

Índice

Introducción	3
I. Estructura del Capítulo 9 sobre Contratación Pública en el Marco del TLC	5
II. Implicaciones del Capítulo 9 sobre Contratación Pública del TLC en el Contexto Jurídico Nacional	13
III. La Contratación Pública en el Contexto Internacional	22
1 Organización Mundial del Comercio (OMC)	22
2 Unión Europea	26
3 Otros actores	29
4	
Conclusiones	31
Bibliografía	34

Introducción

Costa Rica es una economía pequeña que depende altamente del comercio y la inversión. Por lo tanto, a partir de las últimas décadas se ha estado llevando a cabo un activo proceso de apertura de la economía y se le ha otorgado una mayor importancia al tema de la inserción en el mercado mundial. Lo anterior, en aras de crear más y mejores oportunidades de desarrollo y crecimiento.

Sobre el particular, Costa Rica ha negociado tratados de libre comercio con sus principales socios comerciales, precisamente como una forma de materializar el objetivo central de la política de comercio exterior que consiste en promover, facilitar y consolidar una integración creciente del país en la economía internacional. A la fecha, se han negociado acuerdos de esta naturaleza con México, República Dominicana, Chile, Canadá y los países de la Comunidad del Caribe (CARICOM)¹.

Recientemente, el pasado 5 de agosto de 2004, se suscribió en la ciudad de Washington, DC, el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y Estados Unidos. Con ello, el país concretó uno de los principales instrumentos de política comercial, al consolidar una relación de primer orden con su principal socio tanto en materia de comercio como inversión.

El Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y Estados Unidos (en adelante denominado como TLC) se compone de veintidós capítulos y sus respectivos anexos. Dichos capítulos tratan los temas de: disposiciones iniciales; definiciones generales; trato nacional y acceso de mercancías al mercado; reglas de origen y procedimientos de origen; administración aduanera; medidas sanitarias y fitosanitarias; obstáculos técnicos al comercio; defensa comercial; contratación pública; inversión; comercio transfronterizo de servicios; servicios financieros; telecomunicaciones; comercio

¹ En proceso de aprobación legislativa bajo el expediente número 15.637.

electrónico; derechos de propiedad intelectual; laboral; ambiente; transparencia; administración del tratado; solución de controversias; excepciones y disposiciones finales.

En el presente documento, se analizará el objetivo y los principales aspectos del Capítulo 9 del TLC sobre contratación pública, sus implicaciones respecto al ordenamiento jurídico costarricense, argumentos a favor y en contra, y la experiencia comparada en esta materia, dentro del marco de la Organización Mundial de Comercio, Unión Europea y otros actores.

I) Estructura del Capítulo 9 sobre Contratación Pública en el Marco del TLC

En el marco del TLC, el capítulo tiene como objetivo determinar las garantías que las Partes deberán otorgar a los proveedores, bienes y servicios de las otras Partes contratantes al efectuar las contrataciones públicas.

El capítulo se encuentra conformado por diecisiete artículos y los anexos de cobertura de cada una de las Partes contratantes. En términos generales, los artículos hacen referencia a: definiciones; ámbito de aplicación y cobertura; principios generales; publicación de medidas para la contratación; publicación del aviso de contratación futura; plazos para el proceso de presentación de ofertas; documentos de contratación; especificaciones técnicas; requisitos y condiciones para la participación de proveedores en las contrataciones; procedimientos de contratación; adjudicación de contratos; información sobre los contratos adjudicados; confidencialidad de la información; garantía de integridad en las prácticas de contratación; excepciones a la contratación; revisión nacional de impugnaciones de proveedores y modificaciones y rectificaciones a la cobertura. Por su parte, los anexos establecen la cobertura del capítulo en cuanto a entidades, bienes, servicios, servicios de construcción, notas generales, fórmula de ajuste de los umbrales y mecanismos de transición.

A continuación, se incorpora una breve descripción de cada una de las disposiciones que conforman el capítulo y el anexo sobre cobertura.

▪ *Ámbito de aplicación y cobertura*

En cuanto al ámbito de aplicación, se establece que el capítulo aplicará a todas las contrataciones públicas de las Partes realizadas por cualquier medio contractual, incluyendo los contratos de concesión de obras públicas, y se determinan las excepciones a la cobertura, tales como las donaciones y préstamos hechos a

favor del Estado, la contratación de servicios de agencias o depósitos fiscales y la contratación de empleados públicos y medidas relacionadas con el empleo.

- ***Principios generales***

Se establece la obligación de las Partes de aplicar el principio de trato nacional y trato de nación más favorecida a los bienes, servicios y proveedores de las otras Partes; se establece la forma en que se realizará la determinación de origen de los bienes; se prohíbe la aplicación o imposición de condiciones compensatorias especiales; y se aclara que el capítulo no se aplicará a las medidas relativas a aranceles aduaneros u otros cargos o medidas sobre la importación, diferentes de las medidas que reglamentan específicamente las contrataciones públicas.

- ***Publicación de medidas para la contratación***

Establece la obligación de publicar oportunamente toda ley y reglamento, y sus modificaciones, y poner a disposición del público cualquier procedimiento, sentencia judicial y decisión administrativa de aplicación general, que regule las contrataciones cubiertas.

- ***Publicación del aviso de contratación futura***

Se establece la obligación de publicar un aviso invitando a proveedores interesados a presentar ofertas para cada contratación cubierta por el capítulo, estableciendo a su vez la información mínima que debe contener este aviso. Asimismo, se incentiva a las Partes a publicar información relativa a los planes de futuras contrataciones.

- ***Plazos para el proceso de presentación de ofertas***

Se establece que las entidades contratantes deberán otorgar a los proveedores tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas. Este plazo no podrá ser menor a cuarenta días a partir de la fecha de publicación de la invitación. Asimismo, se establece una serie de supuestos sobre los cuales se puede otorgar un plazo más corto, pero en ningún caso, el plazo podrá ser inferior a diez días.

