por Smith, Ricardo afirma que si un país tiene dos productos, los cuales produce con mayores costos que el resto de los países, puede beneficiarse en la medida que a pesar de esta situación, la relación de intercambio entre el producto “más caro” y el “más barato” sea más eficiente que la que se presenta en el resto de los países.

Más allá de algunos argumentos erróneos que se entiende no coinciden con la realidad en el modelo expuesto por Ricardo, es compartida la idea de que el mismo contribuyó con una predicción básica: la de que los países tenderán a exportar los bienes en los que tienen una productividad relativamente alta; lo cual ha sido confirmado empíricamente a lo largo de la historia.

La idea central a favor de la existencia del comercio internacional radica entonces, en la convicción de que el mismo permite el aumento del número de mercados potenciales en los que un país puede vender los bienes y/o servicios que produce. Este aumento de la demanda internacional se traduce, a su vez, en un aumento de la producción y en el uso más eficiente de las materias primas y el trabajo, lo que tiene efectos positivos sobre los niveles de empleo. Por otro lado, se sostiene como complemento de lo anterior, que la existencia de la competencia derivada del comercio internacional, obliga a las empresas nacionales a producir con más eficiencia y a modernizarse a través de la innovación.

Así es que, en definitiva, se suele adjudicar a la existencia de un comercio a nivel internacional las siguientes ventajas:

- ◆ **Especialización**; cada país se especializa en aquellos productos donde tienen una mayor eficiencia, lo cual le permite utilizar mejor sus recursos productivos, promover un mayor desarrollo de la habilidad y la maestría en la producción, y elevar el nivel de vida de sus trabajadores y habitantes en general.

- ◆ **Precios más estables**; como consecuencia del libre juego de oferta y demanda en el mercado.

- ◆ **Equilibrio entre la escasez y el exceso**; dado por,
 - i) un mejor abastecimiento del mercado interno, en la medida que un país puede satisfacer mejor su demanda de aquellos productos cuya producción interna no resulta suficiente, mediante la importación de los mismos desde otros países en los cuales su producción excede la demanda interna (importaciones).

 - ii) la colocación de productos cuya producción excede la demanda interna, ya que se hace posible ofertar en otros mercados con demanda interna insatisfecha, los productos cuya producción exceden el consumo interno (exportaciones).

- ◆ **Balanza de pagos**; los movimientos de entrada y salida de mercancías, dan lugar a la existencia de una balanza de pagos en el mercado internacional. Por medio de la misma, se informa qué tipos de transacciones internacionales han llevado a cabo los residentes de una nación, en un período dado.

- **Economías de escala;** el aumento de la cantidad producida como consecuencia de la ampliación de los mercados, deriva en una disminución de los costes medios y consecuentemente, en una disminución en los costes totales de producción.

Finalmente debe destacarse que, en la práctica, la importancia que la existencia del comercio internacional representa para cada país, varía en función de cada economía nacional y sus características. De este modo, habrá ciertos países que sólo exportan bienes con el fin de aumentar su mercado nacional, o para contribuir al desarrollo de algunos sectores deprimidos de su economía; mientras que otros, dependen también del comercio internacional para lograr divisas y bienes para satisfacer la demanda interna.

La existencia de un comercio a escala mundial representa a su vez la posibilidad, para numerosas empresas -generalmente las pertenecientes a los países más industrializados y caracterizadas por su gran porte y un gran nivel de desarrollo tecnológico-, de acceder a cada vez más mercados externos en los cuales colocar sus productos.

5.4. Barreras al Comercio Internacional

Con el objetivo de proteger el equilibrio de su balanza de pagos, o de fomentar el desarrollo de determinados sectores de la industria nacional, facilitando su acceso a los mercados internacionales, los gobiernos pueden muchas veces verse tentados a otorgar determinados beneficios a sus empresas, de modo de fomentar las exportaciones. Pero esto puede representar, a su vez, la adopción de medidas perjudiciales para otros países e incluso ser un factor determinante a la hora de que estos últimos, tomen medidas destinadas a establecer un freno a las importaciones con el objetivo de proteger a la industria local. A esta política, consistente en el establecimiento de determinadas restricciones a las importaciones, se la denomina *proteccionismo*.

Sin embargo, es muy importante tener presente que, no es la adopción de medidas tendientes a favorecer las exportaciones por parte de determinados países el único factor

determinante de la existencia de políticas proteccionistas en los otros, sino que muchas veces, las mismas sólo responden al interés de los gobiernos nacionales por proteger o fomentar el desarrollo de determinados sectores o el conjunto de su industria nacional.

En lo que refiere a los instrumentos de fomento a las exportaciones, los mismos suelen clasificarse en comerciales, financieros y fiscales. Entre los primeros, pueden incluirse determinadas facilidades administrativas, servicios de información y asesoramiento, y la promoción directa de los productos nacionales en el exterior.

Por otro lado, entre los de tipo financiero, se encuentran básicamente aquellas medidas de tipo monetario que operan sobre el tipo de cambio, de manera de que los productos nacionales resulten ser más baratos en el extranjero.

Finalmente, los instrumentos fiscales de fomento a las exportaciones, consisten generalmente, en desgravaciones fiscales, devoluciones de impuestos y subvenciones directas. Dichos instrumentos (los fiscales), suelen ser los que generan más controversia en el contexto económico internacional, por cuanto pueden eventualmente conducir a una situación conocida como *dumping*, que determina que los productos se vendan en el extranjero a precios menores a los que se ofrecen en el mercado local, e incluso alguna vez, a precios inferiores a su costo.

Las barreras al comercio internacional, por su parte, suelen subdividirse en dos grandes grupos. Por un lado, las denominadas barreras arancelarias, y por el otro, aquellas conocidas como no arancelarias, las cuales han verificado un incremento importante en los últimos años.

En el caso de las medidas arancelarias, se trata de un instrumento de política comercial basado en la existencia de aranceles (impuestos), destinados a impedir o frenar la importación de determinados productos.

Entre las medidas no arancelarias, deben incluirse todas aquellas medidas de carácter administrativo, financiero, cambiario o de cualquier otra naturaleza no arancelaria, que impida o dificulte la libre importación o colocación de productos en el mercado local. Debe señalarse sin embargo, que no toda medida de tipo no arancelario tiene carácter restrictivo, sino que por el contrario, en la mayoría de los casos tienen objetivos de protección al consumidor, defensa sanitaria o seguridad pública. Entre las medidas no arancelarias más comúnmente aplicadas se encuentran el establecimiento de cupos de importación, medidas compensatorias, e incluso la exigencia de un porcentaje de contenido nacional.

Finalmente, cabe destacar la existencia de numerosas áreas de libre comercio entre los distintos países, creadas en base a acuerdos entre los mismos, y generalmente motivadas por la existencia de determinados intereses políticos y económicos o relaciones de cercanía geográfica. Estas áreas, cuyo estudio en profundidad no se encuentra entre los objetivos de este trabajo, se caracterizan por la reducción de aranceles y barreras comerciales, o incluso la inexistencia de los mismos, respecto de la circulación de mercancías entre los países miembros.

5.5. La Organización Mundial de Comercio (OMC)

5.5.1. Generalidades

La OMC, se define a si misma, como *“el único organismo internacional que se ocupa de las normas que rigen el comercio entre los países”*.

Su objetivo fundamental consiste en garantizar que las corrientes comerciales circulen con la máxima fluidez, “previsibilidad” y libertad posibles.

Las principales funciones, que en líneas generales se ha definido la organización son:

- ▶ Generar un Foro para las negociaciones comerciales entre los países.

- ▶ Administrar los acuerdos comerciales comprendidos en el ámbito de la propia OMC.
- ▶ Resolver las diferencias comerciales que puedan surgir entre sus países miembros.
- ▶ Supervisar las políticas comerciales nacionales.
- ▶ Dar asistencia técnica y cursos de formación para los países en desarrollo.
- ▶ Cooperar con otras organizaciones internacionales.

Desde la organización, se afirma que una de las metas fijadas es contribuir a la certidumbre, certidumbre para los consumidores, en el sentido de que los mismos cuenten con un suministro seguro y una mayor variedad de productos acabados, componentes, materias primas y servicios por ellos utilizados, y certidumbre también para los productores y exportadores, que nace de la seguridad de contar con mercados exteriores que permanezcan abiertos para ellos.

También se señala, que se busca favorecer la existencia de un entorno económico mundial más próspero, tranquilo y fiable. Esto como consecuencia, en primer lugar, del hecho de que todas las decisiones se adoptan por consenso entre los países miembros, para posteriormente ser ratificadas por los respectivos parlamentos nacionales; y en segundo lugar, debido a la existencia de un mecanismo de resolución de controversias que reduce el riesgo de que las mismas desemboquen en conflictos políticos o militares.

Se concluye entonces, que los principales pilares sobre los cuales se asienta la OMC son los acuerdos comerciales, negociados en el corazón mismo de la organización, firmados por casi todos los países que participan en el comercio mundial y ratificados además, por sus respectivos parlamentos. Estos acuerdos, que establecen las normas jurídicas fundamentales del comercio internacional, son esencialmente contratos que garantizan a los países miembros, importantes derechos en relación con el comercio, pero que al mismo

tiempo, obligan a los gobiernos de dichos países a mantener sus políticas comerciales dentro de los límites convenidos en beneficio de todos.

5.5.2. Antecedentes y evolución histórica

La OMC como tal, fue creada el 1ero de enero de 1995, pero ya desde 1948 el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y de Comercio (GATT), estableció las reglas del sistema de comercio. Este acuerdo, fue poco a poco dando origen a una organización internacional no oficial, conocida informalmente como “el GATT”, la cual fue evolucionando como consecuencia de varias rondas de negociaciones.

De éstas, la última y más importante fue la denominada “Ronda Uruguay”, que se desarrolló entre los años 1986 y 1994 y dio lugar a la creación, de una organización formal que es la que hoy conocemos como la OMC. La Ronda Uruguay significó la mayor negociación comercial que haya existido jamás. Abarcó la casi totalidad del comercio y hacia el final de la misma participaban 123 países. A pesar de algunas dificultades que parecían condenarla al fracaso, finalmente dio origen a la mayor reforma del sistema mundial de comercio, desde la creación del GATT.

Frente a este último, que se había ocupado fundamentalmente del comercio de mercancías, se puede decir en una primera aproximación que la OMC y sus Acuerdos abarcan además, el comercio de servicios, y las invenciones, entendidas estas últimas como aquellas creaciones, dibujos y modelos que son objeto de transacciones comerciales (propiedad intelectual).

Pero como ya fuera señalado, desde 1948 hasta 1994, fue el GATT el que estableció las reglas aplicables a una gran parte del comercio mundial. Sin embargo, a pesar de su apariencia de solidez y las altas tasas de crecimiento que se verificaron en algunos períodos entre estos años, este acuerdo y la organización “de hecho” a la que dio lugar, siempre tuvieron un carácter provisional. Esto por cuanto la intención original fue en todo momento la

de crear una tercera institución, además del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, que se ocupara del comercio en un contexto de cooperación económica internacional. Ante el fracaso en la creación de una Organización Internacional de Comercio (OIC), debido a la no ratificación por parte algunos parlamentos nacionales del proyecto aprobado previamente en La Habana en 1948, el GATT, negociado casi en paralelo por un grupo de países cada vez más grande, emerge como el único instrumento multilateral por el cual se rige el comercio internacional desde 1948 hasta la posterior creación de la OMC.

Desde la OMC se entiende que el GATT, a pesar de su carácter provisional y su limitado campo de acción, tuvo éxito en el fomento de la liberalización de gran parte del comercio mundial, a través de las continuas reducciones de aranceles que estimularon el crecimiento económico y un aumento general de la producción en el planeta. Prueba fehaciente de este éxito es, desde el punto de vista de la organización, la gran afluencia de nuevos miembros durante la Ronda Uruguay, lo cual se atribuye a un reconocimiento hacia el sistema, como soporte del desarrollo e instrumento de reforma económica y comercial.

Sin embargo, este continuo proceso de reducción de aranceles, unido a una serie de recesiones económicas acaecidas en el decenio de 1970 y en los primeros años de 1980, provocó que los gobiernos idearan otras formas de protección para los sectores más perjudicados. Algunos gobiernos en Europa Occidental y América del Norte, comenzaron a tratar de concertar acuerdos bilaterales de reparto del mercado con sus principales competidores y a iniciar una serie de subvenciones destinadas básicamente a mantener su posición en el comercio de productos agropecuarios, lo cual afectó la credibilidad y efectividad del GATT.

Por otro lado, resulta claro también, que en el contexto de una economía globalizada, el Acuerdo General no respondía ya a las realidades del comercio mundial. Esto se manifestaba de manera más drástica por la ausencia del comercio de servicios, que estando en plena expansión, no se encontraba comprendido en dicho acuerdo. Todo esto sin perjuicio de que también se entendía que las normas del GATT, resultaban deficientes en otros

aspectos como ser el comercio agrícola y el sector de los textiles y el vestido, sector para el cual se llegó incluso a negociar una excepción a las normas contenidas en el Acuerdo.

Así fue como los miembros del GATT se vieron persuadidos a realizar un nuevo esfuerzo para reforzar y ampliar el sistema. Si bien cabría pensar que la creación de la OMC significó el fin de la era del GATT, cuestión que de hecho así sucedió, dicho acuerdo no ha perdido validez. Como ya comentamos anteriormente, la OMC vino a sustituir al GATT, pero manteniendo vigente en su núcleo, y como tratado general de la organización, el Acuerdo General sobre el Comercio de Mercancías.

El mismo se complementa con el AGCS (Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios) y el ADPIC (Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio), formando así las tres grandes esferas del comercio bajo la órbita de la OMC.

Al momento del cierre de esta investigación, la OMC atraviesa por el noveno año de negociaciones en el marco de la ronda de Doha, la cual se ha enfrentado a dificultades importantes para alcanzar acuerdos relativos a algunas cuestiones y se encuentra estancada, a pesar de que existe entre algunos responsables de la organización, la confianza en que la misma pueda finalizarse en el correr del año 2010.

5.5.3. Los principios del sistema de comercio – La base de la OMC

Si bien los Acuerdos de la OMC son extensos y complejos, se trata de documentos inspirados en principios comerciales, anteriores e independientes a la existencia de la organización:

➤ **Comercio sin discriminaciones: “Nación más favorecida” (NMF) y “Trato Nacional” (TN)**

Basado en este principio, un país no debe discriminar entre sus interlocutores comerciales, sino que debe darles por igual la condición de Nación más favorecida; ni tampoco debe discriminar entre sus propios productos, servicios o ciudadanos de otros países, sino que debe otorgarles “Trato Nacional”.

El primer principio (NMF), refiere a que en virtud de los Acuerdos de la OMC, los países no pueden normalmente establecer discriminación ninguna entre sus diversos interlocutores comerciales, de modo que, en la medida que se conceda a un país una ventaja especial, la misma debe ser concedida también a los demás miembros de la OMC. Este principio tiene una importancia tal que es el primer artículo del GATT y también resulta relevante en el AGCS (art.2) y en el ADPIC (art.4). Igualmente, y más allá de las consideraciones anteriores, cabe mencionar que existen ciertas excepciones permitidas con arreglo a condiciones estrictas, aunque en líneas generales rige el principio de la NMF descrito.

En segundo lugar se había hecho referencia también al “Trato Nacional”, principio en virtud del cual se debe conceder igual trato para mercancías, servicios, marcas, derechos de autor y patentes; sean nacionales o extranjeros. Dicho de otra manera, implica “dar a los demás igual trato que a los nacionales”, y figura también en los tres principales Acuerdos de la OMC (art. 3 del GATT, art. 17 del AGCS y art.3 del Acuerdo sobre los ADPIC). Es importante aquí tener en cuenta que este principio, sólo se aplica una vez que el producto, servicio u obra de propiedad intelectual ha entrado en el mercado, por lo que, la aplicación de derechos de aduana a las importaciones, no constituye una trasgresión del mismo.

➤ **Comercio más libre**

La reducción de ciertos obstáculos, como derechos de aduana o aranceles y otras medidas restrictivas a las importaciones, es uno de los medios más evidentes de alentar el comercio.

Las primeras rondas de negociaciones comerciales posteriores a la creación del GATT, pusieron énfasis en la reducción de los aranceles aplicables a las mercancías importadas (derechos aduaneros).

Ya en el decenio de 1980, las negociaciones se habían ampliado, alcanzando también a los obstáculos no arancelarios aplicados a las mercancías y también a otras nuevas esferas del comercio, como la de los servicios y la de la propiedad intelectual.

Este proceso consistente de apertura de los mercados, no implica la introducción por parte de los gobiernos de cambios radicales en sus políticas comerciales, sino que por el contrario, varios de los Acuerdos de la OMC permiten que los distintos países, introduzcan estos cambios de manera gradual mediante una “liberalización progresiva”, en el entendido de que se trata de un proceso que exige cierta adaptación. Esto se manifiesta más aún en el caso de los países en desarrollo, los cuales por lo general, disponen de plazos más largos para cumplir con sus compromisos.

