

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL TLC

Francisco Chacón¹

SUMARIO

Introducción. I. Antecedentes: la contratación pública en los acuerdos comerciales. II. La contratación pública en el TLC. 1. Ámbito de aplicación y cobertura. 2. Principios de la contratación pública acogidos por el TLC. III. El régimen de contratación pública costarricense y su relación con los principios y disposiciones del TLC. IV. Conclusiones Generales.

Introducción²

El objetivo de este artículo es explicar detalladamente los alcances del Capítulo IX del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los EE.UU. (en adelante TLC), relacionarlo con los principios y disposiciones que rigen la contratación administrativa en Costa Rica, y analizar los efectos que la aprobación del acuerdo comercial tendría sobre nuestro régimen de contratación pública. El artículo está dividido en cuatro partes. En la primera parte, se hace una breve referencia al contexto dentro del cual se negoció el capítulo de contratación pública del TLC. En la segunda, se describe en forma pormenorizada el Capítulo IX del TLC, particularmente lo referente a la cobertura del acuerdo y los principios que allí se desarrollan. En una tercera se explican los principios fundamentales y disposiciones más importantes del régimen nacional y se analiza su relación con los principios y disposiciones del TLC. Finalmente, en la cuarta y última parte, se incluyen las conclusiones de carácter general de este estudio.

I. Antecedentes: la contratación pública en los acuerdos comerciales

El principio de trato nacional es una cláusula común incorporada en prácticamente todos los acuerdos comerciales y su propósito específico es evitar que las autoridades públicas discriminen en favor de los productos nacionales y en contra de los productos extranjeros. Para evitar esa discriminación las partes suscriptoras del acuerdo normalmente se obligan a otorgar un “trato nacional”, es decir, un trato no discriminatorio, a los productos importados. Como se sabe, en el marco del sistema multilateral, el trato nacional es uno de sus principios más importantes. Sin embargo,

¹ Graduado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica (1985) y obtuvo una maestría en leyes de la Universidad de Georgetown, Washington D.C. (1987). Fue profesor de Derecho Administrativo y Comercio Exterior de la Universidad de Costa Rica (1988-1994) y viceministro de Comercio Exterior (1994-1997). Es autor de numerosos artículos e investigaciones sobre comercio exterior e inversión extranjera. Actualmente es miembro del Bufete Zurcher Odio & Raven.

² Se agradecen los comentarios y sugerencias hechos por Anabel González y Alejandra Montiel a los borradores preparatorios de este artículo. Los errores que persistan son responsabilidad exclusiva del autor.

éste no ha sido aplicado tratándose de compras del sector público, pues en un inicio se consideró que la contratación pública podía servir cómo un instrumento para fomentar el desarrollo de la industria nacional. Según explican Jackson, Davey and Sykes:

“... las compras del sector público no están limitadas por la obligación de trato nacional del artículo III del GATT ... Consecuentemente, con anterioridad a la Ronda de Tokio, los gobiernos estaban en libertad de discriminar en favor de los bienes nacionales ... al aplicar sus políticas de compras del sector público ...”³.

Esta exclusión y el hecho de que el poder de compra del Estado juegue un papel importante en todas las economías, así como los efectos negativos que un trato discriminatorio provoca para el bienestar general, hicieron que, desde hace varios años, se haya buscado regular la contratación pública dentro del sistema multilateral de comercio. Fue así como, durante la Ronda de Tokio del GATT, se negoció el Acuerdo de Compras del Sector Público, un instrumento que pretendió reducir la discriminación y extender el principio de transparencia en el sector de compras públicas. Este Acuerdo, sin embargo, sólo resultaba aplicable a aquellas partes contratantes del GATT que lo suscribieran y en relación con las entidades públicas que cada país incluía en su respectiva lista pues, como se dijo, el artículo III del GATT expresamente excluía la aplicación del principio de no-discriminación a las compras estatales.

En 1995, durante la Ronda Uruguay, los países miembros de la recién creada Organización Mundial de Comercio (OMC) negociaron y concluyeron el Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP). Dos son los objetivos fundamentales buscados con este acuerdo: la eliminación del trato discriminatorio entre los oferentes y el fortalecimiento de la transparencia de las leyes, regulaciones y prácticas relevantes. Es decir, los principios básicos del ACP son el principio de nación más favorecida, el principio de trato nacional⁴ y el principio de transparencia. El ACP, sin embargo, tiene un carácter plurilateral, es decir, al igual que el Acuerdo de Compras del Sector Público de la Ronda de Tokio, sólo es aplicable a los miembros de la OMC que expresamente lo suscriban. La mayoría de los países en desarrollo no han manifestado interés en suscribirlo. Costa Rica, por ejemplo, no es parte de dicho acuerdo.

Ese vacío ha sido llenado mediante su incorporación en los acuerdos trilaterales y bilaterales, particularmente en el Tratado de Libre Comercio de Norteamérica (NAFTA)⁵, y en los acuerdos de EE.UU. con Chile, Jordania, Australia, Singapur, Marruecos, y el más reciente con Bahrain. En el caso de Costa Rica, disposiciones relativas a las compras del sector público han sido incorporadas en los tratados de libre comercio suscritos con México⁶, Chile⁷, República Dominicana, y Canadá, aunque solo en los tres

³ Jackson, J, Davey, W and Sykes, A. (1995) *Legal Problems of International Economic Relations* (3era. Ed.), St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., p. 550 (traducción libre).