- ***Documentos de contratación***

Establece la información mínima que deben contener los documentos de contratación y la forma en que pueden facilitarse estos documentos, incluyendo la posibilidad de realizar publicaciones electrónicas. Asimismo, se establece la obligación de informar a todos los proveedores que participen en una contratación sobre cualquier modificación que se realice a los criterios establecidos en los documentos de contratación, con tiempo suficiente para permitirles modificar o volver a presentar sus ofertas.

- ***Especificaciones técnicas***

Se prohíbe a las Partes elaborar o aplicar especificaciones técnicas que tengan como propósito crear obstáculos innecesarios al comercio. Estas especificaciones deberán establecerse en términos de desempeño y no en términos de características de diseño o descriptivas, y deberán basarse en normas internacionales o estándares nacionales reconocidos. No obstante, se asegura la facultad de las Partes de preparar, adoptar o aplicar especificaciones técnicas para promover la conservación de los recursos naturales.

- ***Requisitos y condiciones para la participación en las contrataciones***

Regula la forma de establecer los requisitos de registro, calificación o cualquier otro requisito o condición para la participación. Lo anterior, estableciendo que estas condiciones deben limitarse a aquellas que sean esenciales para garantizar

que el proveedor posee la capacidad legal, técnica y financiera para cumplir con los requisitos y las especificaciones técnicas de la contratación. No obstante, se aclara que las entidades contratantes podrán excluir a un proveedor por motivos tales como quiebra o declaraciones falsas.

▪ ***Procedimientos de contratación***

Se establece que las entidades contratantes deberán adjudicar los contratos mediante procedimientos de licitación abiertos, entendidos éstos, como cualquier modalidad de contratación de una Parte, siempre que dicha modalidad garantice los principios generales establecidos en el capítulo. A su vez, se especifican ciertos casos en que las entidades contratantes pueden adjudicar contratos por otros medios distintos a los procedimientos de licitación abiertos, siempre que estos no se utilicen como un medio para evitar la competencia o para proteger a proveedores nacionales.

▪ ***Adjudicación de contratos***

Establece los requisitos que deben cumplir las ofertas de los proveedores para poder ser consideradas para la adjudicación de los contratos. Los contratos deberán adjudicarse al proveedor que se determine plenamente capaz para ejecutar el contrato y cuya oferta resulte la más ventajosa según los requisitos y criterios de evaluación establecidos en los documentos de contratación.

▪ ***Información sobre los contratos adjudicados***

Dispone que las entidades contratantes deberán informar sin demora las decisiones sobre la adjudicación de los contratos a los proveedores que hayan presentado ofertas. Lo anterior, mediante la publicación de un aviso con la información sobre la adjudicación. Adicionalmente, se establece la obligación para

que las entidades contratantes mantengan registros e informes relacionados con los procedimientos de contratación y adjudicación de contratos.

- ***Confidencialidad de la información***

Establece la obligación de las Partes de no divulgar información confidencial sin la autorización de la persona que la haya proporcionado. Principalmente, cuando dicha divulgación pudiera perjudicar los intereses comerciales legítimos de terceros o perjudicar la competencia leal entre los proveedores.

- ***Garantía de integridad en las prácticas de contratación***

Establece la obligación de las Partes de establecer y mantener sistemas para declarar inelegibles de participar en las contrataciones aquellos proveedores que hayan realizado actividades ilegales o fraudulentas relacionadas con la contratación.

- ***Excepciones***

Se establece la facultad de las Partes de adoptar o mantener medidas necesarias para proteger la moral, la seguridad o el orden público, la salud o la vida humana, animal y vegetal y la propiedad intelectual, entre otros.

- ***Revisión nacional de impugnaciones de proveedores***

Se dispone que las Partes deben establecer o designar al menos una autoridad administrativa o judicial, imparcial e independiente, para recibir, revisar y resolver las impugnaciones presentadas por los proveedores. Adicionalmente, se establece que los procedimientos de revisión deben ser oportunos, transparentes, eficaces y compatibles con el principio del debido proceso, determinando a su vez las garantías mínimas que debe otorgarse a los proveedores.

- **Modificaciones y rectificaciones a la cobertura**

Establece las disposiciones que regulan la forma de realizar modificaciones y rectificaciones a la cobertura contenida en el Anexo. En caso de rectificaciones técnicas de naturaleza formal o modificaciones menores, se establece que las Partes deberán notificar a las otras Partes de tales modificaciones, y si ninguna Parte lo objeta por escrito, dichas modificaciones entrarán en vigor treinta días después de la notificación. En el caso de modificaciones a la cobertura, se establece que, adicionalmente a la notificación, la Parte deberá ofrecer ajustes compensatorios aceptables para mantener un nivel de cobertura comparable al que existía antes de la modificación.

- **Definiciones**

Se define una serie de conceptos utilizados en el capítulo, tales como condiciones compensatorias especiales, contrato de construcción-operación-transferencia y contrato de concesión de obras públicas, entidad contratante, escrito o por escrito, especificación técnica, procedimientos de licitación abiertos, proveedor, publicar y servicios.

- **Anexos**

Los anexos establecen la cobertura del capítulo, según se define en el Artículo 9.1.2 (b) que en lo conducente dispone:

*“2. Para los efectos de este Capítulo, **contratación cubierta** significa una contratación de mercancías, servicios, o ambos:*

(a) (...)

(b) *listada y sujeta a las condiciones estipuladas en el:*

- (i) *Anexo 9.1.2(b)(i) que aplicará entre los Estados Unidos y cada una de las otras Partes;*
- (ii) *Anexo 9.1.2(b)(ii) que aplicará entre las Partes Centroamericanas; y*
- (iii) *Anexo 9.1.2(b)(iii) que aplicará entre cada Parte Centroamericana y la República Dominicana.
(...)”*

En términos generales, los anexos se encuentran conformados por los siguientes elementos:

a) **Entidades:** se incluyen las listas de entidades públicas de cada Parte contratante que se encuentran cubiertas por el capítulo, a partir de tres diferentes categorías de gobierno: entidades de gobierno a nivel central o federal, entidades estatales o municipales y entidades autónomas y empresas estatales. Asimismo, se establece los umbrales o montos de las compras a partir de los cuales se aplican las disposiciones del capítulo para las entidades de cada categoría de gobierno. En este sentido, los umbrales aplicables son:

- **Gobierno central:** \$58.550 para bienes y servicios y \$6.725.000 para servicios de construcción.
- **Gobierno a nivel subfederal o subcentral:** \$477.000 para bienes y servicios y \$6.725.000 para servicios de construcción.
- **Entidades descentralizadas:** \$250.000 para bienes y servicios y \$6.725.000 para servicios de construcción.