➤ ***Previsibilidad: Consolidación y Transparencia.***

La consolidación de los aranceles y los compromisos de apertura de los mercados en la OMC por un lado, sumado a la transparencia de los gobiernos respecto de la aplicación de las políticas comerciales por el otro, contribuyen a la previsibilidad del sistema.

Esta previsibilidad, se traduce a su vez, en confianza para las empresas, los inversores y los gobiernos extranjeros. Se entiende que mediante la estabilidad y la previsibilidad se fomentan las inversiones, se crean puestos de trabajo y los consumidores pueden aprovechar plenamente los “beneficios” de la competencia accediendo, por ejemplo, a la posibilidad de elegir precios más bajos.

En la OMC, cuando los países convienen en abrir sus mercados de mercancías y servicios, “consolidan” sus compromisos. Con respecto a las mercancías, estas

consolidaciones equivalen a límites máximos respecto de los aranceles aplicables, ya que eventualmente, los derechos de importación pueden ser inferiores a los consolidados. Es posible que un país pueda modificar sus consolidaciones, pero para esto, deberá negociar primero con sus interlocutores comerciales, a los cuales puede tener que compensar por la pérdida de comercio como consecuencia de dicha modificación.

La “transparencia”, refiere a la claridad y publicidad de las normas comerciales de los países. En este sentido, cabe recordar que en muchos de los Acuerdos de la OMC, se exige que los gobiernos divulguen públicamente sus políticas y prácticas en materia comercial. Tanto es así que, un medio por el cual se contribuye a la mencionada transparencia, es el “Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales”, que no es otra cosa que la supervisión periódica de las políticas comerciales nacionales de los países por parte de la OMC.

Cabe señalar también que, además de la consolidación y la transparencia, existen otros medios a través los cuales se persigue la previsibilidad y la estabilidad del sistema, como ser el desestímulo a la utilización de los contingentes y otras medidas restrictivas de las importaciones.

Fomento de una competencia leal

Si bien muchas veces se describe a la OMC como una institución de “libre comercio”, desde la propia organización se sostiene que es más exacto definirla como un sistema de normas consagrado al logro de una competencia libre, leal y sin distorsiones.

En este sentido, de lograr condiciones más equitativas de comercio, es que operan en la órbita de la OMC, normas como las relativas a la no discriminación (NMF y Trato Nacional) así como también las que tienen que ver con el combate al dumping y a las subvenciones, e incluso, acuerdos relacionados a la agricultura, la propiedad intelectual y los servicios.

Promoción del desarrollo y la reforma económica

Más de las tres cuartas partes de los miembros de la OMC, son países en desarrollo y países en transición a economías de mercado. Por esta razón, muchos acuerdos de la organización, incorporan las disposiciones anteriores del GATT, que prevén asistencia y concesiones comerciales especiales para estos países, en el entendido de que los mismos, necesitan flexibilidad en cuanto al tiempo preciso para aplicar los Acuerdos del sistema.

Al finalizar la Ronda Uruguay, los países en desarrollo mostraron buena disposición para asumir la mayoría de las obligaciones impuestas a los países más desarrollados. No obstante lo anterior, los acuerdos les concedían, sobretodo a los países más pobres o “menos adelantados”, períodos de transición para adaptarse al menos, a las disposiciones menos conocidas y quizás más difíciles.

Con el objetivo declarado de fomentar en forma particular el desarrollo de estos países, es que en una Decisión Ministerial adoptada al final de la Ronda Uruguay, se expresa que los países más ricos, deben acelerar la aplicación de los compromisos en materia de accesos a los mercados que afecten a las mercancías exportadas por los países menos adelantados, a la vez que se solicita, se les preste mayor atención técnica.

Este camino, ya lo están recorriendo algunos países desarrollados que comenzaron a permitir la importación libre de aranceles y de contingentes de casi todos los productos procedentes de los países que integran la lista de los “países menos adelantados”.

5.5.4. Los Acuerdos de la OMC

Los Acuerdos de la OMC, comprenden tanto a bienes y servicios como a la propiedad intelectual, estableciendo al respecto, principios que favorecen la liberalización del comercio, sin perjuicio de algunas excepciones permitidas. Incluyen por tanto, compromisos contraídos

por los distintos países, de reducir los aranceles aduaneros y otros obstáculos al comercio, además de abrir y mantener abiertos los mercados de servicios.

Por otro lado, exigen a los gobiernos, que den transparencia a sus políticas mediante la notificación a la OMC de las leyes en vigor y las distintas medidas adoptadas en este ámbito, información a partir de la cual la Secretaría de la organización, elabora informes periódicos sobre las políticas comerciales de los distintos países.

Estos Acuerdos definen la base normativa que rige a la organización, y por ello es que a menudo, se alude a los mismos como “las normas comerciales de la OMC”.

Es decir que, cuando hablamos del sistema de comercio regulado por esta organización, y más precisamente, cuando decimos que la misma está basada en “normas”, es importante recordar que estas normas son en realidad acuerdos negociados por los gobiernos de los distintos países.

En la actualidad, los acuerdos que constituyen la base del sistema provienen de la “Ronda Uruguay”, sin perjuicio de las negociaciones iniciadas en el año 2001, en el marco del “Programa de Doha”¹⁹.

La publicación “Los resultados de de la Ronda Uruguay”, incluye una gran lista de alrededor de 60 acuerdos, anexos, decisiones y entendimientos, los cuales quedan comprendidos en una estructura formada por cuatro partes principales:

- ✚ un “Acuerdo General” (por el cual se crea oficialmente la OMC);
- ✚ acuerdos con respecto a cada una de las tres grandes esferas de comercio abarcadas por la OMC: bienes, servicios y propiedad intelectual;

¹⁹ Programa de Doha para el Desarrollo, OMC, Ronda de Doha, Qatar.

- ❏ acuerdos solución de diferencias; y
- ❏ exámenes de las políticas comerciales de los gobiernos.

Los acuerdos vinculados a bienes y servicios, poseen una estructura común de tres partes. Comienzan con los principios generales: el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio “GATT” (respecto de los bienes), el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios “AGCS”; luego vienen los acuerdos y anexos adicionales, que tratan las necesidades especiales de determinados sectores o cuestiones; y por último las extensas y detalladas listas de compromisos contraídos por los distintos países.

Distinto es el caso de la tercera esfera que abarca la OMC, la esfera de la invención. Allí encontramos los Acuerdos comprendidos en el “ADPIC” (Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio), que si bien está incluido también dentro de los principios generales, no tiene actualmente partes adicionales.

Como soporte de este sistema normativo, es que se presentan a su vez, el sistema de solución de diferencias (basado en los acuerdos y compromisos) y los exámenes de las políticas comerciales.

5.5.5. La contratación pública en el ámbito de la OMC

La OMC define las compras estatales como *“las adquisiciones de bienes y servicios hechas por el Estado, mediante procedimientos de contratación pública, para propósitos gubernamentales y con inclusiones o exclusiones expresamente negociadas por las partes”*.

Según la organización, *“la compra de bienes y servicios por los organismos oficiales para sus propios fines, es un elemento esencial del funcionamiento de los Estados, ya que asegura los recursos que permiten a los gobiernos llevar a cabo su labor y tiene por ende repercusiones de primer orden para las principales partes interesadas de la sociedad”*.

Además, se entiende que la escasez de los recursos públicos, hace cada vez más esencial la eficiencia del proceso de adquisiciones en todo régimen de contratación.

Por otro lado, se estima que a la contratación pública se destina en promedio por parte de los países entre un 10% y un 15% del PBI, lo cual sumado a los beneficios que representa para las partes resultantes (nacionales e internacionales) por efecto del aumento de la competencia, la convierte en un aspecto muy importante del comercio internacional.

Para la OMC, *“un sistema de contratación pública bien regulado, que incorpore los principios de transparencia y no discriminación, contribuye a asegurar una óptima relación calidad – precio en las compras públicas y además facilita el comercio internacional”* y en este sentido se sostiene desde la organización que *“un régimen de contratación abierto, transparente y no discriminatorio es el mejor instrumento para hacer un uso óptimo de los recursos, ya que permite aprovechar al máximo la competencia entre los proveedores”*. Lo anterior no es más que la aplicación, al ámbito de las compras públicas, de los principios de transparencia y competencia justa y efectiva consagrados por la organización desde su creación.

Se destacan entonces como requisitos esenciales de un sistema eficiente de contratación pública: el logro de una buena relación calidad-precio, el acceso público a la información relativa a los contratos públicos, y las oportunidades equitativas para los proveedores que compitan por la obtención de un contrato público; al tiempo que se señala la incidencia del sistema de contratación, en el uso eficiente de los fondos públicos y por lo tanto, su contribución a la confianza pública en los gobiernos y con ella a la “governabilidad”.

No obstante, se reconoce que numerosos miembros de la organización, aún utilizan la contratación pública como un instrumento destinado al alcance de determinados objetivos contenidos en sus políticas nacionales, como la promoción a determinados sectores económicos o grupos sociales.

Debe señalarse además que, a pesar de la importancia que desde la propia organización se le adjudica el ámbito de las compras del Estado, y el interés que este mercado despierta tanto en proveedores nacionales como extranjeros, la contratación pública quedó al margen de la aplicación de las principales normas comerciales multilaterales en el marco del GATT y la OMC.

Así es que en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, negociado inicialmente en 1947, la contratación pública se excluyó explícitamente de la obligación fundamental de trato nacional, y más cerca en el tiempo, también ha quedado excluida de los principales compromisos de accesos a los mercados del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios. (AGCS).

Por lo tanto debe advertirse, antes de continuar, que el tratamiento del tema en el seno de la organización, es relativamente reciente. A lo largo de los años los miembros de la OMC han estado buscando maneras de abordarlo, como consecuencia de lo cual, han surgido tres ejes o esferas principales de trabajo en materia de contratación pública que son:

■ **El “Acuerdo sobre Contratación Pública” (ACP)**

■ **Las actividades sobre transparencia de la contratación pública**

(Actualmente suspendidas por decisión del Consejo General de la OMC adoptada el 1ero de agosto de 2004)

■ **Las negociaciones multilaterales sobre la contratación de servicios**

5.5.5.1. EI ACP

Se trata de un acuerdo “plurilateral” y no “multilateral”, como sucede con la mayoría de los demás acuerdos que conforman el sistema normativo regulado por la OMC.

Los acuerdos plurilaterales, se caracterizan por contar con un número de signatarios más reducido en comparación con los aquellos multilaterales, y por lo tanto, no establecen obligaciones que han de cumplir todos los miembros de la OMC, de modo que tampoco es la suscripción a los mismos, una condición necesaria para ser miembro de la organización.

Si bien la gran mayoría de los Miembros de la OMC suscriben todos los acuerdos de la organización, quedaron tras la Ronda Uruguay, cuatro acuerdos de carácter plurilateral que ya habían sido negociados originalmente en la Ronda de Tokio. Estos acuerdos son los relativos a:

- Productos lácteos
- Carne de bovino

(Acuerdos que expiraron en el año 1997)

- Comercio de aeronaves civiles
- **Contratación pública**

Así es que, el ACP, es al momento el único acuerdo jurídicamente vinculante de la OMC que se ocupa del tratamiento específico de las contrataciones públicas.

Por tratarse de un acuerdo de naturaleza plurilateral establece, como ya fuera señalado, determinados derechos y obligaciones en el ámbito de las compras públicas, que resultan aplicables únicamente a los miembros denominados “Partes” en el acuerdo.

Si bien no se pretende profundizar en el análisis específico de las distintas disposiciones contenidas en el acuerdo, algunas de las cuales pueden consultarse en los Anexos de este trabajo, resulta importante señalar que como características más salientes este acuerdo, incorpora los siguientes elementos:

- **Trato nacional y no discriminación** para los proveedores de las Partes en el Acuerdo, respecto de la contratación de bienes, servicios y servicios de construcción abarcados, establecidos en las listas de cada Parte (“Apéndice I”) y a reserva de varias excepciones y exclusiones en ellas señaladas.
- **Transparencia** en la información y en lo relativo a los aspectos del procedimiento de contratación en general, con el objetivo de garantizar que la contratación realizada en el marco de este acuerdo sea transparente, competitiva y que no implique discriminaciones respecto de los bienes, servicios o proveedores de otras Partes.
- **Modificaciones y rectificaciones de los compromisos** de las Partes relativos al ámbito de aplicación.
- La disponibilidad de **procedimientos internos de revisión** para las impugnaciones de los proveedores.
- La aplicación del **Entendimiento sobre Solución de Diferencias** de la OMC en la esfera de la contratación pública.
- La eventual **adhesión** al Acuerdo por parte de otros Miembros de la OMC.

- Un programa incorporado para el **perfeccionamiento del Acuerdo**, la ampliación del ámbito de aplicación y la eliminación de las restantes medidas discriminatorias mediante la continuación de las negociaciones.

El ACP, implica la primera aproximación de la OMC al intento de regular también las normas que rigen la esfera de la contratación pública, esfera que hasta el momento y como ya fuera señalado, había estado ausente de los acuerdos alcanzados en el seno de la organización. Si bien aún parece lejano un consenso que implique la transformación del ACP en un acuerdo multilateral, lo cierto es que se vislumbra una tendencia a largo plazo en el sentido de incorporar definitivamente este tema, al ámbito de las cuestiones bajo regulación de la OMC e imponer los principios que rigen las demás esferas reguladas por la misma, lo cual implicaría un impedimento importante al momento de pensar en la contratación pública como herramienta de política económico-social de los Estados.

5.5.5.2. Negociaciones del AGCS sobre contratación de servicios

Además del ACP, la otra esfera que actualmente se encuentra “activa” en el ámbito de la OMC en materia de contratación pública, tiene que ver con las negociaciones del AGCS sobre contratación de servicios en el marco del cumplimiento del párrafo 2 del artículo XIII de dicho acuerdo. En el referido artículo se disponía que, dentro de los dos años siguientes a la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC, se debían celebrar negociaciones multilaterales sobre la contratación pública en materia de servicios.

A los efectos de cumplir con este mandato, se estableció por parte del Consejo del Comercio de Servicios, un Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS. Si bien en el artículo en cuestión no se especifica un plazo final para las negociaciones, en las directrices y procedimientos para las negociaciones sobre el comercio de servicios adoptadas por el Consejo, se establece que los Miembros tratarán de finalizar las negociaciones antes de la conclusión de la Ronda de negociaciones de Doha sobre compromisos específicos.

Sin embargo, los Miembros tienen opiniones diferentes respecto del alcance del mandato de celebrar negociaciones contenido en el artículo XIII del AGCS. Algunos opinan que las negociaciones previstas en dicho mandato pueden incluir el tratamiento de cuestiones de acceso a los mercados y la no discriminación, así como también la transparencia y otras cuestiones de procedimiento. Por otro lado, están quienes no comparten esta opinión y sostienen que el artículo excluye del ámbito de las negociaciones el trato NMF, el acceso a los mercados y el trato nacional. Esto último apoyado en el hecho de que en el párrafo 1 del artículo XIII del AGCS, se establece que la contratación pública de servicios no está sujeta al principio de la nación más favorecida, ni a los compromisos específicos sobre acceso a los mercados, ni al trato nacional.

5.5.6. Uruguay en la OMC

Uruguay es miembro fundador de la OMC, ya que se encuentra entre los países que suscribieron el Acuerdo que dio nacimiento a la organización, el 1º de enero de 1995.

En la última Conferencia Ministerial de Doha, el Uruguay declaró su apoyo a la OMC y al sistema multilateral que la organización promueve, en el entendido de que los principios de “nación más favorecida”, “no discriminación” y “trato nacional”, representa el sistema de reglas y disciplinas que evita la imposición de medidas restrictivas y discriminatorias entre los países que integran el comercio mundial.

Sin embargo, y como podrá advertirse en la lista que figura en los anexos de este trabajo, Uruguay no es “Parte” ni “Observador” en el Acuerdo sobre Contratación Pública. Esto determina, como se explicó anteriormente, que no se vea alcanzado por las obligaciones y derechos incluidos en el mismo, a diferencia de lo que sucede con el resto de los Acuerdos que, por su carácter multilateral, obligan a todos los países miembros de la organización.

Capítulo VI – LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN OTROS PAÍSES: Exposición de la normativa vigente y análisis comparativo

6.1. Objetivos del Capítulo

En este capítulo, se expondrán de manera sintética las características más salientes de las normativas existentes en materia de preferencias en la región, tomando como referencia para el análisis aquellas vigentes en Brasil y Argentina, países que tienen el mayor flujo comercial con el Uruguay y que, a su vez, son pioneros en América del Sur en el otorgamiento de preferencias a sus industrias locales en las compras del Estado.

Por otro lado, se entiende también que resulta clave el conocimiento de alguna de las normativas vigentes fuera de la región, razón por la cual, se ha optado además por el repaso de la normativa vigente en los EE.UU.

