

La nueva política comercial de la Unión Europea (UE) y sus efectos en la contratación pública internacional

The new trade policy of the European Union (EU) and its effects on international public procurement

Michele Cozzio*

RESUMEN: En la actual fase de renovación de la política comercial, el legislador de la UE está introduciendo nuevas regulaciones que condicionan el acceso al mercado de la contratación pública de ese bloque comercial, considerando el respeto de los valores, intereses y objetivos del sistema europeo en materia de sostenibilidad, mitigación de las interdependencias económicas, derechos fundamentales y el Estado de Derecho, apertura a la cooperación internacional, entre otras aspectos cruciales para la libre competencia. Estas condicionantes afectan a la contratación pública, que es una importante vía de acceso al mercado europeo para empresas de bienes y servicios de países no pertenecientes a la UE. En sentido inverso, también impacta el acceso a los mercados de terceros países no miembros a las empresas de bienes y servicios de la UE. La interrogante es si las normas de la UE son la expresión de políticas activas o de políticas neoproteccionistas, que imponen restricciones con el único objetivo de proteger la competitividad de su propio

* Profesor Contratado Doctor de Derecho europeo y de Sistemas jurídicos comparados en la Facultad de Derecho de la Universidad de Trento, y desde 2002 Co-Director del Observatorio de Contratación pública Italia (<http://www.osservatorioappalti.unitn.it>), y es asesor legal de Transparency International Italia (área de compras públicas). ORCID: 0000-0001-8103-2001. Contacto: <michele.cozzio@unitn.it>. Fecha de recepción: 16/01/2024. Fecha de aprobación: 07/03/2024.

sistema y de sus empresas nacionales o regionales.

PALABRAS CLAVE: Contratación pública; Mercado internacional; Política de la UE; Instrumentos de defensa comercial; Neoproteccionismo.

ABSTRACT: In the current phase of renewal of trade policy, the EU legislator is introducing new regulations that condition access to the public procurement market of that trading bloc, considering respect for the values, interests and objectives of the European system in this matter of sustainability, mitigation of economic interdependencies, fundamental rights and the rule of law, openness to international cooperation, among other crucial aspects for free competition. These conditions affect public procurement, which is an important means of access to the European market for goods and services companies from non-EU countries. Conversely, it also impacts access to the markets of non-member third countries for EU goods and services companies. The question is whether EU rules are the expression of active policies or neo-protectionist policies, which impose restrictions with the sole objective of protecting the competitiveness of its own system and its national or regional companies.

KEYWORDS: Public procurement; International market; EU Policy; Trade defense instruments; Neoprotectionism.

I. EL MERCADO INTERNACIONAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA COOPERACIÓN PLURILATERAL Y EL NEOPROTECCIONISMO

El Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP)¹ forma parte de los instrumentos convencionales de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y se basa en los mismos principios de funcionamiento (no discriminación, transparencia, equidad procesal) y aplica el mismo mecanismo de resolución de disputas. La firma del ACP compromete a los Estados a garantizar la apertura de los mercados de contratación pública a empresas de otros Estados miembros, asegurando la participación en los procedimientos de contratación en igualdad de condiciones, sin discriminación ni trato desigual. Actualmente hay 21 países miembros adheridos formalmente al ACP.² Algunos estados –incluidos Brasil, Rusia, Kazajstán y China– están negociando su membresía con procesos

¹ Moreno Molina, José Antonio; Cancino Gómez, Rodolfo, *La Contratación Pública Internacional*. Unión Europea-México, Oxford, Chartridge Books Oxford, 2018, págs. 29-52. “El ACP, o Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP), entró en vigor en 1994, tras lo cual las Partes adherentes iniciaron su renegociación, que concluyó en diciembre de 2011. El ACP renegociado fue adoptado formalmente el 30 de marzo de 2012 y entró en vigor el 6 de Abril 2014”.

² En detalle: Armenia, Australia, Canadá, Taipei Chino, Hong Kong (China), Islandia, Israel, Japón, Liechtenstein, Montenegro, Moldavia, Países Bajos respecto de Aruba, Noruega, Nueva Zelanda, Corea del Sur, Singapur, Suiza, Ucrania y Estados Unidos. Estados. El GPA fue firmado por la Unión Europea (cuenta como Parte) y se aplica a los veintisiete Estados miembros de la UE, la Comisión Europea, el Consejo de la Unión y el Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE). La lista de Partes y Observadores del ACP se puede consultar en el portal wto.org en la sección Acuerdo sobre Contratación Pública.

que podrían llevar mucho tiempo. Entre los puntos problemáticos están las soluciones favorables que el ACP reconoce para los “países en desarrollo”, que pueden adoptar medidas restrictivas en sus mercados sin violar el Acuerdo.