- b) **Bienes:** el capítulo se aplica a todos los bienes adquiridos por las entidades cubiertas.
- c) **Servicios:** en esta sección se indican los servicios excluidos de la cobertura del capítulo para cada Parte. En el caso de Costa Rica se excluyen aquellos relacionados con la investigación y desarrollo, operaciones de instalaciones de gobierno, administración y distribución de loterías y los servicios públicos.
- d) **Servicios de construcción:** el capítulo aplica a todos los servicios de construcción contratados por las entidades cubiertas.
- e) **Notas generales:** esta sección establece las excepciones específicas de cada Parte a la cobertura del capítulo. En el caso de Costa Rica, se excluyen los programas de compras de la Administración Pública para favorecer a las pequeñas y medianas empresas.
- f) **Fórmulas de ajuste de los umbrales:** se establece el método para el cálculo y ajuste del valor de los umbrales que determinan la cobertura del capítulo.
- g) **Mecanismos de transición:** se otorga a los países centroamericanos un plazo de transición de dos años para la implementación de una serie de disposiciones del capítulo. En el caso de Costa Rica, se establece el plazo de transición para la implementación de las obligaciones relativas al plazo para la presentación de ofertas; la publicación del aviso de contratación futura, en lo referente a la indicación de si la compra está cubierta por el capítulo; la transmisión por escrito a los proveedores participantes de las modificaciones a los documentos de contratación; la publicación del aviso sobre la adjudicación del contrato; y el plazo otorgado a los proveedores para preparar y presentar impugnaciones.

II. Implicaciones del Capítulo 9 sobre Contratación Pública del TLC en el Contexto Jurídico Nacional

El capítulo de contratación pública en el marco del TLC establece un conjunto de reglas y garantías que las Partes contratantes deberán asegurar al efectuar las contrataciones públicas, basándose en los principios fundamentales de no-discriminación², apertura, transparencia y debido proceso. Estos principios ya se encuentran incorporados en el ordenamiento jurídico costarricense, por lo que el país podrá continuar aplicando las diferentes modalidades de contratación establecidas en la legislación nacional.

A la hora de comparar los principios que incorpora el TLC en materia de contratación administrativa con el marco normativo y jurisprudencial de Costa Rica, se constata que en términos generales el capítulo reitera principios generales establecidos en la legislación nacional y en otros tratados de libre comercio suscritos por el país, tales como transparencia, integridad, publicidad, igualdad y libre competencia. Adicionalmente, el TLC establece que deben existir etapas que prevean seguridad jurídica; procedimientos de contratación abiertos; permitir la participación de cualquier proveedor; la adjudicación del contrato será realizada de conformidad con los parámetros establecidos; la Administración Pública deberá informar sobre la oferta adjudicada; se podrá mantener información confidencial; las Partes garantizarán la integridad en la contratación administrativa; y se establece la posibilidad de recurrir una adjudicación ante una autoridad imparcial e independiente (que en el caso de Costa Rica, esta función recae en la Contraloría General de la República).

Sobre el particular, es necesario tener en consideración que en Costa Rica los principios de contratación pública ostentan una jerarquía de rango constitucional, tal y como lo ha señalado la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

² Es importante señalar que el principio de no discriminación se encuentra recogido en los artículos 19 y 33 de la Constitución Política de Costa Rica.

en la resolución 998-98. Por lo tanto, la aplicación del TLC deberá necesariamente circunscribirse a estos principios.

En términos generales, el mercado de compras estatales costarricense actualmente se encuentra abierto a la participación de proveedores extranjeros, y por lo tanto, el TLC no implicaría la necesidad de modificar la legislación nacional en materia de contratación pública. Adicionalmente, resulta oportuno señalar que la normativa incluida en el TLC resulta similar a los compromisos previos adquiridos por Costa Rica en el marco del TLC entre Costa Rica y México, el TLC entre Centroamérica y Chile y el TLC entre Centroamérica y República Dominicana.

En materia de procedimientos de contratación, el capítulo incluye disposiciones por medio de las cuales se establecen plazos para el proceso de presentación de ofertas y se establecen disposiciones sobre las condiciones que deben satisfacer los documentos de contratación. De igual forma, se garantizan los principios de transparencia y publicidad en las contrataciones públicas, estableciendo la obligación de publicar oportunamente todas las medidas que rigen las contrataciones y avisos invitando a contratar. Estas publicaciones deberían asegurar que exista tiempo suficiente para que los proveedores puedan preparar y presentar sus ofertas y para que puedan presentar impugnaciones ante autoridades administrativas o judiciales imparciales e independientes. Los procedimientos de revisión deberán ser oportunos, transparentes, eficaces y respetar el debido proceso.

En cuanto a las posibles ventajas que se podrían derivar con la suscripción del TLC en esta materia, el Ministerio de Comercio Exterior ha argumentado:

“En relación a las ventajas que ofrece el Tratado de Libre Comercio a las empresas nacionales e internacionales en materia de contratación pública, es importante aclarar que actualmente los

proveedores de bienes y servicios centroamericanos no pueden acceder ni participar en el mercado de contratación pública estadounidense, ya que en Estados Unidos existe una ley (Buy American Act, 1933) que establece que las entidades públicas sólo pueden adquirir bienes nacionales de proveedores de los Estados Unidos. La suscripción del CAFTA permitirá que dicha ley se extienda a los proveedores y bienes centroamericanos, quienes de esta forma podrán participar en las contrataciones que realicen las entidades públicas de Estados Unidos, en igualdad de condiciones con los proveedores y bienes nacionales, tanto a nivel federal como en la gran mayoría de estados y un importante número de empresas públicas estadounidenses. Esto representa una mejora con respecto al acceso otorgado a los países del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, mejor conocido como NAFTA, por sus siglas en inglés.