6.2. Normativa sobre protección a la industria local en Brasil, Argentina y EE.UU.

6.2.1. Argentina

 **Ley N° 25.551 “Compre Trabajo Argentino” - Régimen de compras del Estado Nacional y concesionarios de Servicios Públicos.**

(Deroga el Régimen originario del Compre Nacional bajo la ley 18875/1970)

En virtud de esta ley, se otorga preferencia en las compras estatales, a las ofertas de bienes de origen nacional cuando en las mismas, para idénticas o similares prestaciones y en condiciones de pago contado, su precio sea igual o inferior al de los bienes ofrecidos que no sean de origen nacional, incrementados estos últimos en:

- i) un 7% para el caso de ofertas de bienes de origen nacional realizadas por sociedades calificadas como MIPYME
- ii) un 5% para las realizadas por otras empresas.

Dicha preferencia, es la que se aplicará también a los bienes que se incorporen a las obras y los que se utilicen para su construcción, o para la prestación de servicios públicos.

Respecto de la calificación de la nacionalidad de los bienes, la ley define el concepto de bien nacional como el de aquel bien que: *“ ha sido producido o extraído en la Nación Argentina, siempre que el costo de las materias primas, insumos o materiales importados no nacionalizados no supere el cuarenta por ciento (40%) de su valor bruto de producción”*.

Se agrega además, a los efectos de la comparación de las ofertas, que las ofertas extranjeras serán expresadas en moneda nacional con todos los costos que deban incluir para su nacionalización, valor que además, deberá ser certificado por parte de la Secretaría de Industria y Comercio de la Nación.

Finalmente, se dispone que las operaciones financiadas por agencias gubernamentales de otros países y organismos internacionales de crédito, que incluyan disposiciones contractuales que determinen reducciones en el margen de preferencia para la industria nacional, por debajo de lo establecido legalmente como régimen general, solo serán aplicables a la proporción de la compra que dicho préstamo esté financiando.

 **Decreto 1600/2002 – Reglamentario de la Ley 25551 – “Compre Trabajo Argentino”**.

Este decreto, reglamenta la aplicación de las preferencias establecidas en la Ley 25.551, para lo cual clasifica las ofertas en tres grandes categorías: bienes, servicios y obras.

En materia de bienes, establece que dichas preferencias se aplicarán a favor de los de origen nacional, calidad que será otorgada independientemente del carácter local o no del sujeto que los produce o extrae y atendiendo únicamente al “*carácter objetivo del bien*”.

Respecto de los servicios, se dispone que el citado margen de preferencia dispuesto, se aplica *a favor de las ofertas de las empresas locales* en los términos establecidos en la Ley 18875, ley que define el concepto de “empresa local” como aquella que cumple con las siguientes condiciones:

- i) que haya sido creada o autorizada a operar conforme a las leyes argentinas
- ii) que esté domiciliada en la República Argentina
- iii) que acredite que por lo menos el 80% de sus Directores, personal directivo y profesional, tengan domicilio real en el país

Por último, en materia de obras, se determina que la preferencia será aplicable en favor de aquellas ofertas que, en lo referido a la provisión de materiales de obra, cumplan con el requisito de origen nacional definido por la ley.

Ley Nº 25300/2000 “Ley de Fomento a la Micro, Pequeña y Mediana Empresa”.

Mediante esta ley, se establece la creación del “Fonapyme”, “Fondo Nacional de Desarrollo para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa”, el cual tiene por objeto el realizar aportes de capital y brindar financiamiento a mediano y largo plazo para inversiones productivas.

Se dispone también en el marco de esta ley, la creación de un fondo de garantías Fogapyme, “Fondo de Garantía para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa”, destinado a

otorgar garantías directas a las entidades financieras acreedoras de las MIPYME cuando éstas últimas actúen como proveedoras del Estado.

Nace con esta ley además, la posibilidad de permitir a las empresas MIPYME el ofertar por volúmenes parciales en los procesos licitatorios, con el propósito de facilitar e incrementar la participación de las mismas en la adjudicación de las licitaciones y en los concursos relativos a la adquisición de bienes y servicios, en cantidades acordes con su escala de producción.

A su vez cabe destacar, que como complemento de lo anteriormente descrito, se establece un derecho para las MIPYME que ofrezcan bienes y servicios nacionales, de poder “mejorar su oferta” cuando la misma sea hasta del 5% mayor, en comparación con la mejor de las ofertas presentadas, y ante la eventualidad de que esta última, sea presentada también por una MPYME. En este caso, se brinda a estas empresas la oportunidad de igualar el valor de la mejor oferta presentada y convertirse así en adjudicataria de las licitaciones o concursos que se trate.

Complementariamente, la citada ley, implanta una preferencia adicional, que se materializa en una reserva de mercado por la cual, el 10% de todas las compras que realice el Estado, serán exclusivas para MIPYMES.

6.2.2. Brasil

Brasil ha tomado medidas destinadas a una mayor transparencia de su régimen de contratación pública. Así es que, en virtud de la normativa vigente, todas las licitaciones federales deben publicarse en el Diario Oficial, en los respectivos sitios Web de los organismos y en “ComprasNet”. A su vez, en los casos de licitación a nivel estatal o municipal, los avisos de licitación deberán publicarse en el Boletín Oficial del Estado correspondiente y adicionalmente en un periódico importante del mismo.

Aunque por lo general se concede trato nacional a los proveedores extranjeros legalmente establecidos o representados en el país, se dispone el otorgamiento de una preferencia para los bienes y servicios producidos en el Brasil, como criterio para decidir entre ofertas idénticas. Esto por cuanto, en caso de que una o más propuestas se encuentren en igualdad de condiciones, se establece que se utilizará como criterio de selección entre ambas, y en el orden de importancia enumerado, los siguientes:

- I. Bienes o servicios producidos o provistos por empresas brasileras de capital nacional.
- II. Bienes o servicios producidos en el país.
- III. Bienes o servicios producidos o prestados por empresas brasileras.
- IV. Bienes o servicios producidos o prestados por empresas que inviertan en investigación y desarrollo de tecnología en el país.

Además, es obligatorio para los agentes públicos, el otorgamiento de establecer un tratamiento privilegiado las empresas brasileras con respecto a las extranjeras. Sin embargo, no se trata de una preferencia que implique un porcentaje de “tolerancia” para con el precio de las empresas locales, sino que por el contrario, se trata de preferencias de otra índole, como ser preferencias de tipo comercial, legal, laboral o incluso pueden referir a la moneda, modalidad y pagos establecidos en el contrato.

Constitución Nacional

Según el artículo 37 apartado XXI de la Constitución Federal Brasileña, la contratación pública debe ser regulada por una ley específica y -con excepción de los casos detallados en la ley- las obras, los servicios, las compras y las ventas públicas, han de ser contratados mediante procedimientos de licitación pública, que garanticen la igualdad de condiciones

para todos los oferentes, con cláusulas que establezcan las condiciones técnicas y económicas necesarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas.

Esta prescripción, se refleja en la Ley de Licitaciones, que establece como regla general que todas las adquisiciones de productos y contrataciones de trabajos y servicios deben someterse a licitación.

Ley N° 1203/06 Complementaria Micro y pequeñas empresas.

El capítulo 5 de esta ley, denominado *“Del acceso a los mercados – Adquisiciones Públicas”*, refiere a la participación en los procesos licitatorios de las micro y pequeñas empresas, estableciendo que las mismas, dispondrán de un margen de beneficio del 10 % cuando el precio por ellas cotizado, sea igual o hasta ese margen mayor, al de la mejor oferta presentada por una empresa no calificada como tal.

Para la efectiva materialización de esta preferencia, se exige la presentación, dentro de los 2 días hábiles siguientes al de la adjudicación, del certificado que avale la categoría de micro o pequeña empresa declarada al momento de la presentación. El eventual no cumplimiento de esta disposición, tendrá el efecto de anular la adjudicación, debiéndose convocar a las restantes empresas para proceder a una nueva resolución.

Adicionalmente, otra preferencia consagrada en la ley a favor de estas empresas, se materializa en el establecimiento de un sistema de cupos exclusivos, que determina la existencia de procesos licitatorios reservados para las mismas, más concretamente, aquellos que involucren montos menores a los *80.000 reales*²⁰.

Se dispone además que, la subcontratación a otro tipo de empresas, no podrá exceder el 30% de la oferta total.

²⁰ Monto vigente al momento de realizada esta investigación.

Debe señalarse también, que no son los descritos los únicos beneficios presentes en esta ley a favor de estas micro y pequeñas empresas, sino que los mismos, se suman a un conjunto de beneficios dado por otras medidas como: i) la desgravación a las exportaciones; ii) la posibilidad de acceder, por simple asociación de pequeñas empresas (consorcios simples), a un número mayor de mercados, de modo de aprovechar además los beneficios de la aplicación de economías de escala; y iii) la afectación, de hasta un 20%, de los recursos públicos, a la inversión tecnológica de las micro y pequeñas empresas, con el objetivo de incrementar el valor agregado de sus productos y volverlas más competitivas.

Una particularidad a destacar del caso brasilero, en comparación con lo visto hasta el momento en materia de preferencias, resulta ser el hecho de que se habilita la existencia de una preferencia de tipo territorial al interior del país, ya que se faculta a cada estado, al establecimiento de preferencias en favor de sus micro y pequeñas empresas con el objetivo de fortalecer las economías locales.

6.2.3. EE.UU.

Ley “Buy American Act” (BAA).

La ley que regula las compras públicas en los Estados Unidos, es el denominado “*US Code*”, y en particular su Título 41, en el cual se establecen los lineamientos generales que rigen las contrataciones públicas en ese país.

Las secciones comprendidas desde la “**10a**” a la “**10d**” de dicho título, se conocen a su vez como “*Buy American Act*” (BAA), y en principio, aplican para cualquier tipo de contratación pública realizada por el Gobierno Federal de los Estados Unidos.

Las disposiciones establecidas en el BAA, crean preferencias de tipo “precio” en favor de los bienes finales domésticos producidos por las empresas norteamericanas, en las

contrataciones públicas realizadas a nivel federal, y específicamente, favorece a dos grandes rubros:

- Productos mineros no manufacturados o producidos en Estados Unidos.
- Los productos manufacturados en los cuales el costo de los insumos estadounidenses excede el 50% del costo de todos los insumos utilizados.

A su vez, el BAA crea una preferencia precio para las “Pymes” de un **12%** y de un **6%** para el resto de la industria nacional, salvo en los casos en que:

- i) los productos sean utilizados fuera de USA;*
- ii) los productos comprados no existan en una cantidad razonable a un costo razonable;*
- iii) se trate de un producto único o se trate de un ítem de interés público; y*
- iv) en los casos de las compras a países, con los que USA tenga acuerdos comerciales vigentes.*

Con respecto a la definición de “*small business*” (pequeñas empresas), la misma varía dependiendo del tipo de industria de que se trate, y se define de acuerdo al número de empleados (entre 500 a 1.500) y/o promedio anual de utilidades (entre U\$S 500.000 a U\$S 25 millones). La definición de pequeña empresa implica también, que la misma tenga presencia en los EE.UU., y sea independiente en términos de filiación, de cualquier empresa grande del país o del extranjero.

Se establece además, que se entenderá por pequeña empresa, cualquier entidad lucrativa situada en los EE.UU., que paga impuestos y/o hace uso de productos americanos, material y/o fuerza laboral. Para estas empresas, existe una preferencia exclusiva impuesta

por la normativa, que consiste en reservar todos los contratos cuyos montos sean menores a U\$S 2.500, si existe una expectativa razonable que al menos dos pequeñas empresas presentarán ofertas y que las mismas participarán en forma justa y competitiva a un precio razonable. A esta disposición se le denomina “la regla de dos”.

Otro elemento a destacar en la normativa de los EE.UU., es que muchas veces las compras entre los distintos Estados, se ven afectadas por la existencia también de preferencias locales a cada Estado, en detrimento de los otros.

Así es que, cerca del 50% de los Estados aplican, en su comercio con otros Estados del país, preferencias en razón de reciprocidad: *si el otro estado discrimina a sus proveedores, se actuará de la misma manera*. Una tercera parte de los Estados en cambio, aplica preferencias en razón de la oferta: *en igualdad de condiciones, se favorecerá la oferta del residente local*; en tanto que otros Estados las aplican únicamente en razón del origen del producto.

Ley “Small Business Act” (SBA) - Protección a “Pymes” a través de sistemas de cupos.

La “**Small Business Administration**” (SBA, traducida al Español), es la Agencia Federal de los Estados Unidos para el Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa. Se creó en 1953 y es la segunda organización más antigua de los Estados Unidos, vinculada con la promoción de este tipo de emprendimientos.

Las “Pymes” pueden, a través de esta agencia, acceder a certificarse dentro de tres grandes grupos con diferentes beneficios y obligaciones:

➔ **Programa de Pequeños Negocios en Desventaja**

➔ **Programa de Desarrollo Empresarial**

➤ **Programa de Fortalecimiento de Zonas Subutilizadas**

El Programa de Pequeños Negocios en Desventaja (SDB), está diseñado para tratar a las pequeñas compañías de manera equitativa y apoyarlas a conseguir negocios tanto en el sector privado como en el público.

Una vez que el SDB se ha certificado, la empresa en cuestión será elegible para beneficios específicos en cuanto a las licitaciones.

Para el Programa de Certificación como Pequeño Negocio en Desventaja, el valor neto de sus posesiones debe ser menor a los *U\$S 750.000*²¹ después de tomar en cuenta ciertas exclusiones que se aplican por ley.

El Programa de Desarrollo Empresarial, es una iniciativa que ayuda a los pequeños negocios en desventaja a competir en la economía americana. El programa está dividido en dos etapas,

1-Etapa de desarrollo

El objetivo de esta etapa apunta a la asistencia personalizada para paliar las desventajas económicas que existen cuando se quiere expandir un negocio y para hacer crecer las relaciones comerciales.

2-Etapa de transición

La etapa de transición está diseñada para ayudar a los participantes del programa a ser más efectivos en la promoción, tanto con el sector gubernamental como con las grandes empresas en cuanto a negociaciones complejas, y a prepararlos para un programa posterior de expansión y desarrollo.

²¹ Monto vigente al momento de esta investigación.

Inicialmente, para ser elegible para el Programa de Desarrollo Empresarial, la empresa deberá tener menos de U\$S 25.000²² de patrimonio después de tomar en consideración ciertas exclusiones aplicables por ley. Para mantenerse como elegible dentro del programa, después de ser admitido, se deberá poseer menos de U\$S 750.000²³

El Programa para el Fortalecimiento de Zonas Subutilizadas, está diseñado para estimular el desarrollo económico y crear trabajos en comunidades urbanas y rurales.

El programa provee oportunidades de contratación para pequeños negocios que estén ubicados y tengan empleados que vivan en “zonas de negocios históricamente subutilizadas”.

Las “Pequeñas Empresas en Desventaja” son elegibles a un "ajuste en la evaluación de precios" de hasta de un 10% cuando cotizan como contratistas principales.

Adicionalmente, se proporcionan incentivos económicos para grandes negocios que usan a las SDB como subcontratistas.

Por otro lado, una empresa del Programa de Zonas Subutilizadas, cuando se somete una oferta en competencia sin restricciones, puede ser elegible para un ajuste en la evaluación del precio del 10%.

²² Monto vigente al momento de esta investigación.

²³ *Idem.*

6.3. Análisis comparativo

Esquema comparativo	Uruguay	Argentina	Brasil	EE.UU.
Definición de Bien Nacional / Calificación para la la preferencia	<u>Doble condición:</u> i) % Integración nacional. ii) Cambio de partida arancelaria.	<u>Condición:</u> % Integración nacional.	No distingue según la nacionalidad de los bienes. La ley establece privilegios para las empresas brasileras respecto de las extranjeras.	Bienes finales producidos por empresas locales; productos c/ más de 50% nacional; y los producidos totalmente en el país.
Preferencia a la Industria Nacional	8% sobre el precio ofertado.	5% sobre el precio ofertado.	Tratamiento diferenciado ante ofertas idénticas.	6% sobre el precio ofertado.
Definición de PYMES	<u>Criterios:</u> *Personal ocupado *Ventas anuales en UI	<u>Sectores:</u> Agropecuario, Industria y minería, Comercio, Servicios. <u>Criterio:</u> *Ventas anuales sin IVA.	<u>Criterios:</u> *Personal ocupado *Ventas anuales	<u>Criterios:</u> *Personal ocupado. *Ingresos brutos anuales.
Preferencia PYMES	i) Vs. oferentes extranjeros - 20% i) Vs. oferentes nacionales - 10% (s/Integración nacional)	7% sobre el precio ofertado. (+5% para igualar la mejor oferta nacional)	10% sobre el precio ofertado.	12% sobre el precio ofertado.
Reserva de Mercado	NO.	PYMES.	PYMES.	PYMES – “Regla de dos”.

Márgenes de preferencia: La primera conclusión que se extrae del análisis de las distintas legislaciones relevadas, es que en todas se establecen preferencias como una medida de protección a las industrias nacionales.