⁴ Hoekman, B and Mavroidis, P (1997). *Basic Elements of the Agreement on Government Procurement*, in *Law and Policy in Public Purchasing, The WTO Agreement on Government Procurement*, The University of Michigan Press.

⁵ El Capítulo X del NAFTA contempla una serie de disposiciones sustantivas cuyo objetivo central consiste en garantizar la no discriminación entre los bienes, servicios y los proveedores de bienes y servicios de los países del NAFTA en las compras del sector público de las Partes. Asimismo, establece una serie de disposiciones de orden procedimental que las Partes deben aplicar en los distintos procedimientos licitatorios cubiertos por este acuerdo.

⁶ El capítulo sobre contratación pública de este acuerdo es casi idéntico al capítulo correspondiente del NAFTA.

primeros casos se desarrollaron en un grado importante pues el acuerdo con Canadá casi no contiene obligaciones de fondo sobre la materia. En el contexto del Mercado Común Centroamericano, los países suscribieron, en el 2002, el Tratado Centroamericano de Contratación Pública, pero el acuerdo nunca fue ratificado⁸.

Dichos acuerdos incluyen un capítulo especial -distinto al que consagra el principio general de trato nacional -, que regula específicamente las obligaciones aplicables a las compras del sector público, pues para ellas el principio de trato nacional sólo es aplicable de conformidad con los términos y condiciones que contenga dicho capítulo especial.

II. La contratación pública en el TLC.

El Capítulo IX del TLC es el que se refiere específicamente a la contratación pública. El capítulo está conformado por diecisiete artículos y un anexo. El articulado define el ámbito y cobertura del acuerdo, adopta principios fundamentales y garantías básicas de la contratación pública, y desarrolla algunas disposiciones de fondo con base en esos principios fundamentales y garantías básicas. El anexo contiene las listas de las entidades contratantes cubiertas por el acuerdo y señala las condiciones para la aplicación de las obligaciones del Capítulo IX⁹.

A. Ámbito de aplicación y cobertura.

En general el TLC utiliza el principio de lista positiva¹⁰, en el sentido de que las Partes¹¹ solo tienen la obligación de aplicar las disposiciones del Capítulo IX a una “contratación cubierta” por el acuerdo, es decir, a las contrataciones de mercancías, servicios, o ambos, realizadas por aquellos órganos o entidades gubernamentales enlistados en el Anexo 9.1, cuando el monto de la contratación supere el umbral¹² establecido en el

⁷ En este acuerdo no se estableció ningún tipo de umbral y el ámbito de cobertura del capítulo incluye todas las formas de contratación pública, todos los bienes y servicios de los países, salvo contadas excepciones, así como las entidades incorporadas en las listas correspondientes que elaboró cada país. Entre los compromisos que asumen los países, cabe citar el principio de trato nacional y no discriminación, así como garantías en relación con el debido proceso y transparencia en sus contrataciones públicas.

⁸ Esta situación quedaría superada con la entrada en vigencia del TLC, por así regularse según los términos del Anexo 9.1.2.b.ii. De hecho, la entrada en vigencia del TLC hace innecesaria la ratificación del convenio centroamericano sobre la materia, pues serían las normas del TLC las aplicables.

⁹ El anexo se divide en tres: el anexo 9.1.2.b.i que es aplicable entre EE.UU. y cada una de las Partes; el anexo 9.12.b.ii, aplicable entre las Partes Centroamericanas; y el anexo 9.1.2.b.iii, aplicable entre cada Parte Centroamericana y la República Dominicana.

¹⁰ En contraposición al concepto de lista negativa: mientras en la lista positiva las Partes se obligan solo a lo allí incluido, en la lista negativa se obligan a todo con excepción a lo incluido en ella.

¹¹ Parte aquí es definida como todo Estado respecto del cual haya entrado en vigor el TLC.

¹² Estos umbrales, o montos mínimos de contratación a partir de los cuales surge la obligación, serán ajustados periódicamente de conformidad con lo establecido en la Sección H del Anexo 9.1 del TLC. Además existen montos distintos para un período de transición de tres años que se inician con la entrada en vigencia del acuerdo.

acuerdo¹³ y en el tanto se cumpla con las demás condiciones incluidas en él (artículo 9.1.2 y Anexo 9.1). Nada impide, sin embargo, que una Parte decida unilateralmente aplicar las disposiciones del Capítulo IX a todo el resto de la contratación pública. En todo caso, los órganos y entidades enlistados están en la obligación de aplicar las disposiciones del capítulo en relación con toda medida relacionada con una contratación cubierta alcanzada “a través de cualquier medio contractual, incluyendo la compra y el alquiler o arrendamiento, con o sin opción de compra, contratos de construcción-operación-transferencia o contratos de concesión de obra pública” (artículo 9.2.a). Además, las entidades contratantes¹⁴ no podrán preparar, diseñar, estructurar o dividir (fraccionar o fragmentar) un contrato de compra con el fin de evadir esas obligaciones (artículo 9.3.6).