En el tratado también se logró establecer umbrales para contratos de bienes y servicios a nivel federal y estatal. Los montos de estos umbrales son los más bajos que Estados Unidos ha aplicado en cualquier acuerdo comercial. Asimismo, se aplicarán umbrales diferenciados durante un período de transición a favor de Centroamérica a fin de atender las diferencias de desarrollo de las economías de la región. Se garantiza que los proveedores centroamericanos contarán con tiempo suficiente –no menos de 40 días– para preparar y presentar ofertas para participar en las contrataciones públicas de Estados Unidos.

Con respecto a las pequeñas y medianas empresas (PYMES), cabe resaltar que Costa Rica logró establecer dentro del marco del Capítulo de contratación pública una excepción que resguarda a las PYMES, exceptuando de la cobertura del Capítulo los programas de

compras de la Administración Pública para favorecer a las pequeñas y medianas empresas en nuestro país, de manera que no se debe otorgar trato nacional en esos programas.”³

De lo anterior se puede colegir que, contrario a lo que ocurre en el caso de Costa Rica, el mercado de contratación pública de Estados Unidos se encuentra cerrado a la participación de proveedores extranjeros de conformidad con su legislación estadounidense. Por lo tanto, con la suscripción del TLC, Costa Rica estaría obteniendo la posibilidad de que empresas costarricenses participen en licitaciones de entidades estadounidenses en los términos que establece el propio texto del TLC. Lo anterior, puede representar una ventaja competitiva con respecto a los proveedores de terceros países con los que Estados Unidos no ha suscrito acuerdos de esta naturaleza.

Ahora bien, resulta necesario señalar que el capítulo ha sido objeto de variadas críticas, tanto desde una perspectiva legal, como desde un enfoque económico y desde una perspectiva del desarrollo.

En materia legal, el Dr. Bernal Arias Ramírez en su artículo “*TLC-CAUSA: Balance Constitucional*” manifiesta:

“El procedimiento de contratación pública en el TLC es absolutamente contrario al debido proceso, a nuestras normas constitucionales y legales, y a los principios decimonónicos sobre la materia, por:

- *Obviar lo que se designa y se entiende como "cartel" y, en su lugar, el capítulo denomina una "descripción" de la contratación.*

³ Información suministrada por el punto de enlace permanente del Ministerio de Comercio Exterior (pep@comex.go.cr) mediante correo electrónico de fecha 9 de noviembre de 2004.

- *No señala todo lo concerniente al estudio de las ofertas.*
- *Omite garantías de participación y cauciones.*
- *No establece posibilidad de impugnaciones, ni siquiera después del acto de adjudicación.*
- *No hay control sobre la legalidad y sobre los costos y compromisos financieros*
- *Se mencionan contrataciones abiertas, sin indicarse el principio de publicidad.*
- *No hay ningún señalamiento sobre audiencias a los oferentes.*
- *No se menciona la materia de vicios (leves, graves, etc.)*

Como si fuera poco, el artículo 9.15 compromete a cada parte a establecer al menos una autoridad, administrativa o judicial, imparcial e independiente de sus entidades contratantes, para recibir y revisar las impugnaciones presentadas y emitir las resoluciones y recomendaciones pertinentes. Hay un vacío jurídico de notables proporciones, el órgano es indeterminado, no sabemos mediante qué procedimiento habría de notificarse la competencia del que se elija”.⁴

Por su parte, el economista Henry Mora Jiménez, en su artículo “101 razones para oponerse al TLC” afirma:

“El trato nacional garantiza que los proveedores extranjeros obtengan el mejor de los tratos brindados a las empresas nacionales, incluso si este mejor trato a los nacionales pretendiera alcanzar metas de equidad social, combate a la pobreza o para propósitos de desarrollo económico. Por ejemplo, los mismos Estados Unidos dan preferencia en sus prácticas de adquisición gubernamental a empresas que son propiedad de mujeres, minorías, discapacitados y

⁴ RODRIGUEZ, (Oscar); ARIAS, (Bernal); HERNANDEZ, (Oscar) y JIMENEZ, (Manrique). “Roces Constitucionales del TLC (CA-USA) Todavía Estamos a Tiempo.” San José, Costa Rica, Universidad de La Salle, 2004. pp. 71, 72.

ancianos. Los gobiernos también suelen dar preferencia a pequeñas empresas o a empresas ubicadas en zonas de menor desarrollo relativo. En general, éstas prácticas son prohibidas bajo el TLC (Luego veremos el alcance de las excepciones a esta cláusula contenidas en el Anexo 9.1) (...).

Finalmente, muchos gobiernos tienen reglas que favorecen la adquisición de proveedores nacionales, al menos para cierto tipo de productos y servicios. Los gobiernos también deberían tener y resguardar la potestad de recurrir a compensaciones especiales en sus políticas de adquisición para estimular el desarrollo local, para mejorar el equilibrio en la balanza de pagos (solicitando a los proveedores la utilización de un nivel mínimo de contenidos nacionales), o bien, para requerir cierta transferencia de tecnologías, o un nivel mínimo de inversión y condiciones adecuadas de empleo. Estas políticas son expresamente prohibidas en el texto borrador del TLC. (Artículo 9.2.4 ya antes citado):

“4. Con respecto a la contratación cubierta, una entidad contratante se abstendrá de tomar en cuenta, solicitar o imponer condiciones compensatorias especiales en cualquier etapa de una contratación.”