Se entiende, por tanto, la importancia de definir criterios claros e inequívocos para la calificación de los países en desarrollo y, al mismo tiempo, se enfrentan dificultades y conflictos que pueden surgir de interpretaciones divergentes.³ Las normas ACP se aplican a los contratos adjudicados por las administraciones (central y regional) de los Estados adherentes, que se refieren a determinados bienes y servicios y que superan determinados umbrales de valor económico. En el caso de la Unión Europea, por ejemplo, el Acuerdo se aplica a todos los sectores de productos, con excepción de los bienes y servicios relacionados con la contratación en el sector de defensa y seguridad. Sin embargo, las soluciones pueden variar, dado que el ACP permite a los Estados aplicar exenciones generales y soluciones alternativas.

El impacto comercial económico del ACP en la apertura de los mercados nacionales de contratación pública es verdaderamente impresionantes, por ejemplo, solo teniendo en cuenta los datos dentro del ACP ascienden a un total de mil setecientos mil millones de dólares al año.⁴ Algunos datos referentes al mercado de la

³ En este sentido, los casos de China y Rusia son ilustrativos. China ha sido miembro “observador” del GPA desde 2002 y “en proceso de adhesión” desde 2008, Rusia ha sido observador desde 2013 y posteriormente inició el proceso de adhesión. Las negociaciones son difíciles no sólo porque estos países parecen constituir un aparente bloque comercial entre ellos, sino también porque ambos solicitan ser miembros del GPA como países en desarrollo, una solicitud que no comparten otros estados miembros, incluidos Estados Unidos y la Unión Europea. Sobre el tema, ver CANCINO, Rodolfo, *El ingreso de China a la OMC. Análisis jurídico e implicaciones comerciales para México*, México, Editorial Novum, 2012, pp. 7-88.

⁴ La OMC informa sobre la cantidad que el mercado de la contratación pública vale alrededor de 1,7 billones de dólares. Ver wto.org.

Unión Europea ayudan a comprender el potencial de la ACP. Por ejemplo, del valor total del mercado de adquisiciones en la UE, equivalente a 2,393 mil millones de euros, así como el valor de las adquisiciones sujetas al ACP fue de 528,81 mil millones de euros (año 2020).⁵ Sobre la base de estas cifras exorbitantes, se observa que las adquisiciones europeas sujetas a las normas del ACP, están abiertas a empresas de los Estados adherentes, representaron poco más del 22% del mercado total de adquisiciones en la UE en 2020.

De esta forma, se tratan de cifras que a primera vista, podrían parecer insignificantes o muy significativas, dependiendo el enfoque de análisis: pero lo que es cierto es que demuestran que la mayoría de los recursos asignados en la UE quedan fuera del ámbito de aplicación del ACP, donde la apertura del mercado europeo sólo está garantizada para las adquisiciones mayores, mientras que el resto es prerrogativa de los operadores internos, pertenecientes a los 27 países miembros de la Unión Europea.

De hecho, la comparación con datos de otros estados miembros del ACP, se demuestra que el mercado europeo es el más abierto y también uno de los más relevantes. Por ejemplo, en Estados Unidos de América el valor del mercado cubierto por la ACP ascendió a 158 mil millones de euros (datos referidos a 2016, último año disponible),⁶ en Australia a 241 mil millones de euros (2020),⁷ en Japón a 15 mil millones de euros (2020).⁸ En este contexto, no sorprende que la Unión Europea esté a favor de un mercado de contratación pública abierto y competitivo, incluso a nivel internacional; pero que evite el desplazamiento de sus proveedores

⁵ Datos de la UE a la omc el 18 de octubre de 2022, referidos al año 2020.

⁶ Datos reportados por Estados Unidos a la OMC el 18 de octubre de 2022, referidos al año 2016.

⁷ Datos comunicados por Australia a la OMC el 1 de junio de 2023, correspondientes a 2020.

⁸ Datos comunicados por Japón a la OMC el 25 de abril de 2023, correspondientes al año 2020.

nacionales, aún más cuando reciben un trato discriminatorio en países fuera de la Unión.