Con base en las listas del Anexo 9.1 y los umbrales y condiciones acordados, las contrataciones cubiertas, en el caso de la relación entre Costa Rica y los EE.UU., una vez vencido el plazo de transición de tres años, serían básicamente las siguientes:

- a) Para los ministerios¹⁵, la Defensoría de los Habitantes, la Contraloría General de la República y el Instituto Costarricense de Turismo, todas aquellas contrataciones que superen el monto de US \$ 58.550, cuando se trate de la contratación de bienes y servicios o el de US \$ 6.725.000, cuando se trate de la contratación de servicios de construcción.
- b) Para las municipalidades¹⁶, todas aquellas contrataciones que superen el monto de US \$ 477.000, cuando se trate de la contratación de bienes y servicios o el de US \$ 6.725.000, cuando se trate de la contratación de servicios de construcción.
- c) Para el INCOFER, INCOP, la Junta Administrativa de la Imprenta Nacional, PIMA, ARESEP, BANHVI, Consejo de Transporte Público, Instituto Costarricense del Deporte y la Recreación, INFOCOP, SENARA y BCCR¹⁷, todas aquellas contrataciones que superen el monto de US \$ 250.000, cuando se trate de la contratación de bienes y servicios o el de US \$ 6.725.000, cuando se trate de la contratación de servicios de construcción.
- d) Para el ICE y la CCSS¹⁸, todas aquellas contrataciones que superen el monto de US \$ 538.000, cuando se trate de la contratación de bienes y servicios o el de US \$ 6.725.000, cuando se trate de la contratación de servicios de construcción.

¹³ El Anexo 9 divide las entidades contratantes en “gobierno central”, “ nivel sub-central”, y “otras entidades cubiertas”

¹⁴ Según la definición del TLC, el término entidad contratante incluye los órganos y entidades públicas enlistadas en el Anexo 9.1.

¹⁵ El TLC no es aplicable, sin embargo, a la compra de alimentos, bebidas, tabaco, textiles, prendas de vestir y productos de cuero del Ministerio de Gobernación y Policía y de Seguridad Pública. Tampoco a la emisión de timbres del Ministerio de Hacienda, ni a las contrataciones de servicios de comedores escolares del Ministerio de Educación.

¹⁶ Las municipalidades de los 81 cantones se incluyen en la lista.

¹⁷ El TLC no es aplicable, sin embargo, a la emisión de billetes, monedas y timbres que contrate el BCCR.

¹⁸ El TLC no es aplicable, sin embargo, a la compra de alimentos, bebidas, tabaco, textiles, prendas de vestir y productos de cuero que haga la CCSS.

Al mismo tiempo, el TLC expresamente indica que el Capítulo IX no es aplicable a acuerdos no contractuales o asistencias estatales otorgadas por una Parte o una empresa estatal ni a compras cuyo propósito directo sea proveer ayuda extranjera (artículo 9.3.a). Tampoco es aplicable a compras financiadas por préstamos o donaciones otorgados bajo condiciones inconsistentes con las disposiciones del Capítulo IX, (artículo 9.3.b), ni a la contratación de servicios de agencia o depósitos fiscales, servicios de liquidación o administración de entidades financieras reguladas, o servicios de venta y distribución para la deuda pública (artículo 9.3.c). Finalmente, el Capítulo IX tampoco es aplicable a las relaciones de empleo (artículo 9.3.d) o a las compras efectuadas en condiciones excepcionalmente favorables que concurren por muy breve plazo como, por ejemplo, enajenaciones extraordinarias realizadas por empresas no proveedoras o enajenaciones de activos de empresas en liquidación o bajo administración judicial (artículo 9.3.f).

B. Principios de la contratación pública acogidos por el TLC.

El TLC adopta una serie de principios fundamentales de la contratación administrativa y luego los desarrolla en algunos de los artículos del Capítulo IX. Como se advirtió, las Partes solo están obligadas a aplicar estos principios y disposiciones a las contrataciones cubiertas por el acuerdo. A continuación se describen cuáles son los principios y disposiciones más importantes del TLC.

1. Principio de no-discriminación.

El artículo 9.2 del TLC dispone que cada Parte debe otorgar a las mercancías¹⁹ o servicios de la otra Parte, así como a los proveedores de la otra Parte de tales mercancías y servicios, un trato no menos favorable que el otorgado por dicha Parte o entidad contratante a sus propias mercancías, servicios y proveedores. Es decir, ese artículo 9.2 recoge el principio general de trato nacional y ordena su aplicación a favor de los proveedores, mercancías y servicios de las otras Partes del acuerdo.

En particular, este artículo prohíbe que la Parte o entidad contratante brinde a un proveedor establecido localmente un trato menos favorable al otorgado a otro proveedor establecido localmente, en razón del grado de asociación extranjera o del grado de propiedad extranjera (9.2.a). También prohíbe discriminar contra un proveedor establecido localmente en razón de que las mercancías o servicios ofrecidos por ese proveedor sean mercancías o servicios de otra Parte (artículo 9.2.b). Además, resulta prohibido para las entidades contratantes tomar en cuenta, solicitar o imponer condiciones que fomenten el desarrollo local o una mejoría en la balanza de pagos mediante el establecimiento de requisitos de contenido local, licencias para el uso de tecnología, inversiones, comercio compensatorio o requisitos similares (artículos 9.2.4 y 9.17).