Ciertamente, estamos de acuerdo en que las políticas de compras del sector público deben ser administradas de manera honesta y transparente, pero sin que por ello dejen de ser una importante herramienta para impulsar el desarrollo económico local y nacional. Por tanto, no deben estar sujetas a una prohibición genérica como las planteadas en el TLC.”⁵

⁵ MORA JIMENEZ, (Henry).” 101 razones para oponerse al TLC.” III Parte. San José, Costa Rica, Universidad Nacional, Escuela de Economía, junio 2004, 44 p.

Precisamente, en cuanto a la aplicación del principio de trato nacional que establece el capítulo, se han originado otras posiciones sobre el tema. Tal es el caso del análisis que efectúa el Dr. Jorge Enrique Romero Pérez en su artículo “*TLC y Compras del Estado*” sobre la extensión de incentivos nacionales en virtud de la aplicación de este principio. En lo conducente, señala el Dr. Romero:

“A nivel nacional existe una norma que favorece el lema de consuma lo nacional:

*Se trata del numeral 12 de la **Ley de Incentivos a la Producción Industrial** que dispone literalmente:*

"Al efectuarse cualquier compra por parte del Gobierno de la República, las instituciones autónomas, las semiautónomas, las municipalidades o cualesquiera otras entidades oficiales, obligatoriamente se dará preferencia a los productos manufacturados por la industria nacional, cuando la calidad sea equiparable, el abastecimiento adecuado y el precio igual o inferior al de los importados ... Para efectos de comparación de precios se agregarán al precio de la mercadería de fabricación extranjera, los derechos de aduana y todo otro gasto de internación, aún cuando la entidad compradora esté exenta de pagarlos..."

Este beneficio fue extendido por el Tratado Centroamericano de Integración, a los países de Centro América.

Artículo III

"...Las mercancías originarias del territorio de los Estados signatarios gozarán del tratamiento nacional en todos ellos y estarán exentas de toda restricción o medida de carácter cuantitativo, con

excepción de las medidas de control que sean legalmente aplicables en los territorios de los Estados contratantes por razones de sanidad, de seguridad o de policía...".

Si se llega a aprobar el TLC con los Estados Unidos, se daría una extensión más de las citadas normas, para cubrir a las mercancías provenientes de ese país del norte.

Bajo la norma de trato nacional, nuestro país al firmar tratados de libre comercio con otros países, está aceptando esta norma del trato nacional, que significa que se le dará el tratamiento nacional a los bienes y servicios de la otra parte y a los proveedores de la otra parte de tales bienes y servicios.

De tal modo que lo que se inició como un tratamiento en beneficio de los nacionales, se ha ido ampliando primero a los centroamericanos y luego a las partes con las cuales se han firmado tratados de libre comercio.”⁶

Ahora bien, resulta interesante rescatar que algunos opositores del TLC reconocen que en materia de contratación pública, el TLC no violenta los principios constitucionales y legales en la materia. En esta línea, se ha pronunciado del Dr. Manrique Jiménez Meza en su artículo “*Análisis Jurídico sobre el Tratado de Libre Comercio y Algunas de sus Implicaciones en la Actividad y Organización del Estado Costarricense*”, que en lo que interesa dispone:

“c) Contratación pública: En esencia, lo plasmado en el TLC sobre contratación administrativa, no varía de manera fundamental lo dispuesto en nuestro Ordenamiento jurídico, respetándose lo

⁶ ROMERO PÉREZ, (Jorge Enrique). “TLC y Compras del Estado”. San José, Colegio de Abogados de Costa Rica. Octubre de 2004. Tomado de: <http://www.abogados.or.cr/>.

consagrado en el artículo 182 de la Constitución Política, sobre el procedimiento de licitación, que no se agota en la licitación pública, aun cuando, por jurisprudencia constitucional, deba aplicarse semejantes principios a otras modalidades de contratación.”⁷

En cuanto a las implicaciones del capítulo en el contexto jurídico nacional, otras conclusiones importantes son a las que arriba el Dr. Romero según se señala a continuación:

“De tal modo que desde el punto de vista normativo, el marco que establece el Capítulo 9 del Tratado guarda bastante semejanza con las demás disposiciones internacionales suscritas por Costa Rica, así como también con la legislación nacional existente en este terreno, por lo que no se advierte que, para el caso de Costa Rica, la aprobación del tratado implique la necesidad de reformar nuestras leyes y reglamentos en la materia pues, más bien, en muchos casos nuestras disposiciones resultan mucho más estrictas y garantizan de una manera más eficiente el resguardo a los principios y la transparencia en las actuaciones de las distintas Instituciones.

En el caso de Costa Rica, desde siempre las empresas extranjeras vienen negociando con el Estado, de tal modo que el mercado de las contrataciones gubernamentales ha estado abierto a la empresa extranjera, incluyendo la de Estados Unidos de América.

El aspecto relevante y de fondo con el convenio, no es entonces la posibilidad de acceder al mercado de las contrataciones del Estado costarricense, sino más bien el tratamiento de empresa nacional que

⁷ RODRIGUEZ, (Oscar); ARIAS, (Bernal); HERNANDEZ, (Oscar) y JIMENEZ, (Manrique). “Roces Constitucionales del TLC (CA-USA) Todavía Estamos a Tiempo.” San José, Costa Rica, Universidad de La Salle, 2004. pp. 138.

se le debe dar a las empresas estadounidenses, lo cual funciona también en sentido inverso. Obviamente que la asimetría se da, por cuanto pactamos con la primera potencia del mundo.”⁸

III. La Contratación Pública en el Contexto Internacional

En el contexto internacional, es común que los Estados realicen compras de bienes y servicios con proveedores de terceros Estados a través de procedimientos de contratación pública. En los últimos años, este fenómeno se ha ido incrementando considerablemente, en virtud de lo cual, algunos actores se han visto en la necesidad de emitir ciertos principios básicos e instrumentos jurídicos en la materia.