En setenta años de iniciativas políticas y legislativas, la UE siempre ha trabajado para crear un mercado de contratación con las características actuales, considerándolo estratégico por su impacto en el desarrollo y crecimiento de las empresas. Por lo que también bajo un esquema de reciprocidad, también espera un tratamiento similar de los demás Estados participantes en el ACP y de los demás países dominantes de Asia-Pacífico.

Sin embargo, los datos indican que la uniformidad de visión expresada por los Estados y su posición como miembros del ACP corresponden a diferentes grados de apertura de sus respectivos mercados nacionales. Además, muchas veces prevalecen en los Estados, dificultades y resistencias a la apertura, como lo demuestra el uso cada vez más frecuente de medidas de cierre, de jure o de facto. En este sentido, podemos hablar de una tendencia, creciente a nivel mundial, orientada hacia distintas formas de neoproteccionismo.⁹

⁹ Ver: los datos de la Base de Datos del Banco Mundial, consultado en: https://www.globalpublicprocurementdata.org/gppd/bi_reports. TAINO, Danilo, *Más allá de la OMC*, Atlante Geopolítico Treccani, 2016. Consultado en: [https://www.treccani.it/enciclopedia/oltre-il-wto-la-regionalizzazione-del-commercio-internazionale_\(Atlas-Geopolitico\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/oltre-il-wto-la-regionalizzazione-del-commercio-internazionale_(Atlas-Geopolitico)/), destaca que la regionalización de los acuerdos comerciales y el eclipsamiento del multilateralismo son parte de la redefinición en curso del orden global. CANCINO GÓMEZ, Rodolfo, “Las nuevas normativas de la Unión Europea (UE) sobre debida diligencia y antisubvenciones: ¿mejores prácticas o neoproteccionismo?”, en MORENO MOLINA, J.A, CANCINO GÓMEZ, R. (coords.), *Mejores Prácticas en la Contratación Pública*, Madrid, Bosh, 2023, p. 309, señala que las medidas proteccionistas por parte de muchos Estados no es sorprendente, sino que la novedad consiste en que estas medidas no son temporales sino que constituyen una expresión de la tendencia a la fragmentación que caracteriza el proceso de liberalización de intercambios comerciales

En este contexto, la creciente crisis de la OMC, que también se refleja en el sector de adquisiciones, no ayuda. De hecho, muchos estados prefieren negociar acuerdos regionales, con capítulos ad hoc sobre adquisiciones, en lugar de adoptar acuerdos dentro del marco de la OMC. Si bien la OMC autoriza y monitorea estos acuerdos regionales, creyendo que complementan y fortalecen el sistema multilateral, no se puede ignorar su contribución a la fragmentación del orden jurídico internacional.¹⁰ De hecho, cada uno de ellos crea reglas, procedimientos y mecanismos de resolución diferentes. Esto sin dejar de lado las turbulencias y tensiones: económicas, geopolíticas, que dificultan la formulación de regulaciones en la materia. De ahí, que en el contexto actual está colmado de desafíos y transformaciones a nivel global, donde los propios Estados están redefiniendo estrategias, políticas y herramientas de intervención comercial, dada la inacción de las organizaciones internacionales.

II. LA RENOVACIÓN DE LA POLÍTICA COMERCIAL DE LA UE Y LAS NUEVAS HERRAMIENTAS PARA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La política comercial de la UE no está en contra de la necesidad de renovación.¹¹ Si bien el mercado europeo sigue teniendo un papel protagonista en el panorama del comercio internacional,

¹⁰ En 2022, se notificaron al Comité de Acuerdos Comerciales Regionales de la OMC (Comité de Acuerdos Comerciales Regionales) más de 800 acuerdos regionales, considerados no distorsionantes. La lista de acuerdos activos está disponible en la base de datos sobre acuerdos comerciales regionales de la OMC, a la que se puede acceder desde el portal wto.org en la sección Acuerdos comerciales regionales.

¹¹ Comisión europea, Revisión de la política comercial: una política comercial abierta, sostenible y firme, COM (2021) 66 final, 18 de febrero de 2021.

se siente la necesidad de: (i) promover modelos de crecimiento más sostenibles, en el marco de la transición verde, digital y la equidad social; (ii) fortalecer las cadenas de suministro y reducir las dependencias comerciales (especialmente de materias primas críticas, energía, productos tecnológicos y farmacéuticos); (iii) mejorar el acceso de los operadores europeos a los mercados internacionales, garantizando la igualdad de trato; (iv) apoyar el papel europeo en la definición de normas y estándares de referencia a nivel global; (v) ampliar la red de cooperación, alianzas y acuerdos comerciales.