¹⁹ La determinación de origen de las mercancías deberá ser hecha de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo sobre Reglas de Origen y Procedimientos de Origen del TLC.

2. Principio de transparencia y publicidad.

El artículo 9.3 dispone que cada Parte deberá publicar toda ley y reglamento (y sus modificaciones) y poner a disposición del público cualquier procedimiento, sentencia judicial y decisión administrativa de aplicación general relacionada con la contratación pública. Asimismo, deberá facilitar, a solicitud de una Parte, una copia de un procedimiento, una sentencia judicial o una decisión administrativa de aplicación general, relacionada con la contratación.

Adicionalmente, en el artículo 9.4, se establece la obligación de publicar, con la suficiente antelación, un aviso invitando a los proveedores interesados a presentar ofertas en una contratación. En dicho aviso deberá indicarse, al menos, que se trata de una contratación cubierta por el Capítulo IX del TLC, una descripción de la contratación, las condiciones requeridas para participar, el nombre de la entidad contratante, la dirección en donde se puede obtener documentación relacionada con la contratación, el precio a pagar por dichos documentos, los plazos y la dirección para presentar ofertas y el tiempo para la entrega de las mercancías o servicios requeridos.

Finalmente, el artículo 9.4.3 dispone que las Partes deberán incentivar a sus entidades contratantes para que publiquen información relativa a los planes de futuras contrataciones, lo antes posible en su respectivo año fiscal.

3. Principio de libre competencia o concurrencia.

Aunque no se encuentra nombrado así en forma expresa en el texto del TLC, este principio se deriva de los anteriores y las disposiciones del acuerdo buscan fijar los parámetros que permitan la participación del mayor número de oferentes en los procedimientos de contratación. El principio se concreta en cuatro claras disposiciones del acuerdo.

La primera, contenida en el artículo 9.5, establece la obligación de otorgar plazos suficientes para la preparación y presentación de las ofertas, tomando en cuenta la naturaleza y complejidad de la contratación. En este sentido, el artículo exige que, en ningún caso, ese plazo deberá ser inferior a cuarenta días calendario²⁰, contado desde la fecha de publicación del aviso hasta la fecha de presentación de las ofertas. El TLC permite que ese plazo sea inferior, pero nunca menor a diez días naturales, en tres circunstancias y siempre que no existan requisitos de calificación para los proveedores: (a) cuando, en un período no menor a cuarenta días hábiles y no mayor a doce meses antes de la fecha límite para la presentación de las ofertas, la entidad contratante haya publicado por separado un aviso en el que se haya descrito la contratación, se hayan indicado los plazos aproximados para la presentación de ofertas o, si resultare apropiado, se hayan señalado las condiciones para participar y la dirección para obtener la documentación sobre la contratación; (b) cuando se trate de una entidad que contrata mercancías y servicios comerciales que se venden o se ofrecen para la venta a compradores no gubernamentales y son regularmente comprados y utilizados por

²⁰ Para efectos del TLC, cuando se usa el término “día” se hace referencia a días calendario.

compradores no gubernamentales para propósitos no gubernamentales; o (c) cuando se trata de una situación de emergencia imprevista que, debidamente justificada, imposibilita el cumplimiento del plazo indicado.

La segunda disposición, recogida en el artículo 9.6, es la que ordena proporcionar a los proveedores interesados documentos de contratación que incluyan toda la información necesaria para poder preparar y presentar ofertas adecuadas, particularmente aquella relacionada con los criterios que utilizará la entidad contratante para adjudicar. El TLC permite que esta obligación sea satisfecha a través de una publicación electrónica accesible a todos los proveedores interesados. Además, cualquier modificación de los criterios indicados en un procedimiento ya abierto deberá ser transmitida por escrito a todos los proveedores interesados y con la antelación suficiente.

La tercera se refiere a las especificaciones técnicas y a la prohibición de preparar, adoptar o aplicar especificaciones técnicas que tengan como propósito o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio entre las Partes del TLC (artículo 9.7). Asimismo, se establece la obligación de que las especificaciones técnicas sean preparadas en términos de desempeño y no en términos de características de diseño o descriptivas y que estén basadas en normas internacionales cuando éstas sean aplicables o en normas nacionales reconocidas, cuando las internacionales no sean aplicables. Se prohíbe también que las especificaciones técnicas requieran o hagan referencia a determinadas marcas o nombres comerciales, patentes, diseños o tipos, ni a orígenes específicos o productores o proveedores, salvo que no haya otra manera de describir los requisitos de la contratación, en cuyo caso deberá indicarse que se aceptarán también los equivalentes. Adicionalmente, se prohíbe solicitar o aceptar, de una manera que pueda tener por efecto impedir la competencia, asesoramiento que pueda utilizarse para preparar o adoptar especificaciones técnicas provenientes de una persona con interés comercial en la contratación respectiva.