1.) *Organización Mundial del Comercio (OMC)*

La contratación pública se ha excluido del ámbito de aplicación de las normas comerciales multilaterales de la OMC, tanto en lo que se refiere a las mercancías como a los servicios. En el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, negociado originalmente en 1947, la contratación pública quedó excluida explícitamente de la obligación fundamental de conceder trato nacional. Más recientemente, la contratación pública se ha marginado de los principales compromisos del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios. Habida cuenta de que al parecer la contratación pública representa normalmente entre el 10 y el 15 por ciento del PIB, se trata de una laguna considerable del sistema de comercio multilateral. Tradicionalmente la contratación pública ha quedado fuera de los compromisos fundamentales en materia de acceso a los mercados contraídos por los países tanto en el marco del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) como del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS).

⁸ ROMERO PÉREZ, (Jorge Enrique). “TLC y Compras del Estado”. San José, Colegio de Abogados de Costa Rica. Octubre de 2004. Tomado de: <http://www.abogados.or.cr/>.

En materia de mercancías, los artículos III y XVII son los que establecen la exclusión. En lo conducente disponen los artículos de referencia:

“Artículo III

Trato nacional en materia de tributación y de reglamentación interiores

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

b) Las disposiciones de este artículo no impedirán el pago de subvenciones exclusivamente a los productores nacionales, incluidos los pagos a los productores nacionales con cargo a fondos procedentes de impuestos o cargas interiores aplicados de conformidad con las disposiciones de este artículo y las subvenciones en forma de compra de productos nacionales por los poderes públicos o por su cuenta.”

“Artículo XVII

Empresas comerciales del Estado

1. a) Cada parte contratante se compromete a que, si funda o mantiene una empresa del Estado, en cualquier sitio que sea, o si concede a una empresa, de hecho o de derecho, privilegios exclusivos o especiales, dicha empresa se ajuste, en sus compras o sus ventas que entrañen importaciones o exportaciones, a los principios generales de no discriminación prescritos en el presente Acuerdo para las medidas de carácter legislativo o administrativo*

concernientes a las importaciones o a las exportaciones efectuadas por comerciantes privados.

b) Las disposiciones del apartado a) de este párrafo deberán interpretarse en el sentido de que imponen a estas empresas la obligación, teniendo debidamente en cuenta las demás disposiciones del presente Acuerdo, de efectuar las compras o ventas de esta naturaleza ateniéndose exclusivamente a consideraciones de carácter comercial -tales como precio, calidad, disponibilidad, comerciabilidad, transporte y demás condiciones de compra o de venta- y la obligación de ofrecer a las empresas de las demás partes contratantes las facilidades necesarias para que puedan participar en esas ventas o compras en condiciones de libre competencia y de conformidad con las prácticas comerciales corrientes.*

c) Ninguna parte contratante impedirá a las empresas bajo su jurisdicción (se trate o no de aquellas a que se refiere el apartado a) de este párrafo) que actúen de conformidad con los principios enunciados en los apartados a) y b) de este párrafo.

2. Las disposiciones del párrafo 1 de este artículo no se aplicarán a las importaciones de productos destinados a ser utilizados inmediata o finalmente por los poderes públicos o por su cuenta, y no para ser revendidos o utilizados en la producción de mercancías destinadas a la venta. En lo que concierne a estas importaciones, cada parte contratante concederá un trato justo y equitativo al comercio de las demás partes contratantes.”*

Por su parte, en el tema de servicios el AGCS incorpora una excepción similar en el artículo XIII, el cual dispone:

“Artículo XIII

Contratación pública

1. Los artículos II, XVI y XVII no serán aplicables a las leyes, reglamentos o prescripciones que rijan la contratación por organismos gubernamentales de servicios destinados a fines oficiales y no a la reventa comercial o a su utilización en el suministro de servicios para la venta comercial.

2. Dentro de los dos años siguientes a la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC se celebrarán negociaciones multilaterales sobre la contratación pública en materia de servicios en el marco del presente Acuerdo.”

Ahora bien, resulta interesante analizar el creciente reconocimiento de los efectos restrictivos para el comercio de las políticas de contratación pública discriminatorias y de la conveniencia de solventar esa laguna del sistema de comercio. En virtud de ello, se concretaron en un primer esfuerzo por incluir la contratación pública en las normas de comercio convenidas internacionalmente cuando se celebraron las Negociaciones Comerciales de la Ronda de Tokio. Como resultado de ello, en 1979 se firmó el primer Acuerdo sobre Compras del Sector Público, que entró en vigor en 1981, y se modificó en 1987 y cuya versión enmendada entró en vigor en 1988. Coincidiendo con la Ronda Uruguay, las Partes en el Acuerdo celebraron negociaciones para ampliar su alcance y aplicación. El Acuerdo sobre Contratación Pública (1994) se firmó en Marrakech el 15 de abril de 1994, al mismo tiempo que el Acuerdo por el que se establece la OMC. El nuevo Acuerdo entró en vigor el 1 de enero de 1996. El Acuerdo sobre Contratación Pública es uno de los acuerdos “plurilaterales” que figuran en el Anexo 4 del Acuerdo por el que se establece la OMC, lo que significa que no todos los Miembros de la Organización están obligados por él⁹. En virtud del Acuerdo, el

⁹ **Partes en el Acuerdo** (miembros del Comité): Canadá; Comunidades Europeas (incluyendo los 25 Estados miembros: Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, España, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Eslovaca, Suecia); Corea;

Comité de Contratación Pública es el encargado de supervisar el funcionamiento del Acuerdo.

Entre sus características principales, las normas del Acuerdo tienen por fundamento la no discriminación. En lo que respecta a los contratos comprendidos en el Acuerdo, los gobiernos Partes tienen que conceder a los productos, servicios y proveedores de las demás Partes en el Acuerdo un trato “no menos favorable” que el otorgado a sus productos, servicios y proveedores nacionales, y no discriminar a los productos, servicios y proveedores de otras Partes. Asimismo, cada Parte tiene que garantizar que sus entidades no den a un proveedor establecido en su territorio un trato menos favorable que a otro proveedor establecido en dicho territorio, por razón del grado en que se trate de una filial o sea propiedad de extranjeros, y que sus entidades no ejerzan discriminación, por razón del país de producción del producto o servicio suministrado, contra proveedores establecidos en su territorio. Para garantizar la aplicación del principio básico de no discriminación y que los productos, servicios y proveedores extranjeros tengan acceso a los contratos, el Acuerdo hace especial hincapié en los procedimientos destinados a garantizar la transparencia de las leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas relativos a la contratación pública.