Las principales fortalezas para lograr estos objetivos siguen siendo la apertura y la libre participación en el mercado europeo, dado su tamaño y dinámica comercial. Por tanto, el acceso a él es el punto de atracción comercial y el núcleo de la estrategia europea. Las innovaciones están representadas por la introducción de una serie de condicionalidades (de acceso) basadas en el respeto de los valores, intereses y objetivos del sistema europeo, con referencia a los temas del crecimiento sostenible, la mitigación del cambio climático, el respeto de los derechos fundamentales y una política abierta para la cooperación internacional, bajo criterios y garantías de reciprocidad.

La visión político-estratégica resultante la resume bien el Presidente de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor del Parlamento Europeo:

El mercado europeo debe convertirse en una herramienta para implementar nuestros objetivos y valores políticos, desde la crisis climática hasta la defensa de nuestra democracia en línea.¹² Los altos estándares sociales, medioambientales y de consumo son lo que hace que nuestro mercado sea atractivo a nivel mundial. Las

¹² Declaración publicada en enero de 2023 con motivo del 30º aniversario del mercado único europeo.

empresas (europeas y no) se beneficiarán de las normas europeas que se convertirán en un punto de referencia a nivel mundial.¹³

El acceso al mercado se configura, por tanto, como una poderosa palanca de negociación equilibrada por la condicionalidad y las garantías de reciprocidad establecidas por la UE, con soluciones de ley dura, de carácter imperativo. (reglamentos y directivas) que la Comisión Europea define como verdaderos “instrumentos de defensa comercial”, atribuibles al ejercicio de una “autonomía estratégica abierta”.¹⁴

En contraste, en lo general, no se puede ignorar cierta ambigüedad en las decisiones de la UE. Por un lado, de hecho, estas condicionalidades de acceso al mercado responden a fines de defensa comercial. En este sentido, se podría decir que persiguen formas de neoproteccionismo o proteccionismo ético o proteccionismo de principios. Por otra parte, sin embargo, sería un error asociar la política europea con objetivos predominantemente proteccionistas. El uso de instrumentos de defensa comercial responde también a propósitos de “seguridad económica” y protección de la reciprocidad, representando una especie de reacción a las tensiones políticas, geoeconómicas y al creciente unilateralismo que está sacudiendo el sistema multilateral.

No es casualidad que muchos instrumentos de defensa adoptados por la UE tengan como objetivo contrarrestar las prácticas de terceros países que alteran las condiciones de competencia. La renovación de la política comercial afecta también a la regulación de la contratación pública, un sector importante tanto por los valores que genera, asimismo porque constituye una importante vía de acceso al mercado europeo para empresas, bienes y servicios

¹³ Comisión europea, Competitividad a largo plazo de la UE: más allá de 2030, COM (2023) 168 final, 16 de marzo de 2023.

¹⁴ Comisión europea, Informe sobre prospectiva estratégica de 2021. La capacidad y libertad de actuación de la UE, COM (2021) 750 final, 8 de septiembre de 2021.

procedentes de terceros países y, a la inversa, a los mercados de estos Estados para las empresas, bienes y servicios de la UE. En particular, una serie de leyes indicativas¹⁵ y otras leyes imperativas, incluidas algunas regulaciones y directivas, hacen que la acción europea sea particularmente incisiva y en algunos casos justificados es restrictiva.

En este andamiaje legal, por orden cronológico, se encuentra el Reglamento (UE) 2022/1031 relativo al instrumento de contratación internacional, en vigor desde el 29 de agosto de 2022.¹⁶ La ley tiene como objetivo garantizar la igualdad de trato, lo que se persigue con la aplicación de “medidas específicas” hacia terceros países que imponen “prácticas restrictivas” hacia empresas, bienes

¹⁵ Entre todos Comisión Europea, Directrices sobre la participación de licitadores y bienes de terceros países en el mercado de contratación pública de la UE, (2019) 5494 final, publicadas en el G.U.U.E. C 271 de 13 de agosto de 2019. En este documento, la Comisión destaca que las empresas de terceros países no siempre están obligadas a aplicar normas y requisitos cualitativos, medioambientales, sociales o laborales equivalentes a los europeos. A estas empresas se le ofrece acceso al mercado europeo, la posibilidad de expandirse, aumentar economías de escala y mejorar su desempeño, sin que existan garantías de reciprocidad (de acceso a los respectivos mercados nacionales) o de igualdad de trato para las empresas y productos europeos. Para las empresas europeas, el riesgo de sufrir formas de competencia desleal es, por tanto, doble: cuando compiten “en casa” y cuando lo hacen en los mercados internacionales. Por estos motivos, la Comisión informa que en los procedimientos de contratación debería exigirse el cumplimiento de requisitos (al menos) equivalentes a los europeos.