La última tiene que ver con los requisitos de registro, calificaciones y condiciones exigidos para participar en una contratación. En este caso, el artículo 9.8 dispone que cuando se exijan esos requisitos y condiciones, la entidad contratante deberá publicar un aviso invitando a participar a los proveedores para que se postulen a tal registro o calificación. La publicación deberá hacerse con la antelación necesaria para que los interesados puedan preparar y presentar sus solicitudes y para que la entidad evalúe y formule sus determinaciones sobre la base de dichas solicitudes. El TLC exige que esas condiciones sean solo las 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. Además, es obligación reconocer como proveedor calificado a todo proveedor de la otra Parte que haya cumplido con las condiciones necesarias para participar. Asimismo, las decisiones de calificación deberán basarse exclusivamente en las condiciones de participación establecidas con antelación.

El TLC dispone también que cuando una entidad contratante exija estar incluido en una lista de proveedores como condición para participar en una contratación, la entidad deberá contar con procedimientos que permitan la calificación expedita de los interesados todavía no calificados y permitir que el proveedor presente una oferta si se determina que se trata de un proveedor calificado y hay tiempo suficiente para participar dentro del plazo establecido para la presentación de las ofertas. En todo caso, no podrá establecerse como condición para participar el que el proveedor haya sido adjudicatario

previo de uno o más contratos con la entidad contratante o que el proveedor tenga experiencia en el territorio de la Parte. Además, la capacidad financiera y técnica deberá evaluarse de acuerdo con la actividad comercial del proveedor fuera del territorio de la Parte junto con la actividad desarrollada en el territorio de la Parte, si la tuviera.

Finalmente, la entidad contratante deberá comunicar la decisión que haya tomado al proveedor potencial que haya solicitado su calificación. En caso de rechazo o de que la entidad deje de reconocer a un proveedor ya calificado, a solicitud del proveedor, deberá proporcionarle sin demora una explicación escrita de las razones de su decisión.

4. Principio de licitación pública.

El TLC no lo llama expresamente de esa manera pero sí establece el principio general de que los contratos públicos deben ser adjudicados a través de procedimientos de licitación abiertos, esto es, a través de procedimientos distintos al de la contratación directa y que sean consistentes con las disposiciones del Capítulo IX (artículos 9.9 y 9.17.).

El TLC dispone, sin embargo, siete excepciones en las que una Parte podrá, pero no estará obligada a, adjudicar contratos en forma directa: (a) cuando no se hayan presentado ofertas que cumplan con los requisitos esenciales establecidos en un aviso previo de contratación o invitación a participar, a condición de que los requisitos no se hayan modificado substancialmente; (b) en caso de obras de arte, protección de los derechos de propiedad intelectual o cuando, por razones técnicas, no haya competencia, las mercancías o servicios solo puedan ser suministrados por un proveedor determinado y no exista otra alternativa o sustituto razonable; (c) en el caso de entregas adicionales del proveedor original que tengan por objeto ser utilizados como repuestos, ampliaciones o servicios continuos para equipo existente, programas de cómputo, servicios o instalaciones, cuando un cambio de proveedor obligaría a la entidad a adquirir mercancías o servicios que no cumplan con los requisitos de compatibilidad con los equipos, programas de cómputo, servicios o instalaciones existentes; (d) cuando se trate de productos básicos; (e) cuando se trate de adquirir prototipos o un primer producto o servicio que se desarrolle a petición de la entidad contratante en el curso y para la ejecución de determinado contrato de investigación, experimentación, estudio o desarrollo original; (f) en el caso de servicios adicionales de construcción, que no fueron incluidos en el contrato original, pero que se incluyen dentro de los objetivos de la documentación original y que por circunstancias no previstas resulten necesarios para completar los servicios de construcción descritos, en el tanto el valor de los servicios de construcción adicionales no excedan el cincuenta por ciento del monto del contrato original; y, (g) en la medida en que sea estrictamente necesario, cuando, por razones de urgencia ocasionadas por acontecimientos imprevisibles para la entidad contratante, sea imposible obtener las mercancías o servicios a tiempo mediante los procedimientos de licitación abiertos y el uso de estos procedimientos ocasionaría perjuicios graves a la entidad contratante, a sus responsabilidades con respecto a su programa, o la Parte.

Cuando la contratación se lleve a cabo en forma directa, la entidad contratante deberá mantener registros o informes escritos que justifiquen específicamente que el contrato

adjudicado es conforme con la cláusula que garantiza la integridad en las prácticas de contratación (artículos 9.9.3 y 9.13)

5. Principio de Control Jurídico.

Aunque tampoco este principio es nombrado en forma expresa, lo cierto es que el TLC dispone que cada Parte contará con al menos una autoridad, administrativa o judicial, imparcial e independiente de sus entidades contratantes, para recibir y revisar las impugnaciones que los proveedores interpongan con respecto a las obligaciones de la Parte y sus entidades con respecto al Capítulo IX y para emitir resoluciones y recomendaciones. Asimismo, garantizará que, cuando la autoridad que revise inicialmente la impugnación presentada no sea esa autoridad imparcial e independiente, los proveedores puedan apelar la decisión inicial ante un órgano administrativo o judicial imparcial e independiente de la entidad contratante objeto de la impugnación (artículo 9.15.1).