2.) Unión Europea

En el ámbito de la contratación pública, la Comisión Europea ha decidido proceder a una coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación de contratos. Además de aplicar estas medidas de tipo reglamentario, la Comisión se ha

Estados Unidos; Hong Kong, China; Islandia; Israel; Japón; Liechtenstein; Noruega; Países Bajos respecto de Aruba; Singapur; Suiza. **Negociando su adhesión:** Albania, Bulgaria, Georgia, Jordania, Moldova, Omán, Panamá, República Kirguisa, Taipei Chino. **Gobiernos con la condición de observador** (algunos de los cuales están negociando su adhesión al Acuerdo): Albania, Argentina, Australia, Bulgaria, Camerún, Chile, China, Colombia, Croacia, Eslovenia, Georgia, Jordania, Moldova, Mongolia, Omán, Panamá, República de Armenia, República Kirguisa, Sri Lanka, Taipei Chino, Turquía. **Organizaciones intergubernamentales con la condición de observador:** Fondo Monetario Internacional, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos Centro de Comercio Internacional, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Tomado de: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/memobs_s.htm

dedicado a fomentar una mayor participación de las empresas en los contratos públicos y, en particular, ha desarrollado una serie de instrumentos destinados a incrementar la participación de los proveedores. Este esfuerzo de coordinación ha regido la adopción de cuatro directivas que abarcan respectivamente los contratos de obras, de suministros, de servicios y de los sectores particulares del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones.

En diciembre de 1989 se aprobó una directiva que regulaba las vías de recurso para los contratos públicos de suministros y de obras, y que en 1992 se amplió a los servicios. Este texto legislativo garantiza una sanción eficaz de las infracciones de las disposiciones que regulan los procedimientos de adjudicación de contratos.

Para los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, la directiva adoptada por el Consejo incluye los contratos de suministros, obras y servicios adjudicados por las empresas que gestionan los servicios de producción y distribución de agua, energía, transporte y telecomunicaciones, teniendo en cuenta la especificidad de dichos poderes adjudicadores y la diversidad de formas organizativas que existen en la Comunidad para estos sectores.

Las vías de recurso para este sector también han sido objeto de una directiva del Consejo que garantiza posibilidades de recurso suficientes a las empresas perjudicadas en caso de violación de las normas comunitarias de adjudicación de contratos en los llamados sectores "especiales".

El conjunto de estas directivas ha contribuido a establecer una legislación comunitaria sobre contratación pública basada en:

- normas de transparencia en la apertura a la competencia de los contratos públicos, recurso preferente a los procedimientos abiertos o restringidos y criterios transparentes de selección de ofertas;

- procedimiento de recursos eficaces y rápidos contra las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores que hayan infringido el derecho comunitario de contratación pública.

La aplicación de dichas medidas exige que las entidades adjudicadoras utilicen el mismo modelo para la publicación del anuncio de licitación.

Ahora bien, la Comisión no se ha limitado a intervenir en el ámbito legislativo o contencioso sino que también ha emprendido otras actuaciones para incrementar la transparencia, en particular en el ámbito de la formación de los responsables de los poderes adjudicadores o de las empresas, de la normalización de los anuncios y de la calidad de la información sobre la contratación pública.

Así, para incrementar la calidad de la información sobre contratos públicos y lograr que sea más fácil de comprender, la Comisión fomenta la normalización a escala europea, e incluso internacional, en los ámbitos de especial importancia para la apertura de la contratación pública. Asimismo, ha creado formularios normalizados para simplificar la redacción y la lectura de los distintos modelos de anuncios prescritos en las directivas.

La Comisión ha lanzado el proyecto SIMAP (*Système d'Information pour les Marchés Public – Sistema de Información sobre Contratos Públicos*), que se propone optimizar la utilización de las nuevas tecnologías de la información en el ámbito de la contratación pública. No sólo se trata de mejorar la calidad y fiabilidad de la información existente sino también de fomentar el desarrollo de nuevos procedimientos de adjudicación electrónicos para ofrecer a las administraciones públicas una mejor relación calidad/precio y la consiguiente reducción de los costos que redundará en beneficio del contribuyente europeo.

Asimismo, la Comisión ha elaborado un glosario conocido como CPV (*Common Procurement Vocabulary*) que, contrariamente a las nomenclaturas existentes, responde a las exigencias específicas en el sector de la contratación pública y está disponible en todas las lenguas oficiales de la Unión Europea. Se pretende

fomentar el uso de dicha nomenclatura para la definición del objeto del contrato y ampliar su utilización a las bases de datos nacionales o internacionales.

La Comisión ha publicado guías relativas a las normas aplicables a los procedimientos de adjudicación de contratos de obras, servicios y suministros. Dichas publicaciones están destinadas a todos aquellos cuyas actividades se inscriben en el ámbito de la contratación pública, y tienen por objeto hacerles más conscientes de sus derechos y obligaciones explicándoles los principios del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea que rigen la contratación pública así como las principales características de las directivas comunitarias.

3.) Otros actores

Dentro de este contexto, existen otras experiencias a nivel internacional que sirven como antecedente en la materia, tal es el caso del Banco Interamericano de Desarrollo. Sobre el particular, el Dr. Jorge Enrique Romero Pérez señala:

“De acuerdo a los documentos de este banco en este terreno de las compras del Estado, se le da protección a estos principios genéricos y clásicos de una economía capitalista:

- transparencia en la actuación del Estado con los particulares y al interior de la propia organización estatal.*
- competencia: la relación y la intervención de los oferentes en los concursos o licitaciones del Estado, deben responder a criterios de competencia o de concurrencia leal y de acuerdo a la buena fe.*
- igualdad de trato: el Estado está obligado a darle un tratamiento igualitario a los oferentes o participantes en el llamado a participar en las compras gubernamentales.*

- Justicia, lealtad y el trato de colaborador al particular oferente: estos principios rigen la contratación administrativa.