¹⁶ Reglamento (UE) 2022/1031 de 23 de junio de 2022 sobre el acceso de los operadores económicos, bienes y servicios de terceros países a los mercados de contratos públicos y de concesiones de la Unión, así como sobre los procedimientos de apoyo a las negociaciones para el acceso de los operadores económicos, bienes y servicios de la Unión a los mercados de contratos públicos y de concesiones de terceros países (Instrumento de contratación internacional-ICI), publicado el 30 de junio de 2022.

o servicios de la UE. Ahí es cuando la Comisión inicia investigaciones y se pone en contacto con el país para que pueda remediar la situación (por ejemplo, mediante medidas correctoras, nuevos acuerdos comerciales, eliminación progresiva de la práctica). Si el país rechaza la aplicación de la medida o no se adoptan medidas correctoras, o en su caso no se firman acuerdos bilaterales se puede ordenar medidas para restringir el acceso al mercado europeo para participar en licitaciones, que se traducen finalmente en contratos de negocios, bienes o servicios de ese país.¹⁷

Las medidas se aplican a los contratos de obras con un valor superior a 15 millones de euros, y a los contratos de servicios y suministros con un valor superior a 5 millones de euros, tienen una duración de cinco años, prorrogables por cinco años más. El Reglamento está diseñado como una herramienta para fortalecer la reciprocidad en un contexto internacional asimétrico y, por lo tanto, de facto y de iure fortalecen la posición de la UE en comparación con los países que discriminan a las empresas, bienes y servicios europeos. La mera amenaza de ser restringido en un mercado relevante como el europeo, debería incentivar el cese o en todo caso la reducción de prácticas restrictivas y propiciar la negociación de nuevos acuerdos comerciales.¹⁸

No faltan observaciones críticas hacia este “instrumento de defensa comercial”, empezando por el potencial conflicto con el principio de no discriminación, piedra angular de la OMC, en su doble articulación del principio de trato nacional (o trato de nación) y el Principio de trato de nación: trato de nación más favorecida (NMF). La observación parece superarse recordando que estas medidas se aplican sólo a los Estados que no son miembros

¹⁷ Las medidas están previstas por un acto de ejecución de la Comisión, con efecto directo en la legislación de todos los Estados miembros de la UE.

¹⁸ ESTEBAN RÍOS, Javier, “Contratos públicos y límites para los licitadores, bienes y servicios de países terceros: Evitar la ‘competencia desleal’ para reforzar el mercado interior”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 1, 2022, pp. 175 y ss.

del ACP y a aquellos con los que la UE no tiene acuerdos comerciales vigentes en materia de compras del estado. Por último, no puede pasarse por alto el riesgo de que los destinatarios potenciales, principalmente China, Brasil y la India, que no son miembros del ACP, perciban el Reglamento como soluciones neoproteccionistas, unilaterales y discriminatorias. Para estos y otros países, el incentivo a la cooperación comercial que persigue el Reglamento (UE) 2022/1031 puede no ser efectivo; por el contrario, las medidas podrían fortalecer los afianzamientos en bloques opuestos y provocar nuevas medidas restrictivas unilaterales, entre las que se encuentran las represalias comerciales, medidas compensatorias, vinculación u otras medidas de corte unilateral. En otras palabras, el riesgo es que el Reglamento se convierta en un arma de ‘doble filo’ al estimular las restricciones en lugar de promover el desarrollo armonioso del comercio internacional y la abolición de las restricciones.

Estas son opiniones parcialmente compartidas. La realidad muestra que los nuevos bloques comerciales, comenzando por los BRIC’s (acrónimo de los cinco estados fundadores: Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica) pretenden crecer y operar fuera de los mecanismos de cooperación de la OMC, o más bien en oposición a ello.¹⁹

Otro instrumento de defensa comercial es el Reglamento (UE) 2022/2560 sobre subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior, cuyas normas se aplican a partir del 12 de julio de 2023.²⁰ El legislador de la UE pretende evitar distorsiones en el

¹⁹ DU PLESSIS, Carrien; MIRIDZHANIAN, Anait; ACHARYA, Bhargav, *BRICS da la bienvenida a nuevos miembros en un esfuerzo por reorganizar el orden mundial*, en Reuters, 25 de agosto de 2023; también HASKI, Pierre; “Los países BRICS desafían la hegemonía de Occidente”, en <Internazionale.it> (28 de agosto de 2023).