Adicionalmente, la autoridad imparcial e independiente deberá poder tomar medidas precautorias mientras se encuentre pendiente de resolución la impugnación respectiva, incluyendo la posibilidad de suspender la adjudicación de un contrato o la ejecución de un contrato ya adjudicado (artículo 9.15.2). Además, los procedimientos de revisión deben estar disponibles en forma escrita al público y la Parte debe asegurarse que sean oportunos, transparentes, eficaces y compatibles con los principios del debido proceso (artículo 9.15.3). Igualmente, debe garantizar que los documentos relacionados con la impugnación de una contratación estén a disposición de la autoridad imparcial establecida (artículo 9.15.4) y que la entidad contratante contestará por escrito el reclamo del proveedor (artículo 9.15.5).

Finalmente, la Parte debe asegurar que la autoridad imparcial establecida brinde a los proveedores lo siguiente: plazo suficiente para preparar y presentar las impugnaciones escritas, el cual no podrá ser inferior a diez días calendario luego de que el fundamento del reclamo es o debió ser conocido por el proveedor; oportunidad de revisar los documentos relevantes y ser escuchados de manera oportuna; oportunidad de contestar la respuesta de la entidad contratante al reclamo del proveedor; y la entrega sin demora y por escrito de conclusiones y recomendaciones con respecto a la impugnación, junto con los fundamentos de la decisión (artículo 9.15.6). Asimismo, la Parte debe garantizar que la interposición de una impugnación no perjudicará su participación posterior en licitaciones en curso o futuras (artículo 9.15.7).

6. Requisitos para la adjudicación de los contratos.

El TLC ordena que para la validez de las ofertas, la entidad contratante exigirá que éstas sean presentadas por escrito y que cumplan con los requisitos esenciales de los documentos de contratación, así como proceder de un proveedor que cumpla con las condiciones de participación comunicadas de antemano (artículo 9.10.1). Adicionalmente, dispone que, salvo que se contrapusiere al interés público, la entidad contratante adjudicará el contrato al proveedor que la entidad haya determinado plenamente capaz de ejecutar el contrato y cuya oferta resulte la más ventajosa según

los requisitos y criterios de evaluación establecidos en los documentos de contratación (artículo 9.10.2). Finalmente, establece que una entidad contratante no podrá anular un contrato o rescindirlo o modificarlo con el fin de evadir las obligaciones del Capítulo IX del TLC (artículo 9.10.3).

7. Acceso a la información y motivación del acto de adjudicación.

Las entidades contratantes están obligadas a comunicar a los proveedores las decisiones relacionadas con la adjudicación de los contratos (artículo 9.11.1). Además, ante la solicitud de un proveedor no adjudicado, deberá facilitarle la información pertinente a las razones de dicha decisión y las ventajas relativas de la oferta ganadora (artículo 9.11.2). Igualmente, inmediatamente después de una adjudicación, la entidad deberá publicar un aviso que incluya, como mínimo, el nombre de la entidad, una descripción de las mercancías o servicios incluidos en el contrato, el nombre del proveedor al cual se adjudicó el contrato, el valor de la adjudicación, y la justificación por no haberse utilizado un procedimiento de licitación abierto, si este fuera el caso. Finalmente, la entidad deberá mantener registros e informes sobre los procedimientos de contratación y las adjudicaciones durante por lo menos tres años después de la fecha de adjudicación de un contrato (artículo 9.11.3).

8. Información confidencial.

El TLC dispone que ni la Parte ni las entidades contratantes ni las autoridades de revisión divulgarán información confidencial sin la autorización de la persona que la haya proporcionado, cuando dicha divulgación pudiera perjudicar los intereses comerciales legítimos de una determinada persona o podría perjudicar la competencia leal entre los proveedores (artículo 9.12).

9. Garantía de integridad en las prácticas de contratación.

En consonancia con las disposiciones referentes a las Medidas Anticorrupción del TLC, cada Parte se obliga a adoptar o mantener procedimientos apropiados para impedir que proveedores involucrados en actividades ilegales o fraudulentas de contratación participen, indefinida o temporalmente, en los procedimientos de contratación de la Parte. Además, previa solicitud de otra Parte, la Parte identificará a los proveedores inelegibles como consecuencia de esos procedimientos y, si fuere apropiado, intercambiarán información con respecto a los proveedores o la actividad fraudulenta o ilegal (artículo 9.13).

10. Modificaciones y rectificaciones a la cobertura.

El artículo 9.16 del TLC permite que una Parte realice rectificaciones técnicas de naturaleza formal relacionadas con la cobertura del Capítulo IX o modificaciones

menores a sus listas, en el tanto así lo notifique por escrito a las demás Partes y ninguna otra Parte objete por escrito dicha rectificación o modificación dentro de los treinta días calendario siguientes a su notificación. Estas modificaciones o rectificaciones no obligan a ninguna compensación. Adicionalmente, una Parte puede modificar la cobertura del Capítulo IX, mediante el indicado mecanismo de notificación y no objeción, pero en este caso deberá ofrecer a las otras Partes una compensación que permita mantener un nivel de cobertura comparable al que existía antes de la modificación.

III. El régimen de contratación pública costarricense y su relación con los principios y disposiciones del TLC.

En esta tercera parte interesa hacer referencia a los principios y disposiciones que rigen la contratación administrativa costarricense, con el fin de determinar si estas son o no compatibles con los principios y disposiciones que desarrolla el Capítulo IX del TLC, y señalar los efectos que el acuerdo tiene en el ordenamiento jurídico local.