Ámbito de aplicación: En los cuatro países, el ámbito de aplicación se divide en dos escenarios. Un primer escenario presentado como una normativa general que incluye a la industria nacional en su totalidad, y un segundo escenario para el caso específico de las “Pymes”.

Base de Cálculo: En las tres legislaciones en las cuales existe un régimen general de preferencia para la industria nacional, materializado a través de la aplicación de un porcentaje de beneficio (Argentina, EE.UU. y Uruguay), el mismo resulta aplicable sobre el *precio del bien ofertado*.

Cuando nos referimos al régimen particular para PYMES en cambio, nos encontramos que en estas legislaciones, el referido beneficio se aplica sobre el porcentaje de integración nacional, con la salvedad que en el caso de Uruguay, el organismo contratante debe aplicar a este tipo de empresas el régimen que le sea más favorable, de entre este y el régimen general. En el caso de Brasil, sin embargo, la normativa establece que la preferencia se aplicará sobre el precio de la mejor oferta.

Requisitos exigidos para la aplicación del margen: Salvo la legislación de Brasil, que no distingue según el origen de los bienes, todas las legislaciones estudiadas exigen que estemos ante la presencia de un bien nacional para que aplique la preferencia.

Para que aplique la preferencia antes mencionada todas las legislaciones exigen que estemos ante la presencia de un bien nacional, la diferencia se plantea a la hora de definir el concepto de bien nacional para cada uno de los países mencionados.

Definición de “bien nacional”. En todos los casos citados en el punto anterior, se exige un porcentaje mínimo de integración nacional, el cual difiere según la normativa.

Cabe destacar, que la ley Argentina otorga la posibilidad de que las materias primas o insumos utilizados en la producción del bien, sean nacionalizados y no necesariamente de origen nacional.

Es de orden señalar, que además del citado porcentaje, la legislación uruguaya exige otra condición que es la del cambio de partida arancelaria del bien producido.

Cuándo aplicar el margen: En todos los casos el margen aplica solo ante igualdad en la calidad del bien ofrecido, servicio prestado u obra realizada. Este requisito es común a todas las legislaciones, las cuales solo difieren a veces en el término empleado, siendo en algunas normativas más estrictos que en otras.

Preferencias regionales: Una particularidad, presente tanto en la legislación Brasileira como en la de EE.UU., es la atribución otorgada a algunos estados de aplicar determinadas preferencias a favor de sus empresas locales en su competencia con el resto de las empresas.

Reserva de mercado: Excepto la legislación uruguaya, todas las legislaciones estudiadas hacen referencia a esta clase de reserva. La preferencia aplica para Pymes y se establece que todos los contratos menores a determinado monto (80.000 reales para Brasil y 2500 dólares para USA) o un porcentaje del total de compras realizadas por el Estado (el 10 % de todas las compras para el caso de Argentina), serán exclusivos para este tipo de empresas.

Solo las legislaciones de Brasil y USA hacen referencia a esta clase de reserva, en ambas la preferencia aplica para Pymes y se establece que todos los contratos menores a determinado monto (80.000 Reales para Brasil y 2500 dólares para USA) serán exclusivos para este tipo de empresas. Tanto en Uruguay como Argentina no existe esta clase de preferencia.

Acuerdo de Contratación Pública: El único país de los cuatro analizados que esta adherido a dicho acuerdo es USA, esto significa que dicho país no podrá hacer efectivas sus medidas proteccionistas en acuerdos comerciales con países que también hayan firmado dicho acuerdo.

Ofertas por volúmenes parciales: Con el objetivo de que las “Pymes”, puedan participar en procesos licitatorios que por la cuantía demandada los hicieran inaccesibles para las mismas, es que tanto Argentina como Brasil prevén legalmente la posibilidad de que estas empresas oferten por volúmenes parciales, o incluso de ser subcontratadas por empresas de mayor envergadura (EE.UU.), no existiendo ninguna de estas posibilidades en la legislación uruguaya.

Definición de Pymes: El criterio utilizado para definir a las empresas como “Pymes” varía en cada legislación. Es así que, mientras en Uruguay y Brasil se clasifican a las mismas en función de dos criterios: “número de personal ocupado” y “ventas anuales”; en Argentina y EE.UU. realizan en primera instancia una subdivisión por sectores para luego pasar a una clasificación según el criterio de “ventas anuales” en Argentina, y “personal empleado” y “promedio de utilidades anuales” en EE.UU.. Además se exige para el caso de EE.UU., que las mismas tengan presencia en su territorio nacional y sean independientes, es decir, que no estén asociadas a empresas de mayor tamaño o a empresas extranjeras.

Financiamiento de organismos internacionales: Cuando un organismo internacional que otorga financiamiento (BID o Banco Mundial), brinda un préstamo a una institución pública para realizar un contrato de obra, los márgenes de preferencia no aplican. Esto es igual para todos los países, ya que para todos los Estados, la normativa internacional prima por sobre la nacional.

Capítulo VII – TRABAJO DE CAMPO

7.1. Objetivos del capítulo

Con el fin de cumplir los objetivos planteados al inicio de esta investigación, es necesario conocer la posición, que respecto del otorgamiento de preferencias a la industria nacional y su aplicación en el Uruguay, existe entre los principales actores involucrados.

A estos efectos, se entendió importante el diseño de un cuestionario a realizar a los entrevistados, con preguntas abiertas, que posibilitaran que estos se expresen con la mayor libertad y amplitud posible, sobre los distintos temas de interés.

Para la selección de los consultados, se definieron en primera instancia 3 grupos:

- i.* un primer grupo, integrado por aquellos responsables de las áreas del Estado, que se ven afectadas por la obligación de aplicar las preferencias a la industria nacional, hoy vigentes en nuestra legislación;
- ii.* un segundo grupo, formado por los representantes de los intereses de las empresas, a las cuales la aplicación de esta herramienta pretende beneficiar; y
- iii.* un tercer grupo, compuesto por aquellos que, sin pertenecer a ninguno de los dos grupos anteriores, participaron de alguna manera en las etapas de diseño y discusión de la normativa hoy vigente.

7.2. Entrevistas realizadas

En primer lugar, a los efectos de profundizar sobre algunos aspectos de la normativa vigente, la primera entrevista realizada fue con el Economista **Álvaro Ons**, quien se desempeña como **Director de la Asesoría de Política Comercial del Estado**. Además de su colaboración en el proceso que culminó con los recientes cambios en la normativa referente a los márgenes de preferencias a la industria nacional, actualmente tiene una participación activa en el diseño, aún en curso, del *“Programa de Contratación Pública para el Desarrollo”*.

El cronograma de entrevistas prosiguió según el siguiente detalle:

Cra. Shirley De Armas	Gerente - Área Logística - Ministerio del Interior
Sra. Cristina Oromi	Jefe de Compras Exterior - Gerencia de Compras – ANCAP
Esc. Adriana Gomila	Registro Nacional de Empresas de Obra Pública – MTOP

(Con el objetivo de conocer la opinión de aquellos responsables de las áreas del Estado que se ven obligadas a la aplicación de preferencias a favor de la industria nacional)

Sr. César Bourdiel Blanco	Director - Operaciones de Comercio Exterior - Cámara de Industrias del Uruguay
Sr. Ricardo Alba	División Empresas – Director

(Con el objetivo de conocer la opinión de los representantes de las empresas que eventualmente pueden verse beneficiadas por la aplicación de las preferencias)

Los tópicos planteados fueron:

- La participación del Estado en la economía y la evolución que la misma ha tenido a lo largo de la historia.
- Fundamentos de la aplicación de preferencias a la industria nacional, como herramienta de política económica.
- La aplicación de preferencias a la Industria Nacional en el caso del Uruguay en particular
 - ✓ Fundamentos, efectos y evaluación de los recientes cambios en la normativa
 - ✓ Difusión de la normativa y receptividad a la misma por parte de las empresas
 - ✓ La aplicación de preferencias en el caso particular de las MPYMES

Más allá de estas cuestiones de carácter más general, que sirvieron como excusa para el desarrollo ordenado de las entrevistas, debe señalarse que cada uno de los entrevistados, fue consultado también sobre distintos temas particulares a su área de responsabilidad. Esto sin perjuicio además, de otras interrogantes que fueron surgiendo a lo largo de cada una de las reuniones, las cuales fueron oportunamente planteadas.

7.3. Breve reseña de las entrevistas

Se exponen a continuación, los aspectos más destacables de cada una de las entrevistas realizadas, los cuales a juicio de los responsables de esta investigación, son imprescindibles para conocer fielmente las opiniones de los consultados, respecto de los distintos temas de interés tratados a lo largo de este trabajo.

Ec. Álvaro Ons

“Buscar el desarrollo de la MicroPyme, no la mera preferencia”

Ec. Álvaro Ons

Con el objetivo de conocer más a fondo el proceso de elaboración de la reciente normativa, se entendió oportuno comenzar el trabajo de campo con una entrevista a Álvaro Ons, quien como ya fuera señalado, estuvo íntimamente vinculado al diseño de la misma.

En primer lugar, se le solicitó que explicara el por qué de la modificación del margen de preferencia a la industria nacional en las contrataciones del Estado, de un 10 % a un 8 %: Como respuesta a esta interrogante, el entrevistado afirmó enfáticamente, que lo primero a tener en cuenta, es el hecho de que la referida modificación, si bien implica una baja en el porcentaje de preferencia aplicable, de ninguna manera debe ser tomada como una disminución en la preferencia a otorgar, ya que en la mayoría de los casos, la preferencia termina siendo aún mayor. Esto como consecuencia del cambio en la metodología de cálculo, que determina la aplicación del porcentaje de preferencia sobre el valor total de la oferta, en contraposición a la normativa anterior según la cual, el referido margen se aplicaba sobre el porcentaje de integración nacional. Continuó el razonamiento expresando que, si a esto se le suma el hecho de que la industria nacional en general, y más aún en el caso particular de los bienes, tiene un alto contenido de integración no nacional, se deduce que sin dudas se trata de una situación claramente más favorable para las empresas nacionales, que aquella determinada por la normativa anterior. Destacó también, la importancia de la

exigencia de un cambio en la partida arancelaria, como modo de garantizar la existencia de un genuino proceso de transformación en el país.

Consultado luego sobre la aplicación del beneficio en el caso particular de las “MICROPYME”, el entrevistado centró su respuesta en el análisis de lo que se espera del Programa de Contratación Pública para el Desarrollo. En este sentido, subrayó la importancia de que el mismo no se agote en el otorgamiento de una preferencia, sino que implique además, la exigencia de determinadas condiciones a estas empresas con el objetivo de imponerles metas que contribuyan a su efectivo desarrollo, *“por encima de la mera preferencia”*.

Respecto de la eventualidad de que los cambios recientes en la normativa, estuvieran influenciados por leyes vigentes en otros países, o por normativas existentes en el ámbito de la OMC, el entrevistado respondió que no había ninguna vinculación en este sentido y que además, en el caso particular de la OMC, debe tenerse presente que no existen hoy en la organización, disciplinas multilaterales referidas a compras públicas. Comentó además, sobre la existencia de un acuerdo con Chile, el cual se encontraba firmado al momento de la entrevista y a la espera de ser ratificado en el Parlamento. En el mismo, si bien se incluye el otorgamiento de trato nacional para los bienes chilenos, se dispone como contrapartida, una reserva de un 15% de las contrataciones públicas en el mercado uruguayo para las cuales no rige dicha condición.

De la entrevista con el Ec..Álvaro Ons, debe señalarse que quedó la sensación de que existe, por parte de quienes estuvieron más vinculados al proceso de diseño de la nueva normativa, cierto hermetismo, o en todo caso, cierta resistencia a la revelación de los detalles más particulares que caracterizaron su proceso de elaboración. Más allá de esto, no debe dejar de reconocerse que se trató de un encuentro que contribuyó al enriquecimiento de la investigación y significó un buen punto de partida para el resto del trabajo de investigación.

 **Ministerio del Interior**

“El objetivo del Estado, es que compre bien y a menor precio”

Cra. Shirley de Armas

Uno de los compradores más importantes que presenta el Estado actualmente, es el Ministerio de Interior. Es por eso, que la opinión de la Cra. Shirley De Armas, que actualmente ocupa el cargo de Gerente del Área de Logística, resultó de singular importancia para la confección de este trabajo.

La Cra. De Armas, consultada en primer lugar sobre su opinión acerca de la aplicación de márgenes de preferencia, expresó sus dudas respecto a que esta sea la mejor manera de ayudar a las empresas locales. Además, señaló que el otorgamiento de este tipo de preferencias, está reñido con uno de los principales objetivos que tiene el Estado, y que es el uso eficiente de los recursos, *“comprar bien y a menor precio”*. Planteó la alternativa de brindar ayuda a las empresas locales mediante la adopción de otro tipo de medidas, de tipo impositivo por ejemplo, pero remarcó que no debiera hacerse a través de las compras del Estado.

No obstante lo anterior, destacó que en el caso del Ministerio del Interior, no tenía conocimiento de que se hubiera verificado en la práctica el otorgamiento de algún tipo de preferencia, y menos aún, en el caso de las empresas más pequeñas, las cuales a su entender, enfrentan numerosas dificultades para participar en los procesos de contratación del Estado por cuanto, muchas veces, se trata de licitaciones que involucran demandas importantes que estas empresas no pueden abastecer y que además no pueden ser fraccionadas. Lo anterior, sin dejar de lado además, el obstáculo que significa el costo de la presentación de los certificados que se les exige, e incluso, las garantías necesarias para contratar con el Estado.

Finalmente, manifestó que a su entender, se trata de una normativa sumamente compleja, lo cual conspira también contra su efectiva aplicación en la práctica.

 **ANCAP**

“Es comprar más caro innecesariamente”

Sra. Cristina Oromi

La entrevista con la Sra. Cristina Oromi, quien se desempeña como Jefe de Compras Exterior, en la Gerencia de Compras de ANCAP, significó una instancia muy importante en el desarrollo de esta investigación, por cuanto la entrevistada manifestó las mayores resistencias a la aplicación de márgenes de preferencia a favor de las empresas locales.

En opinión de Oromi, la aplicación de estos márgenes implica, a veces, *“comprar más caro innecesariamente”*, ya que entiende que, aquél tiene una fabricación nacional buena y competitiva, razonablemente no debería necesitar esa protección para ganar en un proceso de licitación. Sostiene que se trata de una medida proteccionista y que no va a favor de que las empresas adquieran eficiencia.

Respecto de la voluntad de la norma de equiparar determinadas asimetrías existentes en el mercado, la entrevistada opinó que resulta absurdo querer forzar con una ley, aquello que no puede darse por sí mismo en el mercado. Sostuvo además en este sentido, que el objetivo de la ley podría resultar admisible siempre y cuando el mismo, fuera por un tiempo acotado y estuviera complementado además, con la exigencia de una contrapartida a las empresas, con el objetivo de que las mismas sean más eficientes.

Finalmente, nos manifestó que desde el cambio de la normativa, son muy pocos lo que declaran la integración nacional, lo cual en su opinión, se debe al modo en que deben probarla, es decir, la exigencia de la presentación del certificado que acredite tal situación, uno por cada producto, y a costo del oferente.



MTOP

“El Ministerio de Transporte y Obras Públicas constata cuando una empresa puede calificar para aplicar la preferencia”

Esc. Adriana Gomila

Con el objetivo de continuar relevando la opinión existente entre las distintas áreas del Estado, y conocer además algunos detalles acerca del funcionamiento del Registro Nacional de Empresas de Obra Pública, la ronda de entrevistas continuó con la visita a la Escribana Adriana Gomila.

En primer lugar, explicó que la función del mencionado registro, que funciona bajo la órbita del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, es la de expedir certificados en los cuales ya se indica que cumple con la calidad de nacional por cuanto, el elemento determinante a estos efectos, es el “domicilio”. Sin embargo, aclaró que esto no implica que una empresa de origen extranjero no pueda participar en un proceso de licitación del Estado uruguayo para la realización de una obra pública. Ello, porque existen casos en los cuales, aún tratándose de empresas de origen extranjero, las mismas pueden acceder a contratar con la Administración Pública. Destacó en este sentido, el caso de licitaciones que se lleven a cabo en el marco de préstamos otorgados por organismos internacionales, como el Banco Mundial o el BID, casos en los cuales la participación de estas empresas, puede verse favorecida por normas propias al contrato de préstamo, que dejen sin efecto la aplicación de ningún tipo de preferencias a la industria local. Otro caso, es el de empresas de origen extranjero, que se instalen en el Uruguay, lo cual significa el cumplimiento de la condición de domicilio constituido en el país, y el acceso de esta manera a la posibilidad de verse beneficiadas por la aplicación de las preferencias dispuestas en favor de la industria nacional.

Sobre su opinión respecto de la aplicación de los márgenes de preferencia, la Sra Gomila se mostró algo favorable a la misma. Esto por cuanto sostuvo que en los últimos años y en la actualidad, las políticas del Gobierno apuntan a atraer la competencia de

empresas extranjeras hacia nuestro país. Planteado así, la aplicación de preferencias a las empresas locales, aparece como una alternativa para mitigar los efectos negativos que esto pueda tener para las mismas, ya que se trata generalmente de empresas que se encuentran en desventaja frente a las extranjeras, como consecuencia de diferencias importantes de desarrollo y tecnología entre otros.