²⁰ Otro instrumento de defensa comercial es el Reglamento (UE) 2022/2560 sobre subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior, cuyas normas se aplican a partir del 12 de julio de 2023.

mercado europeo provocadas por empresas que no compiten en igualdad de condiciones como beneficiarias de subvenciones concedidas por terceros países.

El objetivo se persigue previendo acciones de control que la Comisión Europea puede iniciar de oficio o en el contexto de operaciones de concentración (fusiones y adquisiciones entre empresas), o en la adjudicación de contratos públicos. Si se considera que las subvenciones provocan distorsiones, la Comisión puede imponer medidas correctoras (en los casos más graves, incluso el reembolso de la subvención), la disolución de la concentración y la prohibición de adjudicar el contrato.

Las subvenciones causan distorsiones del mercado si son “tales como para mejorar la posición competitiva de la empresa en el mercado europeo” y, al hacerlo, causan “un impacto negativo real o potencial en la competencia”. La evaluación la realiza la Comisión Europea caso por caso, sobre la base de indicadores predefinidos, como por ejemplo el importe, la naturaleza, la situación de la empresa y su objeto. El Reglamento también fija umbrales de tolerancia, en particular: hasta 4 millones de euros (durante tres años consecutivos), lo cual se considera “improbable” que las subvenciones sean distorsionantes; hasta el importe de la ayuda “de minimis”, es decir, 300.000 euros, durante tres años consecutivos no se consideran distorsionantes; lo mismo se aplica a las subvenciones concedidas para reparar daños causados por catástrofes naturales o acontecimientos excepcionales.

En el sector de la contratación pública se prevén obligaciones adicionales. En particular, las empresas que participen en las licitaciones (incluidos los subcontratistas y proveedores) deberán notificar al órgano de contratación todas las contribuciones financieras extranjeras recibidas en los tres años anteriores si: (i) el valor del contrato es igual o superior a 250 millones de euros, y (ii) el valor de las subvenciones sea igual o superior a 4 millones de euros. En todos los demás casos, las empresas deberán completar la oferta con una declaración que contenga la lista de subvenciones extranjeras recibidas en los últimos tres años, confirmando

que no se aplica la obligación de notificación. a las empresas la capacidad de competir en igualdad de condiciones.

No faltan observaciones críticas, empezando por la probable incompatibilidad con el Acuerdo sobre el Comercio de Servicios de la OMC (Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios - GATS) y con el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias). En particular, este último prohíbe acciones destinadas a contrarrestar las distorsiones del mercado. A este respecto, será decisivo el hecho de que la aplicación de las nuevas normas no vaya más allá de los ámbitos ya cubiertos por las normas de la OMC. Sobre este tema, las aclaraciones formuladas por el legislador europeo no parecen suficientes: “Este reglamento no se refiere al acceso de los operadores económicos de terceros países al mercado de contratación pública de la Unión. Esta cuestión se rige por el Derecho de la Unión y los acuerdos internacionales pertinentes.”²¹

De hecho, si es cierto que el Reglamento aborda las subvenciones extranjeras en el contexto de operaciones comerciales realizadas en el mercado europeo, no se puede negar que las medidas previstas pueden tener repercusiones directas en el acceso al mercado de contratación.

Un tercer instrumento adoptado por el Legislador de la UE es el Reglamento (UE) 2023/2675 sobre la protección de la Unión y sus Estados miembros frente a la coerción económica por parte de terceros países, en vigor desde el 27 de diciembre de 2023.²² El objetivo de contrarrestar y poner fin a las presiones de terceros países hacia la UE y los Estados miembros se persigue mediante acciones de control y persuasión moral activadas por la Comisión Europea, que en última instancia pueden conducir a contramedidas.

²¹ Con. 45, del Reglamento (UE) 2022/2560.

²² Reglamento (UE) 2023/2675 de 22 de noviembre de 2023 relativo a la protección de la Unión y de sus Estados miembros frente a la coerción económica por parte de terceros países, publicado en la Gaceta de la Unión Europea serie L de 7 de diciembre de 2023.

das (adoptadas formalmente por el Consejo) que imponen sanciones económicas, desventajas, limitaciones de inversión, restricciones a la participación en la contratación pública en el mercado europeo.