El régimen de contratación pública costarricense se encuentra regido principalmente por los artículos 182 de la Constitución Política, la Ley de Contratación Administrativa (LCA), No. 7494, la Ley General de Concesión de Obra con Servicios Públicos, No. 7762, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, y el Reglamento a la LCA (RLCA).

El artículo 182 constitucional, que es la base del sistema nacional, dispone que “los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los Poderes del Estado, las Municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de esas entidades y las ventas y arrendamientos de bienes pertenecientes a las mismas, se harán mediante licitación, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo”. Este principio general es luego desarrollado en detalle por la LCA y el RLAC. Además, la Sala Constitucional, de manera abundante, ha explicitado los alcances de la norma constitucional y, en general, de los principios que informan los procedimientos de contratación pública en el régimen costarricense, haciendo énfasis en los principios de libre competencia, igualdad, publicidad, transparencia y controles, entre otros²¹.

El artículo 1 de la LCA dispone que sus disposiciones serán de aplicación a toda la actividad de contratación desplegada por los órganos del Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, el Poder Legislativo, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República, la Defensoría de los Habitantes, el sector descentralizado territorial e institucional, los entes públicos no estatales (salvo aquellos cuyo financiamiento en más de un cincuenta por ciento provenga de recursos propios o de aportes o contribuciones de sus agremiados), y las empresas públicas (salvo aquellas cuyo capital social pertenezca, en su mayoría, a particulares y no al sector público). Además, cuando se utilicen parcial o totalmente recursos públicos, la actividad contractual de cualquier otro tipo de personas físicas o jurídicas debe someterse a los principios desarrollados por la indicada ley. Esta legislación no es aplicable, sin embargo, a las relaciones de empleo, a los empréstitos públicos y a las otras actividades que estén sometidas a un régimen

²¹ Al respecto véase la resolución No. 998-98.

especial de contratación (como es el caso, por ejemplo, de los contratos de concesión de obra con servicios públicos).

La LCA prevé cuatro²² procedimientos distintos para que la Administración Pública realice sus contrataciones: por un lado, se regulan la licitación pública, la licitación por registro, y la licitación restringida (que serían los procedimientos abiertos a que hace referencia el TLC). Por el otro, excepcionalmente se permite el procedimiento de contratación directa. En general, la determinación de cual procedimiento de concurso se va a utilizar está sujeta a los parámetros establecidos por el artículo 84 de la LCA en atención al monto de la contratación y al presupuesto de contratación de bienes y servicios no personales de la respectiva Administración. Con base en esos criterios y los montos actualizados por la Contraloría General de la República²³, las entidades contratantes cubiertas por el acuerdo, para la relación entre Costa Rica y los EE.UU., estarían obligados a utilizar los procedimientos de contratación en los términos descritos en las Tablas 1, 2, 3 y 4.

**Tabla No. 1: Entidades contratantes de la Sección A del Anexo 9.1.2.b.i
(Entidades de Gobierno de Nivel Central)**

Rango presupuestal y entidades	Licitación Pública	Licitación por Registro	Licitación Restringida	Contratación Directa
Entre 10.900 y 5.450 millones de colones: M. de Hacienda, M. Seguridad Pública.	Mayores a 84.5 millones de colones (US \$187.700)	Entre 84.5 y 13.5 millones de colones (entre US \$187.700 y US \$30.000)	Entre 13.5 y 7 millones de colones (entre US \$30.000 y US \$15.500)	Menores a 7 millones de colones (US \$15.500)
Entre 5.450 y 1.090 millones de colones: MAG, MOPT, MEP, Salud, Justicia y Gracia, ICT.	Mayores a 59 millones de colones (US \$131.000)	Entre 59 y 12 millones de colones (entre US \$ 131.000 y US \$ 26.600)	Entre 12 y 6 millones de colones (entre US \$26.600 y US \$33.300)	Menores a 6 millones de colones (US\$ 13.300)
Entre 1.090 y 545 millones de colones: Gobernación y Policía; Trabajo y Seguridad Social; Cultura, Juventud y Deportes; Presidencia de la República.	Mayores a 51 millones de colones (US \$113.300)	Entre 51 y 10 millones de colones (entre US \$113.333 y US \$22.222)	Entre 10 y 5 millones de colones (entre US \$22.222 y US \$11.111)	Menores a 5 millones de colones (US \$11.111)
Entre 545 y 327 millones de colones: MEIC, MINAE, INAMU, Contraloría General	Mayores a 34 millones de colones (US \$75.555)	Entre 34 y 7 millones de colones (entre US \$75.555 y US \$15.555)	Entre 7 y 4 millones de colones (entre US \$15.555 y US \$ 8.888)	Menores a 4 millones de colones (US \$8.888)
Entre 327 y 109 millones de colones: COMEX, Vivienda, Planificación, Presidencia, Defensoría de los Habitantes	Mayores 25 millones de colones (US \$55.555)	Entre 25 y 5 millones de colones (entre US \$55.555 y US \$11.111)	Entre 5 y 2.5 millones de colones (entre US \$11.111 y US \$ 5.555)	Menores a 2.5 millones (US \$ 5.555)
Entre 109 y 32.7 millones de colones: Ciencia y Tecnología	Mayores a 17 millones de colones (US \$37.777)	Entre 17 y 3.5 millones de colones (entre US \$37.777 y US \$7.777)	Entre 3.5 y 1.5 millones de colones (entre US \$7.777 y US \$3.333)	Menores a 1.5 millones de colones (US \$3.333)

Si tomamos en consideración que para estas entidades incluidas en la Tabla No. 1, el umbral del Anexo 9.1 es de US \$ 58.550 para la contratación de bienes y servicios (en el caso de la relación Costa Rica-EE.UU.), es claro, que en estos casos, esas entidades

²² Nuestra legislación también contempla la posibilidad del remate pero por efectos prácticos no se analizará en este estudio (artículos 49 y 50 LCA).