Cámara de Industria Uruguay (CIU)

“...hay un gran desorden con esto...”

Sr. César Bourdiel Blanco

La entrevista en la Cámara de Industrias del Uruguay, tenía como objetivo el conocer más de cerca la opinión existente en el ámbito empresarial, acerca de la aplicación del beneficio en el Uruguay, y más concretamente, indagar sobre la participación de la Cámara en el proceso de modificación de la normativa y su evaluación de la hoy vigente. La entrevista fue con el Sr. César Bourdiel Blanco, quien se desempeña como Director de Operaciones de Comercio Exterior en la referida institución.

En primer lugar, y en referencia al rol que el Estado debe jugar en la economía de un país, el entrevistado sostuvo que desde la Cámara, siempre se ha defendido y trabajado en la línea de que las compras públicas, pueden y deben, ser un elemento dinamizador y de determinados sectores de la economía.

Respecto de la herramienta en sí misma, y de su opinión personal acerca de la aplicación de preferencias a las industrias locales, el Sr. Bourdiel señaló enfáticamente que no debe verse esto como un “favor”, ni como un “subsidio”, ni como una “medida de tipo proteccionista”, sino que se trata de una “*prioridad*” a favor de las empresas locales, que debe ser entendido como un instrumento válido y justo para el combate de determinadas asimetrías existentes en el mercado, y que en un contexto de creciente intercambio

comercial a nivel mundial, resultan perjudiciales para estas empresas en su competencia con las empresa extranjeras.

Coincidió además, con una idea que ha sido común a la mayoría de las entrevistas realizadas, la de que debe existir una instancia de control posterior sobre las empresas beneficiadas. En este sentido, el entrevistado remarcó, que no debe olvidarse que la certificación que hace la Cámara por ejemplo, es previa incluso a la provisión que del bien se hace al Estado por parte de la empresa seleccionada.

Pero el punto que despierta más críticas desde la institución, si tomamos como representativa la opinión del entrevistado, es la exigencia de una “doble condición simultánea” para la calificación de los bienes como nacionales. Se señala que fue “una mala medida”. Se entiende que estas condiciones nunca debían haber resultado exigencias a cumplir de manera simultánea, sino que por el contrario, el mejor criterio hubiera sido uno que implicara la combinación de ambos, la aplicación de ambos en forma alternativa, pero nunca de manera simultánea. Se cree que esto limita la participación de las empresas, e incluso dejan fuera de la posibilidad de contratar con el Estado, a muchas que verifican la presencia de un proceso genuino de transformación en el país.

Resultó muy interesante también, la visión del Sr. Bourdiel respecto de las causas que llevan a que exista cierta resistencia a la aplicación de las preferencias, por parte de los responsables de algunas áreas del Estado. El entrevistado manifestó que esta situación, responde al hecho de que por parte de los responsables de las compras en el Estado, y más aún en los responsables de las empresas públicas, *“no se ve la lectura de un número total país”*, sino que por el contrario, la visión no va más allá de hasta donde llega la esfera de la responsabilidad de cada uno. No hay una asimilación del hecho de que la preferencia, opera a favor de fomentar el desarrollo de las empresas locales y en consecuencia, el crecimiento en la inversión y el trabajo.

El entrevistado manifestó además, que se verifica desde la Cámara, un incremento sustantivo en la emisión de certificados, a pesar incluso de que hoy en día se sumaron más

instituciones a la posibilidad de realizar dicha emisión. Sin embargo, en opinión del Sr. Bourdiel, esto no se debe a un incremento de la participación de las empresas en los procesos de licitación, sino que tiene su origen en un “reordenamiento”, en la verificación de un proceso de “formalización” de los procedimientos llevados a cabo por parte de los Organismos. Se señaló en este sentido, que antes de esta normativa había mucho “uso y costumbre”, que no estaba 100% ajustado a lo que decía la norma, esto al punto de que, según comentó, en muchas ocasiones los organismos procedían a aplicar un 10% de preferencia, con independencia de la integración nacional presente en las ofertas.

Finalmente, expresó su opinión respecto de la posibilidad de que exista una manipulación de la herramienta por parte de las empresas, manipulación en el sentido de que se puedan ver alterados los porcentajes de integración declarados, o de que incluso, se incrementen los precios de modo de lograr una mayor rentabilidad. En este sentido, opinó que se trata de riesgos que siempre existen, pero que de alguna manera, se ven mitigados por la certificación que realiza la Cámara. Esto porque la misma, significa una reproducción de lo que bajo juramento la empresa declara y la Cámara ratifica.

Dirección Nacional de Artesanías, Pequeñas y Medianas Empresas (DINAPYME)

(Unidad Ejecutora del Ministerio de Industria, Energía y Minería)

“Materializar la preferencia a través de la reserva de mercado”

Sr. Ricardo Alba

La visita a la DINAPYME, resultaba de singular interés para esta investigación, a los efectos de conocer la posición allí existente, ante la aplicación de las preferencias en el caso particular de las micro, pequeñas y medianas empresas. La entrevista fue con el Sr. Ricardo Alba, Director de la División Empresas.

En primer lugar, al ser consultado sobre las barreras existentes para la participación de estas empresas en los procesos de contratación del Estado, el entrevistado sostuvo que

las mismas, suelen tener muchas dificultades para acceder al mercado de las compras públicas, algunas inherentes a las mismas, como por ejemplo problemas de escala; pero también otros problemas externos a ellas, como ser algunos de índole burocrática, que se ven reflejados en los trámites y procedimientos para acceder a la calidad de proveedor MPYME del Estado. Se considera que estos inconvenientes o limitaciones, se podrían paliar por dos vías, la primera, a través de modificar las condiciones exigidas para acceder a dichas compras; y la segunda, por medio de la vía legal en la materialización de la preferencia precio a las MICROPYME y la existencia de un porcentaje de reserva de mercado para las mismas.

Respecto de su opinión, acerca de cual fue el hecho desencadenante de la revisión de las políticas en materia de compras Públicas, el entrevistado señaló que posiblemente la supuesta firma de un TLC con USA, pudo haber puesto de manifiesto la necesidad de proteger a la industria nacional, y fundamentalmente a las MICROPYME, ya que con la firma del tratado, la protección sobre el porcentaje de integración nacional iba a caer. Remarcó a su vez, que las MICROPYME uruguayas son evidentemente más chicas a las MICROPYME americanas, y que por ese lado, se entendió conveniente la instauración de una preferencia a las MICROPYME.

Al ser interrogado, sobre algún mecanismo concreto propuesto por la DINAPYME con relación a las preferencias aplicables a las MPYME, el entrevistado respondió que una idea discutida fue, la de que se aplicara una preferencia variable según el tamaño de la MPYME en cuestión, es decir, que si se tratara de una microempresa por ejemplo, el margen creciera hasta un 16%, decreciendo escalonadamente hasta llegar al 8% para las medianas empresas, idea que al final no prosperó. Otra idea que se planteó, fue la de otorgar un mayor margen o menor margen en función de la “calidad incorporada” por las MICROPYME, calidad que podría ser avalada por la certificación de procesos de mejora continua o de gestión de calidad. Así, las certificadas ISO 9000 podrían tener por ejemplo un 16%; y el resto, si tiene avalado algún certificado de calidad, tendrá un margen menor. Esto se entiende que no prosperó debido a que existen “prejuicios” sobre la certificación de la calidad en Uruguay, y la

posibilidad de una subvención por parte del Estado, basada en la existencia de normas particulares que se aparten de la certificación de calidad del ISO 9000.

Finalmente, consultado sobre la difusión de la nueva normativa y el rol que cumple la DINAPYME en la misma, el entrevistado expresó que la estrategia de difusión debería afrontar simultáneamente 2 flancos: los compradores y los potenciales vendedores. En este sentido, señaló que en el caso de los compradores la situación es más clara, ya que se trataría únicamente de informarlos y exigirles que reporten la información de cuántas compras se le realizaron a empresas que cumplan con la calidad de MICROPYME. En el otro flanco en cambio, la tarea es más difícil, ya que existe un número muy alto de empresas que cumplen con la calidad de MICROPYME en el Uruguay. Si bien esto no quiere decir que todas sean potenciales proveedoras del Estado, si se conoce que, según un informe de la OPP, son 5.500 las empresas proveedoras del Estado, de las cuales solo 600 empresas resultan ser no MICROPYME, lo cual deja a aproximadamente 5000 micro, pequeñas y medianas empresas como proveedores de la Administración Pública. Se señaló además, que la experiencia muestra que la publicidad no es el elemento que tiene mayor impacto en las MICROPYME, sino que los mayores efectos, se logran a través de las actividades “directas”, como talleres de capacitación o charlas que le permitan a las MICROPYME vencer los miedos de la “formalización”, mientras que en el interior particularmente, la forma es trabajar directamente con las cámaras locales, intendencias, etc.

Capítulo VIII – CONCLUSIONES

En el presente capítulo, se expondrán las conclusiones a las que se ha arribado luego de haber cumplido con todas las etapas de análisis previstas para esta investigación, con el objetivo último de estudiar el tema propuesto, abarcando en lo máximo de las posibilidades todas sus características y las visiones que al respecto de las mismas pueden encontrarse entre los diversos actores involucrados.

Pero el estudio de este tipo de herramientas, implica siempre dos aspectos. Por un lado, aquél meramente teórico, es decir, el que hace al análisis de la herramienta en sí misma, en sus características más generales, por encima de las particularidades que la misma puede presentar en su aplicación en un contexto dado; y en segundo lugar, el examen de las características más particulares que hacen a su diseño e instrumentación.

El abordaje del tema desde el primero de los aspectos planteados implica a su vez, necesariamente, un cuestionamiento sobre la manera en la que el Estado debe participar, o no, en la economía del país. En este sentido, es opinión de los responsables de esta investigación, que el mismo debe tener un papel activo, en primer lugar, en lo que hace a la definición del modelo al cual la economía debe ajustarse y las metas que en este sentido se persigan; en segundo lugar al control y seguimiento del desarrollo de las políticas así definidas y en tercer lugar, a la corrección de fallos o desvíos que eventualmente puedan presentarse en su aplicación. Esto se vuelve aún más imprescindible en aquellos países en vías de desarrollo, con economías más reducidas y más débiles, y por tanto, muy vulnerables a un entorno cada vez más marcado por una tendencia, a veces lenta pero firme, a la liberalización de la economía mundial y sus mercados. No debe olvidarse además, la importancia que el Estado tiene en estos casos en su figura de demandante de bienes, obras y servicios, al punto tal que algunas empresas, se organizan en torno a la satisfacción de esta demanda y dependen de la misma para su subsistencia. Y es justamente la subsistencia de una industria nacional fuerte la que, a su vez, resulta fundamental como motor del desarrollo de la economía de estos países, por su contribución al PBI y al mantenimiento de

niveles sostenibles de empleo, lo cual en última instancia, contribuye a elevar el nivel de vida de sus habitantes.

Es en este contexto entonces, que la alternativa de otorgar preferencias a la industria nacional en las contrataciones del Estado, resulta una herramienta sumamente válida, positiva y hasta necesaria, cuando determinadas asimetrías en la economía se presentan perjudicando a las industrias locales de los países más débiles, en beneficio de aquellas empresas provenientes de los países más industrializados que, con su desarrollo tecnológico y el poder que le significa la aplicación de sus economías de escala, aparecen como competidores a veces imposibles de superar. Por esta razón, es que suele verse a esta herramienta como una opción legítima al momento de lograr una competencia “más justa” entre estas empresas, como una “herramienta igualadora”, igualadora en el sentido de equiparar aquellas condiciones que el libre funcionamiento de los mercados torna desiguales.

Pero no todo se agota en la importancia del instrumento en sí mismo, sino que por el contrario, es necesario tener presente que ninguna política de este tipo contribuye a los resultados deseados sino es aplicada de una manera adecuada. Y la aplicación de preferencias a la industria nacional no escapa a esta realidad incontestable, de modo que, tanto o más importante que la herramienta en sí misma, resulta ser el adecuado diseño y puesta en práctica de un régimen de preferencias. Así es que, el mismo debería estar precedido por un análisis exhaustivo, integral, serio y profesional, de los eventuales impactos que el mismo pueda tener sobre los distintos actores involucrados y sobre la economía en general. A su vez, esto debe complementarse idealmente, con la existencia de efectivos controles sobre su correcta aplicación y un adecuado seguimiento y monitoreo de su desarrollo, y más concretamente, de las empresas que eventualmente resulten beneficiadas. Esto último, en el entendido de que, no se trata únicamente de otorgar ventajas a la hora de la competencia en los procesos de compra del Estado sino que, debe necesariamente exigirse a las empresas el alcance de determinados niveles de desempeño, así como debe privilegiarse a aquellas que verifiquen el cumplimiento satisfactorio, en tiempo y forma, de los contratos eventualmente suscritos con el mismo.

Ahora pues, una vez expuestas las principales conclusiones respecto del primero de los dos aspectos señalados al principio del capítulo, es decir, el del análisis de la herramienta en sí misma, es momento de centrarse en las particularidades que presenta el otorgamiento de preferencias a la Industria Nacional en el Uruguay y a las MPYMES y las distintas visiones y opiniones que al respecto, han sido recopiladas en el transcurso de esta investigación.

En primer lugar, corresponde una breve reseña de las distintas posiciones que acerca del tema existen hoy en nuestro país. En este sentido vale decir que, por un lado, hay quienes se muestran renuentes ante el hecho de que se otorguen preferencias a las industrias locales en los procesos de compras estatales, por cuanto entienden que esto deriva inevitablemente en una situación en la cual el Estado, termina “financiando ineficiencias” propias a estas industrias. Es decir que, existe la idea entre algunos actores, de que muchas veces, estas eventuales desigualdades que entre las empresas pueden presentarse en el marco de un proceso de contratación del Estado, poco tienen que ver con asimetrías propias al libre funcionamiento de los mercados, sino que por el contrario, tienen un origen más profundo, relacionado con deficiencias propias de las empresas locales. Se entiende por tanto, que el Estado no debe bajo ningún concepto subsidiar este tipo de situaciones mediante el otorgamiento indiscriminado de preferencias y que en lugar de ello, deberían buscarse complementariamente otros caminos o formas de incentivo, que contribuyan al efectivo desarrollo de las empresas locales y no a la mera y sistemática compensación a las mismas por sus incapacidades. En este sentido, se sostiene que en el caso de tomar la decisión de aplicar este beneficio, al menos debe considerarse la adopción de medidas tendientes a asegurar que el mismo llegue a aquellas empresas que efectivamente lo aprovechen para invertir en su desarrollo, debiéndose en el mediano plazo, excluir del mismo a aquellas que así no lo hagan, o que incluso, lo utilicen eventualmente para la realización de maniobras tendientes a mejorar sus márgenes de rentabilidad en las operaciones con el Estado.

Pero como ya se señaló anteriormente, la descripta no es la única posición respecto del tema, sino que existen quienes por otro lado, ven al otorgamiento de este tipo de preferencias, como un instrumento tan justo como necesario para el incentivo y el fomento de

la industria nacional, a través de la igualación de las condiciones en las que las empresas nacionales deben competir con las firmas extranjeras, en los procesos de contratación del Estado. Como fundamento de esta posición, se señala por parte de quienes la sostienen, la necesidad de contrarrestar las ya mencionadas desigualdades originadas en la existencia de un distinto grado de desarrollo tecnológico y aprovechamiento de las economías de escala, pero además, se describe la presencia de otras tantas situaciones particulares de diversa índole, que eventualmente suelen tener impacto en la ampliación de la referida brecha tecnológica y de estructura de costos existente, entre las empresas locales y las extranjeras. En este sentido, se hace referencia al ocasional impacto que pueden significar las diferencias existentes entre las regulaciones a las que estas empresas se encuentran sometidas, sin pasar por alto tampoco, lo que representan las facilidades otorgadas a menudo a estas empresas por parte de organismos bancarios especializados, en el financiamiento de las exportaciones.

De más está decir, que las dos posiciones expuestas en los párrafos anteriores, y que en principio pueden entenderse antagónicas, responden casi inequívocamente, al lugar que a cada uno de los actores involucrados les toca ocupar en el escenario definido por el sistema de preferencias vigente. Así es que, resulta común que las mayores reservas y críticas hacia la aplicación de este beneficio, se encuentren entre los responsables de las compras de aquellas áreas del Estado, que por virtud de las disposiciones legales vigentes al respecto, se ven obligadas a otorgar estas preferencias a las empresas locales, lo cual representa en última instancia, la realización de erogaciones mayores a las que deberían efectuar en condiciones de ausencia de esta protección.

Por su parte, quienes se muestran más favorables a la aplicación de esta herramienta son, lógicamente, las empresas locales que eventualmente pueden resultar beneficiadas por la misma y las organizaciones que las representan y defienden sus intereses. Para éstas, la renuencia a la aplicación de preferencias a la industria nacional existente en algunos responsables de determinadas áreas del Estado, responde a la presencia de una visión acotada a su área de responsabilidad, por encima de una visión integral de los beneficios que este instrumento significa para la economía en su conjunto.