La propuesta se refiere a situaciones en las que terceros Estados actúan sobre la UE o los países para tomar determinadas decisiones políticas y, con este fin, aplican o amenazan con aplicar medidas que afectan al comercio y la inversión. Para evaluar estas situaciones de “coerción económica”, la Comisión dispone de varios criterios, donde destaca la intensidad, la gravedad, la frecuencia, la duración, el alcance de la medida y la presión resultante sobre el mercado interno. Asimismo, es importante valorar el impacto en el espacio de soberanía de la UE o de los Estados miembros; los intentos ya realizados de buena fe para resolver el problema y se pueden activar más opciones para la terminación de estas prácticas a través de negociaciones directas; formas conciliatorias; foros internacionales, entre otros.

A falta de soluciones, la Comisión prepara una o más contramedidas basándose en la lista que figura en el anexo I del Reglamento; que van desde la imposición de derechos y nuevos cargos sobre bienes, hasta restricciones a los servicios financieros, investigación financiada, etc. Las medidas incluyen la inaplicación de las obligaciones internacionales relativas a la apertura del mercado de contratación pública y, de ser necesario: (i) exclusión de la participación en procedimientos de contratación; (ii) la asignación de sanciones a ofertas de bienes y servicios, que pueden ser extensivos y aplicables también a los operadores del tercer país.

Finalmente, cabe mencionar un instrumento cuyo proceso regulatorio aún no ha concluido: la propuesta de Directiva europea relativa al deber de diligencia de las empresas con fines de sostenibilidad, también conocida por las siglas CSDD (de la inglesa Corporate Sustainability Due Diligence Directory).²³ El legisla-

²³ La propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad presentada por la Comisión Europea el 23 de febrero

dor de la UE tiene como objetivo orientar la gestión de las empresas, especialmente las más grandes y poderosas, realicen acciones sostenibles desde el punto de vista económico, medioambiental y social. Para ello, la Directiva exige a las empresas europeas y de terceros países (estas últimas identificadas en relación con los umbrales de facturación generados en la UE, dentro de sectores de alto impacto),²⁴ procesos para mitigar los efectos negativos sobre los derechos humanos y el medio ambiente, así como integrar la sostenibilidad en los sistemas de gestión y gobierno corporativo. En detalle, las empresas deben adoptar una estrategia de negocio compatible con los objetivos de (i) la transición hacia una economía sostenible y (ii) la limitación del calentamiento global de acuerdo con los compromisos firmados con el Acuerdo de París de 2015.

La violación de estos “deberes de diligencia” conlleva sanciones y multas, por ejemplo, la suspensión del despacho a libre práctica o exportación de productos y expone a las empresas a responsabilidad civil con la obligación de responder por los daños causados. La propuesta de directiva deja a criterio de cada Estado, la definición de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias. Por tanto, el cumplimiento del deber de diligencia podría traducirse en un requisito obligatorio para participar en procedimientos de contratación en el mercado europeo o, en caso de infracción, en sanciones que excluyan temporal o permanentemente a las empresas de las licitaciones.

2022. COM (2022) 71 final, de 23 de febrero de 2022.

²⁴ A modo de ejemplo: fabricación y venta al por mayor de tejidos, cuero (incluido calzado), prendas de vestir, agricultura, silvicultura, pesca, fabricación de productos alimenticios y venta al por mayor de materias primas agrícolas, ganadería, madera, alimentos y bebidas, extracción de recursos minerales, manufactura de productos de metales comunes, venta al por mayor de recursos minerales, productos minerales básicos e intermedios (incluidos materiales de construcción, combustibles, productos químicos y otros productos intermedios); arte. 2, párr. 1, propuesta de Directiva CSDD.

III. CONCLUSIONES

Los instrumentos descritos representan parte de las normativas que la Unión Europea ha adoptado o está adoptando como parte de la renovación de su política comercial.²⁵ Una Europa más fuerte en el mundo,²⁶ revela las ambiciones geopolíticas de la UE, comprometida con la construcción de su propia autonomía estratégica abierta en un contexto internacional cada vez más multipolar y competitivo. El concepto de autonomía expresa la capacidad de defender y promover los propios intereses, de garantizar y exigir apertura y reciprocidad en los mercados. Por otro lado, el concepto de apertura confirma la preferencia por la cooperación, el diálogo internacional, la apuesta por intercambios basados en reglas, con cadenas de valor diversificadas y sostenibles.

A primera vista podrían parecer conceptos difíciles de combinar, que tomados en conjunto parecen tener objetivos distintos, pero que en realidad señalan caminos y acciones coordinadas. La respuesta está en una combinación de las dos opciones.