No se trata de considerar al oferente o contratista, según sea el caso y las circunstancias, como enemigo u oponente del Estado; sino, todo lo contrario, como un colaborador con la institución gubernamental, en el cumplimiento de su objetivo: el fin público, bien común, bien general o intereses de la sociedad.

- Recursos administrativos y judiciales: los particulares deben tener remedios o recursos en la vía administrativa y en la jurisdiccional, con el fin de que puedan plantear sus quejas por las razones jurídicas respectivas.”¹⁰

Adicionalmente, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) adoptó en 1994, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (1994). Esta Ley Modelo, adoptada por la Comisión en 1994, se redactó con el objeto de asistir a los países en el proceso de reforma y actualización de sus leyes en materia de adquisiciones por el sector público. La Ley prevé la técnica adecuada para alcanzar los fines de competencia leal, transparencia, imparcialidad y objetividad en todo el proceso de contratación, asegurando así una mayor economía y eficiencia en este campo. Para auxiliar a los poderes ejecutivo y legislativo en diversos países que utilizan la Ley Modelo, la Comisión ha redactado también la Guía para la Incorporación Eventual al Derecho Interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios.

¹⁰ ROMERO PÉREZ, (Jorge Enrique). “TLC y Compras del Estado”. San José, Colegio de Abogados de Costa Rica. Octubre de 2004. Tomado de: <http://www.abogados.or.cr/>.

Conclusiones

De lo anteriormente expuesto, se puede arribar a las siguientes conclusiones:

- El capítulo 9 sobre contratación pública del TLC determina las reglas y garantías mínimas que las Partes deberán asegurar al efectuar las contrataciones públicas, basado en los principios fundamentales de no discriminación, apertura, transparencia y debido proceso, otorgando trato nacional a los proveedores, bienes y servicios de las otras Partes contratantes en sus procesos de contratación pública. En cuanto a los procedimientos de contratación pública, en el capítulo se garantizan los principios de transparencia y publicidad, estableciendo la obligación de publicar oportunamente todas las medidas que rigen las contrataciones y los avisos invitando a contratar, que incluyan información suficiente para el oferente y asegurando tiempo suficiente para que los proveedores puedan preparar y presentar ofertas para participar en las contrataciones públicas y para que puedan presentar impugnaciones ante autoridades administrativas o judiciales imparciales e independientes. En este sentido, los procedimientos de revisión deberán ser oportunos, transparentes, eficaces y respetar el debido proceso.
- En Costa Rica los principios de contratación pública ostentan una jerarquía de rango constitucional, tal y como lo ha señalado la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en la resolución 998-98, por lo tanto, la aplicación del TLC deberá necesariamente circunscribirse a estos principios.
- El mercado de compras estatales costarricense actualmente se encuentra abierto a la participación de proveedores extranjeros, y por lo tanto, el TLC no implicaría la necesidad de modificar la legislación nacional en materia de contratación pública.

- La normativa incluida en el TLC resulta similar a los compromisos previos adquiridos por Costa Rica en el marco del TLC entre Costa Rica y México, el TLC entre Centroamérica y Chile y el TLC entre Centroamérica y República Dominicana.
- Existen sectores que consideran que el contenido del capítulo 9 del TLC sobre contratación pública resulta contrario al ordenamiento jurídico costarricense o que restringe la capacidad del país para implementar medidas que promuevan el desarrollo económico local y nacional.
- En virtud del TLC, los países de Centroamérica tendrá acceso a las contrataciones de todas las entidades del gobierno federal, además de 23 Estados y un importante número de empresas públicas estadounidenses, lo cual representa una mejora con respecto al acceso otorgado a los países del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (que comprende a Canadá y México).
- El TLC establece umbrales para contratos de bienes y servicios a nivel federal y estatal. En esta materia, se aplicarán umbrales diferenciados durante un período de transición a favor de los países de Centroamérica con el fin de atender las diferencias de desarrollo de las economías de la región.
- El TLC estipula que los proveedores centroamericanos contarán con tiempo suficiente para preparar y presentar ofertas para participar en las contrataciones públicas de Estados Unidos.
- El TLC excluye de la cobertura del capítulo los programas de compras de la Administración Pública en beneficio de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) que se establezcan de conformidad con la legislación costarricense.

- En el contexto internacional, actualmente los Estados realizan compras de bienes y servicios con proveedores de terceros Estados a través de procedimientos de contratación pública. En los últimos años, este fenómeno se ha ido incrementando considerablemente, en virtud de lo cual, algunos actores se han visto en la necesidad de emitir ciertos principios básicos e instrumentos jurídicos en la materia, tal es el caso de la Organización Mundial de Comercio, la Unión Europea, el Banco Interamericano de Desarrollo y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Bibliografía

Publicaciones:

- MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR. “Documento Explicativo Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos.” San José, Costa Rica. 2004. 118 p.
- MORA JIMÉNEZ, (Henry). “101 razones para oponerse al TLC.” III Parte. San José, Costa Rica: Universidad Nacional, Escuela de Economía, junio 2004, 44 p.
- RODRÍGUEZ, (Oscar); ARIAS, (Bernal); HERNÁNDEZ, (Oscar) y JIMÉNEZ, (Manrique). “Roces Constitucionales del TLC (CA-USA) Todavía Estamos a Tiempo.” San José, Costa Rica, Universidad de La Salle, 2004. 167 p.
- ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique. “TLC y Compras del Estado” San José, Costa Rica, Colegio de Abogados de Costa Rica. Tomado de: <http://www.abogados.or.cr/>. Octubre de 2004.

Páginas de Internet consultadas:

- www.comex.go.cr
- <http://www.abogados.or.cr/>
- http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gproc_s.htm
- <http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/s11000.htm>

- <http://www.uncitral.org/spanish/texts/procurem/procurementindex-s.htm>