Sin embargo, y en el caso particular de las preferencias aplicadas en el marco de los procesos de contratación del Estado uruguayo, puede adelantarse algo en común a la visión de todos los actores involucrados: la percepción firme de que el tema no fue atendido de la manera adecuada.

Pero en el estudio de las preferencias hoy vigentes en el Uruguay, se debe tener presente además, que la misma es producto de una evolución normativa de más de 40 años, en los cuales se han presentado numerosos escenarios, con variada implicancia para cada uno de los actores involucrados.

En este sentido, y atendiendo a las características principales presentes en cada uno de los regímenes que ha experimentado el Uruguay, suele advertirse la existencia de tres etapas claramente definidas. Una primera etapa, que va desde el nacimiento de las preferencias en la legislación nacional en el año 1961, hasta fines de la década del 80, caracterizada por la existencia de un régimen fuerte de preferencias (40%), el cual incluso se encontró reforzado en numerosas ocasiones por virtud de la utilización de una metodología de cálculo, que implicaba una protección adicional a la originalmente prevista, como resultó ser el caso más claro, de la incorporación del IVA en la valuación de las ofertas extranjeras.

Con la Ley 16.134, de septiembre del año 1990, se marca una ruptura tan importante como radical, en lo vigente hasta ese momento en materia de preferencias a la industria nacional. Se preveía en esta ley, la gradual eliminación de las preferencias vigentes, en respuesta a un contexto de fuerte cuestionamiento de las mismas en los últimos años de la década de los 80'. En este sentido, basta como ejemplo un repaso del Informe: *“La protección industria nacional en las compras del Estado”*. Informe que en el año 1989 presentara el Economista Alberto Sayagués. En particular, al final de dicho trabajo, el citado profesional concluía textualmente que: *“se ha analizado un costoso problema basado en la acumulación de normas, sin adecuado estudio de sus consecuencias, las que han permanecido vigentes más por inercia burocrática que por decisión expresa de su mantenimiento”*; y que: *“parece razonable una pronta racionalización o supresión de este*

régimen de protección adicional”. Si bien, como ya se explicó antes en este trabajo, esta eliminación nunca llegó a verificarse en la práctica, debe advertirse que si marcó en cambio, el comienzo de una segunda etapa en la cual la preferencia vigente sería sustancialmente más débil.

Finalmente, el comienzo de una tercera etapa, se le adjudica a los cambios introducidos desde el año 2007 en adelante, con la extensión de las preferencias a los servicios y los contratos de obra pública, hasta llegar a la normativa hoy vigente. De este modo, el análisis del régimen de preferencias tal cual se presenta hoy en el Uruguay, implica a su vez la consideración no sólo de las características principales del mismo, sino que hace necesario su examen en el contexto antes descrito, referido a la evolución de las normas legisladas en los últimos años, y particularmente, el análisis de los cambios recientemente introducidos.

Así es que, respecto del escenario inmediato anterior al hoy vigente, como consecuencia de la sanción de la Ley 18.362 y el Decreto 13 del año 2009, y dejando de lado la ya mencionada extensión a los servicios y los contratos de obra pública prevista en normas anteriores, se advierte la presencia de una preferencia aún más importante; dado que si bien el margen de preferencia en términos porcentuales pasó de un 10% a un 8%, la metodología de cálculo impuesta principalmente en el caso de los bienes -según la cual el cálculo del porcentaje definido ha de aplicarse sobre el total del precio de la oferta y ya no sobre el porcentaje de componente nacional implícito en la misma-, así lo determina. Tampoco debe despreciarse lo que representa la baja del mínimo de integración nacional exigido, que permite acceder a la calificación de nacional, y con ella al beneficio de la aplicación de la preferencia, por parte de ofertas que verifiquen entre el 35% y el 40% de componente nacional.

Este nuevo escenario trae aparejada una situación en la cual se podría establecer entonces, una especie de punto de quiebre imaginario en atención a los porcentajes de integración nacional implícitos en las ofertas, a partir del cual la preferencia actual resulta más beneficiosa que la anterior. Dicho “punto de quiebre”, se produce cuando las ofertas

posean un 80% de integración nacional. En este caso el impacto de la nueva reglamentación sería nulo, ya que el monto de la preferencia a otorgar resulta ser la misma a la dispuesta por la normativa anterior. Ello se suscita por cuanto la preferencia en términos absolutos, se iguala si se calcula como un 8% sobre el precio de la oferta nacional (según lo dispone el régimen actual), o de acuerdo a la metodología dispuesta por la normativa anterior, que sería de un 10% sobre el 80% correspondiente al porcentaje de integración implícito $[(10\%)* (80\%)$ del precio de la oferta = 8% (sobre el precio total de la oferta)].

Y es ese punto de quiebre o límite, el que divide a aquellas ofertas que resultan más favorecidas por el nuevo régimen, de las que por el contrario resultarían más beneficiadas con la aplicación del régimen anterior.

Planteado esto, cabe destacar un aspecto no menor que marca, a criterio de los responsables de esta investigación, un cambio importante en comparación con el régimen vigente en el escenario inmediato anterior, e incluso, en su comparación a otros aún anteriores. Se trata del hecho, al menos discutible, de que dadas dos ofertas con distintos porcentajes de componente nacional implícito, las mismas reciban (en la medida que cumplan las condiciones dispuestas para su calificación como nacional), idéntica preferencia. Ello se produce por la manera en la que está dispuesto el nuevo régimen; la preferencia es de un 8% sobre el precio para todas las ofertas que cumplan con el referido mínimo del 35% de integración nacional y la condición de salto de partida en el caso de los bienes, pero sin discriminación alguna entre los porcentajes de integración nacional presentes por encima de este límite.

En este sentido, parecería dotada de mayor “justicia” la situación anterior, en la cual la metodología de cálculo de la preferencia significaba una escala progresiva a partir del mínimo de integración nacional exigido, en la cual se verificaba que “a mayor porcentaje de integración nacional, mayor la fuerza de la preferencia”, situación dada por el hecho de que el porcentaje definido se calculaba sobre la parte de componente nacional implícito y no sobre el precio total de la oferta. Lo descrito, determina entonces una situación en la cual, más allá del beneficio que significaba la calificación de una oferta como “nacional” – y con

ella la posibilidad de acceder a la aplicación de la preferencia-, había a su vez una correspondencia entre el monto mismo del beneficio y el componente nacional presente en la oferta en cuestión.

Profundizando el análisis de este punto, y situando nuevamente el examen en las circunstancias definidas por el régimen actual, cabe a su vez preguntarse si esto no podría generar eventualmente, una situación en la cual la tendencia en el largo plazo fuera a la integración de componentes nacionales hasta la medida necesaria para alcanzar el 35% exigido para la calificación de la oferta como nacional, sin que exista un interés por una integración mayor desde el momento en que lo mismo no reportaría ningún beneficio adicional, ya que, con él solo hecho de alcanzar el mencionado 35% (sin olvidar la condición de salto de partida a la que se hará referencia más adelante), se accede al máximo beneficio posible. Lo anterior plantea, a su vez, algunas dudas sobre los impactos que esto podría tener en el mercado interno, desde el momento en que la preferencia además de beneficiar directamente a los proveedores del Estado, también puede entenderse que opera en el sentido de incrementar la demanda de productos nacionales por parte de éstos, lo cual indirectamente, redundaría en un beneficio para el resto de las empresas que, sin ser proveedores directos del Estado, sí lo son de las empresas que con él contratan.

Sin embargo, como contraste a la visión anterior, debe señalarse que la nueva metodología dispuesta, responde a la intención del legislador de beneficiar a la mayor cantidad posible de empresas nacionales, en el entendido de que muchas de ellas presentan un alto porcentaje de integración no nacional.

No obstante, debe destacarse la exigencia de una condición adicional para el acceso a la aplicación de la preferencia. Se trata de la condición conocida como “salto de partida”, la cual ya se encontraba prevista para el caso del régimen particular aplicable a las MPYMES. Esta condición fue introducida, para el régimen general, por el Decreto 13 del año 2009, y consiste en la exigencia de que para obtener la calificación de una oferta como nacional deba verificarse, además del mínimo de integración nacional definido ya en el texto de la ley, un cambio en la clasificación arancelaria que posicione al producto en cuestión en una partida

diferente a la de insumos y materiales importados. Si bien esto no modifica de forma sustancial la situación expuesta anteriormente, sí debe reconocerse que contribuye al menos a asegurar la existencia de un proceso genuino de transformación de origen nacional.

Sin embargo, esto plantea a su vez otra cuestión, que tiene que ver con el hecho de hasta qué punto es necesaria, e incluso conveniente, la exigencia del cumplimiento de estas condiciones de manera simultánea. Esto último, en el entendido de que podrían darse situaciones en las cuales, habiendo un alto porcentaje de componente nacional presente en una oferta, aún así no se verificara un cambio de partida, lo cual sugeriría bajo los términos definidos por la normativa vigente, la ausencia de un genuino proceso de transformación en el país cuando en realidad el mismo puede que haya existido efectivamente. En cambio, si se estableciera una única condición basada en el cumplimiento de un “salto de partida”, se haría necesaria a su vez la definición de excepciones para el caso de algunos procesos para los cuales, el cumplimiento de un cambio en la clasificación arancelaria, no asegura, la efectiva verificación de un proceso de transformación, por cuanto podría lograrse en ausencia del mismo. Esto devendría entonces nuevamente, en la necesidad de establecer además una condición adicional tendiente a asegurar la existencia del referido proceso de transformación, que no podría ser otra que la consideración del porcentaje de componente nacional. De ahí que, a criterio de los suscritos, lo más adecuado sería la existencia de una única condición, basada en el componente o porcentaje de integración nacional implícito.

De todas maneras, más allá de las valoraciones particulares de los distintos actores involucrados y de las expuestas por los responsables de esta investigación, debe señalarse como aspecto positivo la existencia de reglas de origen propias, definidas exclusivamente para el caso de la aplicación del régimen de preferencias vigente, por encima de lo que resultaría la aplicación de reglas de origen ajenas al mismo, como las definidas en el Tratado de Asunción.

Un párrafo aparte merece el examen de la exigencia de la certificación del carácter de “nacional” de los bienes, aunque en este caso se trata de una innovación introducida ya con anterioridad por el Decreto 288 del año 1993. En este caso, la nueva reglamentación sólo

determinó la extensión de la potestad de otorgar dicha certificación a la Cámara Mercantil y a la Cámara Nacional de Comercio y Servicios, que de esta manera, se agrega a la Cámara de Industrias, que era la originalmente designada por el Decreto 288. Se advierte en la ratificación de esta exigencia por parte de la nueva normativa, un aspecto positivo por cuanto se entiende que la misma dota al proceso de la debida transparencia, en el sentido de que toda integración nacional que se declare en el momento de presentar la oferta en cuestión, debe estar avalada por alguna de estas instituciones. Adicionalmente, deben señalarse otros beneficios, al menos en el caso de aquellas empresas que con la intención de acceder a la preferencia, deban someter los detalles de su oferta al visto bueno de estas instituciones. En primer lugar la atenuación, al menos parcial, del riesgo de maniobras tendientes a incrementar los márgenes de rentabilidad mediante una alteración de los precios, al amparo de la ventaja otorgada por la aplicación de la preferencia; y en segundo lugar la contribución al combate del informalismo.

Como aspecto negativo debe señalarse el costo de la certificación, que corre a cargo del oferente, y resulta ser una limitación para la presentación de algunas empresas. Ello ocurre cuando por parte del organismo licitante, no se dispone en los pliegos correspondientes, la posibilidad de presentar el certificado con posterioridad a la adjudicación, lo cual en última instancia permitiría a las empresas incurrir en este costo únicamente en el caso de resultar favorecidas.

Otro aspecto muy importante a destacar en la normativa vigente (algo que ya estaba contemplado para el caso de las MIPYMES desde el año 2007) resulta ser la exclusión de la obligatoriedad de aplicar la preferencia, en el caso de las contrataciones destinadas a aquellas áreas del Estado, que se encuentren en libre competencia. Los fundamentos de esta disposición ya fueron analizados con anterioridad en el transcurso de este trabajo, pero vale recordar que los mismos radican principalmente, en el hecho de evitar a estas áreas un sobre costo que pueda poner en riesgo su competitividad.

Lo analizado hasta el momento, refiere al caso de procesos de contratación destinados a la adquisición de bienes, sin embargo, no debe perderse de vista tampoco el

caso de aquellas contrataciones destinadas a la adquisición de servicios y obras públicas. En este sentido, se entiende que es clave por un lado, el comprender las particularidades que la aplicación de la preferencias presentan en estos casos y que las diferencian de aquellas destinadas a la contratación de bienes; y por otro lado, señalar aquellos aspectos en los cuales el análisis realizado hasta el momento les resulta aplicable.

Una primera particularidad a señalar, refiere a los criterios para la calificación de “nacional” de los servicios y las obras públicas, ya que los mismos, apuntan a la consideración del domicilio del prestador, por encima de consideraciones respecto del carácter objetivo del servicio o la obra en cuestión, como sí sucede en el caso de los bienes.

Por otro lado, en referencia a la base sobre las cual corresponde aplicar el porcentaje de preferencia definido, en el caso de los servicios resultan extensibles, en algunos casos, las consideraciones realizadas para los bienes por cuanto se determina la aplicación de la preferencia sobre el precios de los servicios, pero con la salvedad de que cuando los mismos impliquen la entrega de bienes, no ha de considerarse en dicho precio la parte correspondiente a aquellos que no califiquen como nacionales de acuerdo a las condiciones vigentes de integración nacional y cambio de partida arancelaria.

En el caso de obras, diferente a las dos situaciones anteriores, se dispone que la aplicación del margen, ha de realizarse sobre la parte correspondiente a la mano de obra y materiales nacionales, lo cual se aproxima a la idea del otorgamiento de la preferencia sobre el valor agregado nacional implícito. En este caso también, resulta aplicable en parte el análisis realizado para el caso de los bienes, desde el momento en que se dispone que la determinación del carácter de nacional o no de los materiales, se hará atendiendo también a los dos criterios definidos para los bienes.

En lo que refiere al análisis del caso de las MPYMES, se valora positivamente la existencia de un régimen particular a las mismas, dada la importancia que éstas tienen en el contexto económico nacional. Sin embargo, debe señalarse que se está en presencia de la prolongación de un régimen más allá de lo previsto por la Ley 18.362, la cual en su artículo

44, fijaba el 30 de junio como la fecha límite para la entrada en vigencia del nuevo Programa de Contratación Pública para el Desarrollo. Sin embargo, a la fecha de elaboración de este trabajo (Mayo - 2010) eso no ha ocurrido. Esta situación no puede de ninguna manera ser evaluada como algo positivo, por cuanto se trata del no cumplimiento de los plazos previstos en la propia ley, lo que genera inseguridad y muchas dudas sobre las razones de la demora e incluso sobre su efectiva aplicación en el futuro.

No obstante lo anterior, y sin pretender profundizar en el análisis de un régimen, que según lo dispuesto en la Ley 18.362, será modificado, hay algunas diferencias respecto del Régimen General que merecen ser destacadas.

En primer lugar, la existencia de dos escenarios alternativos a considerar en la aplicación de la preferencia a la MIPYMES, para los cuales corresponde aplicar un margen de preferencia diferente, es decir, una preferencia de un 20% en la competencia con las ofertas extranjeras y de un 10% en su comparación con las demás ofertas nacionales no MIPYMES, aplicados sobre el porcentaje de integración nacional. Esto resulta lógico, e incluso puede entenderse, en un intento por desglosar numéricamente esta preferencia, que la misma deviene de la acumulación de dos conceptos. En primer lugar, un porcentaje destinado a compensar a estas empresas por las desigualdades propias generadas por su menor tamaño, que sería el 10% destinado a igualarlas a las condiciones del resto de industria nacional. En segundo lugar, un porcentaje adicional al primero, otro 10%, destinado a igualarlas a las condiciones de las empresas extranjeras, lo que configura el 20% aplicable en el segundo escenario.

En un examen un poco más exhaustivo, podría decirse que, si la aplicación de un 10% de preferencias a este tipo de empresas supone equipararlas en la comparación con el resto de las ofertas de la Industria Nacional, correspondería luego la aplicación, en una segunda instancia, del régimen vigente para esta última en su comparación con el precio de las ofertas extranjeras. Sin embargo esto no es así, ya que en lugar de un 8% sobre el precio total de la oferta, se otorga a las MPYMES en su competencia con empresas extranjeras, un

adicional de un 10% sobre el porcentaje de integración nacional, que en realidad no es más que el viejo régimen de preferencias.

O sea que, en definitiva, el beneficio otorgado a las MPYMES en su competencia con las ofertas de las empresas extranjeras, resulta ser menor en términos relativos, a aquél otorgado al resto de la industria nacional (un 10% sobre el porcentaje de integración nacional para la MPYMES vs. un 8% sobre el precio total de la oferta para el resto de la industria nacional).