El uso de instrumentos de defensa comercial están vinculados, de hecho, a la ambivalencia de una autonomía estratégica abierta, dentro de la cual pueden coexistir objetivos proteccionistas y objetivos que responden a intereses legítimos de carácter social y medioambiental. Por ejemplo, en las medidas impuestas por los instrumentos de la UE son para contribuir a la transición

²⁵ Niklas; SINKKONEN, Elina; SINKKONEN, Ville, (eds.), *Autonomía estratégica y transformación de la UE: Nuevas agendas para la seguridad, la diplomacia, el comercio y la tecnología*, en *Informe FIIA*, 2021, núm. 67; Servicio de Investigación del Parlamento Europeo más reciente, Proposed anti-coercion instrument, en Report Briefing-EU Legislation in Progress, 2, 2022.

²⁶ El 27 de noviembre de 2019, el Parlamento Europeo votó el programa de la Comisión 2019-2024 presentado por la presidenta Ursula von der Leyen (Orientaciones políticas para la próxima Comisión Europea 2019-2024).

verde, la descarbonización y el comercio sostenible.²⁷ De hecho, su aplicación puede conducir a restricciones de mercado, sin embargo, no se puede ignorar que el objetivo perseguido no responde sólo a la protección de los intereses europeos, sino también a los compromisos de sostenibilidad firmados internacionalmente con el Acuerdo de París de 2015, con la Agenda 2030 y confirmado por último en el contexto de la COP28 celebrada en Dubái el 12 de diciembre de 2023.

Las herramientas explicadas anteriormente, no tienen el propósito exclusivo de proteger el sistema, sino que también apuntan para fomentar actitudes cooperativas y solicitar nuevos acuerdos de negociación o la ampliación de los existentes. Una prueba más la constituye la atención que se reserva el legislador de la UE: (i) transparencia, entendida como garantía del conocimiento y accesibilidad de los documentos de los procedimientos que conducen a la adopción de contramedidas; (ii) la evaluación de las prácticas restrictivas y proteccionistas de terceros países, que se realizará según criterios de razonabilidad (como intensidad, severidad, frecuencia, duración, etc.); (iii) la proporcionalidad y adecuación de las contramedidas.

En conclusión, se perfila y se define el camino hacia la renovación de la política comercial europea, en un contexto internacio-

²⁷ Directiva (UE) 2022/2464, de 14 de diciembre de 2022, en materia de presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas, publicada el 16 de diciembre de 2022, también conocida como Directiva CSRD (Corporate Sustainability Reporting Directive). Las nuevas normas exigen que los operadores económicos publiquen sistemáticamente datos relacionados con el impacto social y medioambiental. En particular, las empresas deben preparar informes sobre la sostenibilidad de sus actividades, haciendo referencia, entre otras cosas, al respeto de los derechos medioambientales, los derechos sociales, los derechos humanos y los factores de gobernanza (ESG), sobre la base de criterios comunes en línea con objetivos climáticos definidos a nivel de la UE e internacional. Los informes de sostenibilidad están sujetos a controles y certificaciones independientes y se espera su publicación.

nal en el que persiste la incertidumbre sobre el papel que tendrá la OMC. Como parte de la agenda para el fortalecimiento de la OMC, parece interesante la posibilidad de evolucionar el Acuerdo sobre Contratación Pública insertándolo entre los acuerdos multilaterales de la OMC. La solución parece razonable, teniendo en cuenta la importancia de la contratación para la difusión de bienes y servicios innovadores, ecológicos y digitales, por el impacto que generan en las cadenas de suministro globales, por la contribución a los principales problemas de nuestro tiempo tales como la transición verde y digital, la lucha contra el cambio climático y el trabajo digno.

El sistema multilateral sin duda se beneficiaría de ello, dado que se desincentivaría la proliferación de bloques comerciales y tratados regionales que, con sus respectivas jurisdicciones en competencia, contribuyen a la fragmentación del orden internacional. Con la inclusión del ACP entre los acuerdos multilaterales de la OMC, también habría mayor claridad sobre las herramientas que pueden activarse para garantizar la reciprocidad, la no discriminación y la transparencia en los mercados internacionales de adquisiciones, de igual forma sobre el funcionamiento de los mecanismos de resolución de disputas. Sin embargo, para que esto suceda es necesario que la OMC resuelva sus debilidades internas y se reactive y retome su carácter multilateral que tiene desde 1948.