Lo que se intenta decir con todo esto es que, los porcentajes de preferencia de un 10% y un 20% sobre el porcentaje de integración nacional, definidos en el año 2007 para las MPYMES, resultaban ser coherentes con el régimen general vigente a ese momento, pero no resultan de ninguna manera coherentes bajo la nueva normativa y deberían haber sido modificados de modo de adaptarlo a la misma.

Esta situación actual, dispar e inconsistente, generada entre el Régimen General definido para la industria nacional en su conjunto y aquél particular definido para el caso de las MPYMES, es la que lleva a su vez, a la necesidad de prever y regular la posibilidad de que en determinados casos, una MPYME pueda verse más beneficiada por el régimen general, que por el particular creado exclusivamente para su protección. Así es como nace el artículo 14 del Decreto 800 de diciembre de 2008, decreto reglamentario del régimen de preferencias previsto para estas empresas.

Según este artículo, corresponde al organismo contratante, optar por aquél régimen de preferencias que en su aplicación al caso concreto, resulte más beneficioso para las MPYMES. Esto a su vez, determina la necesidad de que estas empresas presenten, conjuntamente con la oferta (así lo dispone este artículo, salvo expresa previsión en los pliegos), la certificación del carácter nacional de la misma incluso bajo las disposiciones del Decreto 13, que reglamenta las preferencias a la industria nacional en general.

Por otro lado, también aparece como incongruente, la existencia de dos mínimos de integración nacional diferentes para la determinación del carácter nacional de los bienes.

Esto lleva a la ocurrencia de situaciones no del todo consistentes, como la de que un mismo bien, producido en las mismas condiciones y bajo el mismo proceso de transformación, sea considerado de carácter nacional o no dependiendo del régimen en el cual se encuentra incluida la empresa que lo produce, cuando en realidad se supone que la nacionalidad o no de los bienes, debería responder a la existencia o no de un proceso genuino de transformación ocurrido en el país, con independencia de la empresa responsable del mismo.

Esta inconsistencia puede ser todavía mayor, ya que pueden darse casos en los que, además de tratarse del mismo bien, producido bajo las mismas condiciones, y por la misma empresa, resulte ser o no considerado de carácter nacional, dependiendo de las circunstancias del régimen a aplicar. La referencia es al caso de ofertas realizadas por MPYMES que verifiquen entre un 30% y un 35% de integración nacional, para las cuales la calificación de nacional, solo le es válida para la aplicación del régimen particular definido para estas empresas, pero no para el caso del régimen general vigente para el resto de la industria nacional.

Ahora bien, esto lleva a pensar sobre los casos en los cuales estas empresas resultarían más beneficiadas de la aplicación de uno u otro régimen. En este sentido, se recurrirá en primer lugar, a la consideración del beneficio aplicable en la comparación de sus ofertas con las presentadas por empresas extranjeras, caso en el cual, las ofertas presentadas por las MPYMES obtendrían una mayor preferencia bajo las condiciones del régimen general, en la medida que presenten un porcentaje nacional implícito inferior al 40%; siendo justamente este 40% el porcentaje que las dejaría en igual situación bajo ambos regímenes $[(8\%)*(\text{Precio total}) = (20\%)*(40\%)*(\text{Precio total})]$.

Sin embargo, el análisis no debe agotarse allí, sobretodo por cuanto la aplicación del régimen general supone la inexistencia de una preferencia aplicable en la comparación con

el resto de la industria nacional. Esto conlleva a que deba considerarse el asunto sin perder de vista ninguno de los dos aspectos, ni el determinado por el escenario de competencia con oferentes extranjeros, ni aquél determinado por la competencia a nivel local con el resto de las empresas nacionales.

Si bien no queda claro la metodología aplicable a los efectos de determinar el régimen más favorable, lo lógico es pensar que la alternativa más sencilla para el organismo es la aplicación de la preferencia por ambas metodologías, por un lado bajo el régimen particular aplicable a estas empresas y por otro bajo el régimen general, como si se tratase de dos empresas diferentes.

Debe señalarse además, la limitación que representa el costo implícito en la necesidad de presentar los certificados, que en el caso de estas empresas resultan ser dos, por cuanto se agrega al de la calificación de nacionalidad de los bienes, aquel expedido por la DINAPYME que acredita el carácter de MPYME.

Por último, debe señalarse la presencia de una limitación inherente a este tipo de empresas, que radica en la dificultad para contratar con el Estado en el caso de procesos licitatorios que impliquen demandas medianamente importantes, no solo por razones de tamaño, sino también por la imposibilidad legal de fraccionar la compra.

Si hubiera que definir, de la manera más sintética posible los resultados del estudio realizado sobre la aplicación de márgenes de preferencia en el Uruguay, bastarían dos palabras: desorden e improvisación.

A partir de la década del 90, luego de los años de mayores cuestionamientos a la herramienta, tanto en su esencia como en su aplicación concreta al Uruguay, múltiples fueron las normativas que se ocuparon de la definición y redefinición, una y otra vez, del sistema de preferencias a aplicar.

El análisis de la evolución normativa, y más concretamente el de los cambios introducidos recientemente, denota la ausencia de un proceso lo suficientemente estudiado y acordado o consensuado entre los distintos actores. Esto conlleva a que no exista un mayor interés y mucho menos compromiso en la aplicación de las preferencias sino que, por el contrario, se las mire con cierto recelo, incluso desde el punto de vista de los propios beneficiados.

A juicio de los responsables de esta investigación, el sistema de preferencias tal cual ha existido, y está actualmente definido en el Uruguay, se aleja del alcance efectivo de los objetivos que con él se persiguen. Se necesita la definición de un plan integral, una batería de medidas que respondan a un todo, coherente y adecuadamente estudiado, en el marco del cual la mera aplicación de preferencias al momento de contratar con el Estado, sea sólo una parte de la cuestión.

Esto requiere en primer lugar, la presencia de una adecuada etapa de planificación, que se entiende resulta fundamental para el éxito futuro de la aplicación de políticas de este tipo. Debe tratarse de una instancia en la cual se fomente la mayor participación posible de todos los actores involucrados, con el objetivo de contemplar al máximo posible los intereses de los mismos y construir así una base sólida, que sirva como respaldo de las normas que se sancionen, y que genere a su vez, un mayor compromiso respecto de su efectiva aplicación, y con ella, la consecución de los objetivos perseguidos.

En lo que tiene que ver ya, con aspectos concretos, que se entiende deberían formar parte de una planificación de este tipo, debe señalarse principalmente la necesidad de que el otorgamiento de preferencias a la industria nacional, esté acompañado de un correcto seguimiento posterior de las empresas beneficiadas. Esto en el entendido de que el acceso regular al beneficio, debe estar condicionado al cumplimiento por parte de las mismas, de determinadas metas y objetivos a mediano y largo plazo, que se pongan de manifiesto mediante el alcance de determinados niveles de desempeño, en base a indicadores oportunamente diseñados a estos efectos. Debe necesariamente exigírsele a las empresas el aprovechamiento del beneficio otorgado, de modo que el mismo, opere como factor de

desarrollo y crecimiento, generando en el largo plazo, una tendencia a la disminución de las distorsiones que justifican su existencia.

En síntesis, que se considera que al menos deberían ser atendidos en el análisis, puede señalarse:

*la creación de un “ranking de proveedores” construido en base al nivel de cumplimiento en tiempo y forma de los contratos suscritos con el Estado;

*el establecimiento de reservas de mercado y la posibilidad de ofertar por volúmenes parciales, de modo de facilitar a las MPYMES el acceso a las contrataciones;

*el diseño de un sistema de preferencias diferenciales que discrimine en favor de determinados sectores productivos cuyo desarrollo se entienda más conveniente y viable fomentar; y

*la definición de preferencias que, además de favorecer a la industria nacional en su competencia con empresas extranjeras, permitan luego otorgar beneficios adicionales cuando compiten con empresas locales y para aquellas ofertas que signifiquen la presencia de un mayor valor agregado nacional.

En definitiva, si bien pueden advertirse algunos avances en el tratamiento de las preferencias a la industria nacional en Uruguay y considerando que el Programa de Contratación Pública para el Desarrollo otorga una esperanza respecto del establecimiento de programas integrales más elaborados, se concluye que aún queda mucho por hacer con el fin de alcanzar un sistema de preferencias efectivo en el cumplimiento de los objetivos para los cuales fue creado.

Capítulo IX – ANEXOS

Ley 18.362 (Octubre - 2008)

Se exponen a continuación, aquellos artículos de la Ley 18.362, correspondiente a la rendición de cuentas y el balance de ejecución presupuestal correspondiente al año 2007, que determina la normativa vigente en materia de preferencias la industria nacional en Uruguay.

LEY 18.362

Artículo 41.-Sustitúyese el artículo 499 de la Ley N° 15.903, de 10 de noviembre de 1987, en la redacción dada por el artículo 653 de la Ley N° 16.170, de 28 de diciembre de 1990, por el siguiente:

"ARTÍCULO 499.- En las contrataciones y adquisiciones realizadas por los organismos mencionados en el artículo 451 de la presente ley y por los organismos paraestatales, se otorgará un margen de preferencia en el precio de los bienes, servicios y obras públicas que califiquen como nacionales.

El margen de preferencia será aplicable siempre que exista paridad de calidad o de aptitud con los bienes, servicios y obras públicas que no califiquen como nacionales.

El margen de preferencia será aplicable en los casos de licitaciones públicas y abreviadas así como en los casos de compras directas por causales de excepción, cuando el monto supere el establecido para la obligatoriedad del pliego único de licitación.

El margen de preferencia no será aplicable en las contrataciones y adquisiciones de bienes o servicios, realizadas por los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados del dominio industrial, comercial y financiero del Estado, destinadas a servicios que se encuentren de hecho o de derecho en regímenes de libre competencia.

Si la compra debe formalizarse en el exterior, se respetarán los convenios con los países incorporados a organismos de comercio, comunidades o convenios aduaneros o de integración o producción a los que está adherido el país.

El margen de preferencia deberá hacerse constar en el pliego de bases y condiciones generales.

En el caso de bienes, el margen de preferencia será del 8% (ocho por ciento) y se aplicará sobre el precio del bien nacional puesto en almacenes del comprador. El Poder Ejecutivo fijará el porcentaje mínimo de integración nacional que se requerirá para que un bien califique como nacional, que no podrá ser inferior al 35% (treinta y cinco por ciento) del precio mencionado. La comparación de precios entre los bienes que califiquen como nacionales y los que no, se efectuará considerando todos los gastos requeridos para colocar los productos en almacenes del comprador y en igualdad de condiciones.

En el caso de servicios, el margen de preferencia será del 8% (ocho por ciento) y se aplicará sobre el precio del servicio. Cuando el servicio incluya el suministro de bienes, el monto sobre el que se aplicará el margen de preferencia no considerará el precio de aquellos bienes que no califiquen como nacionales, según el criterio previsto en el inciso anterior. A estos efectos, los correspondientes pliegos de condiciones generales requerirán que el proveedor identifique el porcentaje del precio del servicio correspondiente a bienes que no califican como nacionales.

En el caso de obras públicas, el margen de preferencia será del 8% (ocho por ciento) y se aplicará sobre la mano de obra nacional y los materiales nacionales. A estos efectos, los correspondientes pliegos de condiciones generales requerirán que el oferente estime y exprese los porcentajes de mano de obra y materiales nacionales que componen el precio de la oferta. Para la calificación de un material como nacional se aplicará el mismo criterio que en el caso de los bienes.

El Poder Ejecutivo definirá los requisitos para la calificación como nacionales de los servicios y las obras públicas y, en el caso de la calificación como nacionales de los bienes, podrá definir requisitos adicionales a los previstos en el presente artículo, a los efectos de asegurar la existencia de un proceso productivo en el territorio nacional.

Deróganse todas las disposiciones que se opongan a lo dispuesto en el presente artículo".

Artículo 42.- Incorpórase al artículo 324 de la Ley N° 16.736, de 5 de enero de 1996, con la modificación introducida por el artículo 245 de la Ley N° 17.296, de 21 de febrero de 2001, el siguiente inciso:

"El Ministerio de Transporte y Obras Públicas establecerá regímenes para la inscripción y calificación de empresas en el Registro Nacional de Empresas de Obras Públicas, que deberán ser similares para empresas nacionales y extranjeras, con las salvedades relacionadas con elementos de calificación cuya implantación resultaría impracticable".

Artículo 43.- Créase el Programa de Contratación Pública para el Desarrollo, en cuyo marco podrán emplearse regímenes y procedimientos de contratación especiales, adecuados a los objetivos de desarrollar proveedores nacionales, en particular micro, pequeñas y medianas empresas y pequeños productores agropecuarios y de estimular el desarrollo científico tecnológico y la innovación.

En cada ejercicio, hasta un 10% (diez por ciento) del monto total de las contrataciones y adquisiciones de bienes, servicios y obras públicas, realizadas en el ejercicio anterior por los organismos mencionados en el artículo 451 de la Ley N° 15.903, de 10 de noviembre de 1987, y los organismos paraestatales, serán realizadas según los términos establecidos en el Programa de Contratación Pública para el Desarrollo. Asimismo, las adquisiciones y contrataciones realizadas bajo este programa por un organismo particular, no podrán superar

el 20% (veinte por ciento) del total de adquisiciones y contrataciones realizadas por ese mismo organismo en cada ejercicio.

En el marco del programa podrán emplearse, entre otros instrumentos, márgenes de preferencia en el precio y mecanismos de reserva de mercado, en favor de productores y proveedores nacionales. En caso de aplicarse un margen de preferencia, éste podrá ser de hasta dos veces el correspondiente previsto en el artículo 499 de la Ley N° 15.903, de 10 de noviembre de 1987, en la redacción dada por el artículo 41 de la presente ley. En caso de recurrirse a reservas de mercado a productores o proveedores nacionales, las contrataciones y adquisiciones realizadas bajo este mecanismo no podrán superar el 10% (diez por ciento) del total de contrataciones y adquisiciones realizadas por un mismo organismo en cada ejercicio.

En todos los casos se exigirán a productores y proveedores nacionales las contrapartidas que contribuyan a la sustentabilidad en el mediano plazo de las actividades estimuladas.

Los márgenes de preferencia previstos en el artículo 499 de la Ley N° 15.903, de 10 de noviembre de 1987, en la redacción dada por el artículo 41 de la presente ley, no serán aplicables en las contrataciones y adquisiciones realizadas según los términos establecidos en el Programa de Contratación Pública para el Desarrollo.

Artículo 44.- El Programa de Contratación Pública para el Desarrollo a que refiere el artículo anterior, incluirá, entre otros:

A) Subprograma de Contratación Pública para el Desarrollo de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas, que estará bajo la coordinación del Ministerio de Industria, Energía y Minería, a través de la Dirección Nacional de Artesanías, Pequeñas y Medianas Empresas.

B) Subprograma de Contratación Pública para el Desarrollo de Pequeños Productores Agropecuarios, que estará bajo la coordinación del Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca.

C) Subprograma de Contratación Pública para el Desarrollo Científico - Tecnológico y la Innovación, que estará bajo la coordinación de la Agencia Nacional de Investigación e Innovación.

El Poder Ejecutivo reglamentará los subprogramas referidos en los literales precedentes y definirá la participación de cada uno de ellos en el monto total previsto para el Programa de Contratación Pública para el Desarrollo.

Facúltase al Poder Ejecutivo a crear y reglamentar nuevos subprogramas, definiendo su participación en el monto total previsto para el Programa de Contratación Pública para el Desarrollo.

Derógase el artículo 136 de la Ley N° 18.046, de 24 de octubre de 2006, en la redacción dada por el artículo 198 de la Ley N° 18.172, de 31 de agosto de 2007, a partir de la implementación del Subprograma de Contratación Pública para el Desarrollo de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas, la que no podrá producirse más allá del 30 de junio de 2009.

Artículo 45.- El Poder Ejecutivo reglamentará el otorgamiento, en las contrataciones y adquisiciones realizadas por los organismos mencionados en el artículo 451 de la Ley N° 15.903, de 10 de noviembre de 1987, y los organismos paraestatales, de márgenes de preferencia en el precio de los bienes, servicios y obras públicas, fabricados o brindados por productores o proveedores de cualquier nacionalidad, siempre que cumplan con normas o certificaciones de calidad, de seguridad, medio ambientales, o de cualquier otro tipo, que se entiendan necesarios y adecuados para estimular la presentación de mejores ofertas.

Artículo 46.- Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 44 de la presente ley, sustitúyese el artículo 136 de la Ley N° 18.046, de 24 de octubre de 2006, en la redacción dada por el artículo 198 de la Ley N° 18.172, de 31 de agosto de 2007, por el siguiente:

"ARTÍCULO 136.- En las contrataciones y adquisiciones realizadas por Poderes del Estado, Entes Autónomos, Servicios Descentralizados, Gobiernos Departamentales y otros organismos públicos, se otorgará prioridad a los bienes, servicios y obras públicas, fabricados o brindados por micro, pequeñas y medianas empresas, definidas éstas según criterios establecidos por el Poder Ejecutivo, excepto para aquellas áreas del sector público que están en competencia directa.

Los porcentajes de prioridad serán los siguientes:

A) 20% (veinte por ciento) sobre el porcentaje de integración nacional, a aplicar a una oferta de micro, pequeñas y medianas empresas siempre que exista al menos una oferta que no califique como nacional.

B) 10% (diez por ciento) sobre el porcentaje de integración nacional, a aplicar a una oferta de micro, pequeñas y medianas empresas cuando todas las demás ofertas califiquen como nacionales.

Los referidos porcentajes de prioridad no son acumulativos con los establecidos en el artículo 374 de la Ley N° 13.032, de 7 de diciembre de 1961, modificativas y concordantes.

La prioridad prevista en el presente artículo únicamente resultará aplicable cuando los bienes ofertados por micro, pequeñas y medianas empresas contengan un porcentaje de integración nacional no menor al 30% (treinta por ciento) y provoque un cambio de partida en la clasificación arancelaria en igualdad de condiciones con la mejor oferta realizada.

En el caso de las obras públicas y servicios, el Poder Ejecutivo definirá los requisitos exigibles.

El Ministerio de Industria, Energía y Minería, a través de la Dirección Nacional de Artesanías, Pequeñas y Medianas Empresas, coordinará acciones en todo el territorio nacional a los efectos del cumplimiento de estas disposiciones".

 **Decreto 13 / 009 (Enero – 2009)**

Se expone a continuación, el texto completo del Decreto 13/009 de Enero de 2009, que reglamenta el régimen de preferencias a la industria nacional en general, previsto en la Ley 18.362.

DECRETO 13/009

VISTO: lo establecido en el artículo 41 de la Ley N° 18.362, de 6 de octubre de 2008, que establece un régimen de preferencia en el precio de los bienes, servicios y obras públicas que califiquen como nacionales en las contrataciones y adquisiciones realizadas por organismos estatales y paraestatales.

CONSIDERANDO: que corresponde reglamentar el referido régimen a efectos de asegurar su adecuada y uniforme aplicación.

ATENTO: a lo establecido en el numeral 4 del artículo 168 de la Constitución de la República y a lo expuesto anteriormente.

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

Actuando en Consejo de Ministros

DECRETA:

Artículo 1 La preferencia en el precio de los bienes, servicios y obras públicas, a que se refiere el artículo 41 de la Ley N° 18.362 que se reglamenta, operará solamente cuando exista comparación de precios entre oferta nacional y no nacional y se ajustará a lo dispuesto en este decreto y en el Pliego Único de Licitación.

De los bienes

Artículo 2 En el caso de los bienes, el margen de preferencia previsto en el artículo 41 de la Ley N° 18.362, será del 8% (ocho por ciento) respecto al producto que no califique como nacional y se aplicará sobre el precio del bien nacional puesto en almacenes del comprador.

Se considera bien nacional, a los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, aquellos que cumplan en forma simultánea las siguientes condiciones:

- 35% de integración nacional ó más; y

- proceso de transformación que le confiera una nueva individualidad, caracterizada por el hecho de estar clasificados en una partida arancelaria (primeros cuatro dígitos de la Nomenclatura Común del Mercosur) diferente a la de los insumos y materiales importados (Salto de Partida).

Artículo 3 Se entiende por integración nacional el resultante de la aplicación de la siguiente fórmula:

$$\begin{array}{l} \% \text{ INTEGRACION} \\ \text{NACIONAL} = \end{array} \frac{\text{PRECIO DEL BIEN} - \text{PRECIO DE INSUMOS MATERIALES} \\ \text{IMPORTADOS}}{\text{PRECIO DEL BIEN}} \\ \text{X 100}$$

La Administración podrá efectuar las verificaciones o peritajes del caso, reservándose el derecho de rechazar la calificación de la oferta como nacional, en forma fundada.).

Artículo 4 La comparación de precios entre los bienes que califiquen como nacionales y los que no, se efectuará considerando todos los gastos requeridos para colocar los productos en almacenes del comprador y en igualdad de condiciones, de acuerdo a lo establecido en los términos del llamado.

Artículo 5 En esta comparación de precios no se incluirán los importes correspondientes a los aranceles de importación de los cuales el bien se encuentre exonerado ni el impuesto al valor agregado.

Artículo 6 A los efectos de la comparación de precios, entre los bienes nacionales y los que no califiquen como tales, se aplicará la siguiente fórmula:

$$PCN = PN - (PN \times 0,08)$$

$$PCNN = PNN$$

Donde:

PCN = precio comparativo del producto nacional con la aplicación de la preferencia a la industria nacional

PCNN = precio comparativo del producto que no califica como nacional

PN = precio del producto nacional puesto en almacenes del comprador

PNN = precio del producto que no califica como nacional puesto en almacenes del comprador

Artículo 7 Cuando los demás criterios de evaluación, establecidos en el pliego, tengan establecida una cuantificación monetaria, la misma se sumará al precio comparativo.

De los servicios

Artículo 8 En el caso de los servicios, el margen de preferencia previsto en el artículo 41 de la Ley N° 18.362, será de 8% (ocho por ciento) respecto al servicio que no califique como nacional.

Se considera servicio nacional, a los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el prestado:

- a) por una persona física con residencia permanente en el país;
- b) por una persona jurídica constituida de conformidad a la legislación nacional ó debidamente constituida en el extranjero con sucursal o representación permanente en el país; ó
- c) por un consorcio cuyos integrantes reúnan las condiciones previstas en el literal anterior.

De las obras públicas

Artículo 9 En el caso de las obras públicas, el margen de preferencia previsto en el artículo 41 de la ley N° 18.362, será de 8% (ocho por ciento) y se aplicará sobre la mano de obra nacional y sobre materiales nacionales de acuerdo a lo establecido en el artículo 2º) respecto de los bienes.

Se considera obra pública nacional, a los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, la ejecutada por:

- a) por una persona física con residencia permanente en el país;

- b) por una persona jurídica constituida de conformidad a la legislación nacional ó debidamente constituida en el extranjero con sucursal o representación permanente en el país; o

- d) por un consorcio cuyos integrantes reúnan las condiciones previstas en el literal anterior.

De la certificación

Artículo 10 Cométese a la Cámara de Industrias del Uruguay, a la Cámara Mercantil y a la Cámara Nacional de Comercio y Servicios del Uruguay la expedición de los correspondientes certificados que acrediten el carácter nacional de los bienes y servicios de acuerdo a las disposiciones del presente decreto.

Artículo 11 Dicho certificado, expedido a solicitud del interesado, deberá contener entre otras, la siguiente información:

- a) nombre de la empresa

- b) descripción del bien y/o servicio

- c) cumplimiento del carácter nacional del bien y/o servicio

- d) N° de licitación

- e) Organismo licitante

Las Cámaras dispondrán de un plazo de diez (10) días hábiles después de efectuada la solicitud para expedir o denegar el certificado según corresponda.

El costo del certificado será de cargo del solicitante del mismo.

Artículo 12 En el caso de las obras públicas la expedición del certificado, que acredite el carácter nacional de la misma, será efectuada por el Registro Nacional de Empresas Públicas del Ministerio de Transporte y Obras Públicas a que se refiere el Decreto Nº 385/992 de fecha 13 de agosto de 1992.

Artículo 13 La presentación del certificado que califica como nacional al bien, servicio u obra pública será de presentación obligatoria previo a la apertura de ofertas, salvo que el pliego disponga lo contrario.

Artículo 14 Derógase el decreto 54/993 de 24 de febrero de 1993 y decreto 288/993 de 22 de junio de 1993.

Artículo 15 Comuníquese, publíquese y archívese.

 **Decreto 800/008 (Diciembre – 2008)**

Se transcribe, el texto completo del Decreto 800/008 del año 2008, reglamentario del régimen particular de preferencias vigente para el caso de las MPYMES en el Uruguay, definido en la Ley 18.362

DECRETO 13/009

VISTO: el art. 46 de la ley 18.362, de 6 de octubre de 2008, que modifica la redacción del art. 136 de la ley 18.046 de 24 de octubre de 2006;

RESULTANDO: que por dicha norma se dispuso que en toda compra estatal se otorgará una prioridad a los bienes, servicios y obras públicas fabricados, brindados o ejecutados por micro, pequeñas y medianas empresas;

CONSIDERANDO: que corresponde reglamentar dicho beneficio, a fin de posibilitar su aplicación;

ATENCIÓN: a lo expuesto, y lo previsto por el num. 4º, del art. 168 de la Constitución de la República;

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

Actuando en Consejo de Ministros

DECRETA:

Artículo 1 A los efectos de la prioridad establecida en el artículo 136 de la Ley No. 18.046, en la redacción dada por el art. 46º de la ley 18.362, en ocasión de contrataciones y adquisiciones de bienes, servicios y obras públicas, fabricados, brindados ó ejecutados por micro, pequeñas o medianas empresas (MPyMES), se entenderá por tales las que cumplan las condiciones en cuanto a Personal Ocupado y Ventas establecidas en el Decreto 504/07 del 20 de diciembre de 2007.

En el caso de los bienes, la prioridad se tendrá en cuenta cuando exista coincidencia entre productor y oferente.

Artículo 2 La condición de MPyME será acreditada a través de un certificado que emitirá la Dirección Nacional de Artesanías, Pequeñas y Medianas Empresas (DINAPYME) del Ministerio de Industria, Energía y Minería, de acuerdo a lo dispuesto por el Decreto 504/07.

Artículo 3 La prioridad concedida por el artículo 136 de la ley N° 18.046, en la redacción dada por el art. 46º de la ley 18.362, comprenderá a todas las contrataciones y adquisiciones realizadas por los Poderes del Estado, organismos públicos, entes autónomos, servicios descentralizados y Gobiernos Departamentales, excepto para aquellas áreas del sector público que estén en competencia directa, lo que deberá hacerse constar

expresamente en el pliego particular o en las condiciones de adquisición del bien, servicio u obra pública de que se trate.

Artículo 4 La prioridad para los bienes, servicios y obras públicas fabricados, brindados o ejecutados por MPyMES se aplicará de acuerdo a los criterios y fórmulas de evaluación establecidas en el presente decreto y se basará en un margen de preferencia sobre el porcentaje de integración nacional.

El margen será el siguiente:

de un 20% (veinte por ciento) sobre el porcentaje de integración nacional, a aplicar a una oferta de MpyME, siempre que exista al menos una oferta que no califique como nacional,

de un 10% (diez por ciento) sobre el porcentaje de integración nacional, a aplicar a una oferta de MpyME, cuando las demás ofertas califiquen como nacionales.

El margen se aplicará sobre el porcentaje de integración nacional que el oferente declare en su oferta, con el detalle establecido en los respectivos pliegos particulares.

Artículo 5 A los efectos de la presente reglamentación no se considerará integración nacional a los productos extranjeros o las partes extranjeras que se adquieran en plaza ni aquellos que provengan de la importación de sus partes y posterior fraccionamiento, armado o preparación para la venta. La Administración podrá efectuar las verificaciones o peritajes del caso, reservándose el derecho de aplicar dicha prioridad sobre el porcentaje de integración nacional verificado o rechazar la oferta, en forma fundada.

Artículo 6 Se considera bien nacional, a los efectos de lo dispuesto en este decreto, aquellos que cumplan en forma simultánea las siguientes condiciones:

- 30% de integración nacional ó más; y

- proceso de transformación que le confiera una nueva individualidad, caracterizada por el hecho de estar clasificados en una partida arancelaria (primeros cuatro dígitos de la Nomenclatura Común del MERCOSUR) diferente a la de los insumos y materiales importados (Salto de Partida).

Artículo 7 En el caso de los servicios, se aplicará la prioridad a las MPyMES que cumplan los requisitos previstos por el Decreto N° 504/07. Cuando el servicio incluya el suministro de bienes, el monto sobre el que se aplicará el margen de prioridad no considerará el precio de aquellos bienes que no califiquen como nacionales de acuerdo a lo previsto en el artículo anterior.

Artículo 8 Cuando las obras públicas sean ejecutadas por las MPyMES que cumplan los requisitos previstos por el Decreto N° 504/07, el margen de prioridad se aplicará sobre el porcentaje de mano de obra nacional y materiales nacionales que componen el precio de la oferta, debiendo el oferente expresar los porcentajes de integración respectivos.

Artículo 9 A los efectos de la comparación con la mejor oferta, se entenderá por igualdad de condiciones aquella que el organismo contratante o adquirente especifique en el pliego de condiciones, o en las especificaciones de la compra directa (como por ejemplo plazos y condiciones de entrega).

Artículo 10 Sin perjuicio de la consideración de los demás criterios de evaluación de ofertas, los precios comparativos de los productos, servicios y obras fabricados, brindados o ejecutados por MPyMES, al igual que los de las demás empresas oferentes, se evaluarán de acuerdo con la siguiente fórmula:

$PCPYME = PPYME * (CIN \% * 0.80 + CE \%)$ Siempre que exista al menos una oferta que no califique como nacional

$|PCPYME = PPYME * (CIN \% * 0.90 + CE \%)$ Cuando las demás ofertas califiquen como nacionales

PCPYME: Precio de comparación MPyME.

PPYME: Precio MPyME.

CIN: Componente integración nacional.

CE: Componente extranjero.

Artículo 11 Cométese a la Cámara de Industrias del Uruguay, a la Cámara Mercantil y a la Cámara Nacional de Comercio y Servicios del Uruguay la expedición de los correspondientes certificados que acrediten el carácter nacional de los bienes y el porcentaje de integración nacional respectivo, de acuerdo a las disposiciones del presente decreto.

Artículo 12 Dicho certificado, expedido a solicitud del interesado, deberá contener, entre otras, la siguiente información:

- a) nombre de la empresa
- b) descripción del bien
- c) cumplimiento del carácter nacional del bien
- d) porcentaje de integración nacional
- e) N° de contratación
- f) Organismo contratante

Las Cámaras dispondrán de un plazo de diez (10) días hábiles después de efectuada la solicitud, para expedir o denegar el certificado, según corresponda. El costo del certificado será de cargo del solicitante del mismo.

Artículo 13 La presentación del certificado a que se refiere el artículo anterior, será obligatoria para compras superiores al monto máximo de compra directa (art. 33 TOCAF) en cuyo caso dicha presentación deberá ser efectuada únicamente por la MPyME que resulte adjudicataria, salvo que el pliego disponga lo contrario.

Cuando se trate de compras por montos menores al previsto en el inciso anterior, la MPyME podrán sustituir el mencionado certificado por la presentación de declaración jurada del carácter nacional del bien y de su porcentaje de integración nacional.

Artículo 14 La prioridad que se reglamenta en este decreto no es acumulable con la preferencia establecida en el artículo 41 de la ley N° 18.362, de 6 de octubre de 2008, debiendo el organismo contratante o adquirente optar de entre ambas, por la que resulte más beneficiosa para la MpyME.

A los efectos de lo dispuesto en el inciso anterior, en las licitaciones públicas, abreviadas y compras directas por causales de excepción que superen el monto establecido para la obligatoriedad del pliego único de licitación, las MPyMES deberán presentar el certificado que califica como nacional al bien, servicio u obra pública, previsto en el decreto reglamentario del artículo 41 de la ley N° 18.362 mencionada. Dicho certificado deberá presentarse previo a la apertura de la oferta, salvo que el pliego disponga lo contrario.

Artículo 15 Los organismos contratantes o adquirentes deberán enviar a la Dirección Nacional de Artesanías, Pequeñas y Medianas Empresas (DINAPYME) del Ministerio de Industria, Energía y Minería, un reporte semestral que deberá especificar el rubro, monto, cantidad, identidad y números de RUT de las MPyMES que accedieron a las compras estatales con el presente régimen de promoción.

Artículo 16 Comuníquese, publíquese, etc.

Capítulo X – BIBLIOGRAFÍA

- ✓ “Teoría y praxis de la contratación administrativa” – Jorge Fernández Ruiz & José Alfonso Herrera García, 2004
- ✓ “Aspectos jurídicos de la licitación pública en México” – José Pedro López-Elías, 1999
- ✓ “La gestión financiera del Estado” – Martha Vidal, 2009
- ✓ Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera.
- ✓ Constitución de la República Oriental del Uruguay
- ✓ www.comprasestatales.gub.uy
- ✓ www.dinapyme.gub.uy
- ✓ www.parlamento.gub.uy
- ✓ www.ciu.com.uy
- ✓ “La protección a la Industria Nacional en las compras del Estado” – Alberto Sayagués, 1989
- ✓ “Informe sobre Compras Gubernamentales” – Álvaro Ons, 2006
- ✓ “Encuesta nacional de MPYMES industriales y de servicios” – Adrian Rodríguez, 2008.

- ✓ www.sebrae.com.br

- ✓ www.argentinacompra.gov.ar

- ✓ www.bancomundial.org

- ✓ www.wto.org