²³ Los montos corresponden a los vigentes a diciembre del 2005. Las cifras en US \$ han sido calculadas al tipo de cambio de 450 colones por dólar.

contratantes no necesariamente tienen que recurrir al procedimiento de licitación pública en lo que concierne a todas contrataciones cubiertas, pues tienen legalmente la posibilidad de recurrir a la licitación por registro. Esto, sin embargo, no contradice las disposiciones del TLC, pues el Capítulo IX lo que obliga es a utilizar procedimientos abiertos (es decir, distintos al de la contratación directa).

**Tabla No. 2: Entidades contratantes de la Sección B del Anexo 9.1.2.b.i
(Entidades Gubernamentales a Nivel Sub-central- Municipalidades)**

Rango presupuestal y entidades	Licitación Pública	Licitación por Registro	Licitación Restringida	Contratación Directa
Entre 5.450 y 1.090 millones de colones: Alajuela, San José	Mayores a 59 millones de colones (US \$131.000)	Entre 59 y 12 millones de colones (entre US \$ 131.000 y US \$ 26.600)	Entre 12 y 6 millones de colones (entre US \$26.600 y US \$33.300)	Menores a 6 millones de colones (US \$3.300)
Entre 1.090 y 545 millones de colones: Belén, Cartago, Escazú, Goicoechea, y Heredia	Mayores a 51 millones de colones (US \$113.300)	Entre 51 y 10 millones de colones (entre US \$113.333 y US \$22.222)	Entre 10 y 5 millones de colones (entre US \$22.222 y US \$11.111)	Menores a 5 millones de colones (US \$11.111)
Entre 545 y 327 millones de colones: Curridabat, Desamparados, Matina, y Sta. Ana	Mayores a 34 millones de colones (US \$75.555)	Entre 34 y 7 millones de colones (entre US \$75.555 y US \$15.555)	Entre 7 y 4 millones de colones (entre US \$15.555 y US \$ 8.888)	Menores a 4 millones de colones (US \$8.888)
Entre 327 y 109 millones de colones: Aserri, Barva, Carrillo, Garabito, Grecia, La Unión, M. de Oca, Mora, Moravia, Naranjo, Palmares, Paraiso, P. Zeledón, Pococí, Puntarenas, S. Carlos, S. Pablo, S. Rafael, S. Ramón, S. Cruz, S. Domingo, Sarapiquí, Siquirres, Talamanca, Tibás, Vásquez de Coronado	Mayores a 25 millones de colones (US \$55.555)	Entre 25 y 5 millones de colones (entre US \$55.555 y US \$11.111)	Entre 5 y 2.5 millones de colones (entre US \$11.111 y US \$ 5.555)	Menores a 2.5 millones (US \$ 5.555)
Entre 109 y 32.7 millones de colones: Abangares, Acosta Aguirre, Alajuelita, Alfaro Ruiz, Atenas, Bagaces, Cañas, Corredores, Coto Brus, El Guarco, Esparza, Flores, Golfito, Guácimo, Hojancha, Jiménez, La Cruz, León Cortes, Liberia, Limón, Los Chiles, Nandayure, Nicoya, Oreamuno, Orotina, Poás, Puriscal, S. Isidro, S. Bárbara, Tarrazú, Tilarán, Turrialba, Upala y V. Vega	Mayores a 17 millones de colones (US \$37.777)	Entre 17 y 3.5 millones de colones (entre US \$37.777 y US \$7.777)	Entre 3.5 y 1.5 millones de colones (entre US \$7.777 y US \$3.333)	Menores a 1.5 millones de colones (US \$3.333)
Menos de 32.7 millones de colones: Alvarado, Buenos Aires, Dota, Guatuso, Montes de Oro, Osa, Parrita, S. Mateo y Turrubares	Mayores a 8.5 millones de colones (US \$18.888)	Entre 8.5 y 1.5 millones de colones (entre US \$18.888 y US \$3.333)	Entre 1.5 y 1 millones de colones (entre US \$3.333 y US \$2.222)	Menores a 1 millón de colones (US \$2.222)

Si se considera que, para las municipalidades, el umbral del Anexo 9.1 es de US \$477.000 para la contratación de bienes y servicios (en el caso de la relación Costa Rica-EE.UU.), es claro, entonces, que nuestra legislación obliga a estas entidades contratantes a la licitación pública en el caso de todas las contrataciones cubiertas.

**Tabla No. 3: Entidades contratantes de la Sección C del Anexo 9.1.2.b.i
(Otras Entidades Cubiertas Lista A)**

Rango presupuestal y entidades	Licitación Pública	Licitación por Registro	Licitación Restringida	Contratación Directa
Entre 10.900 y 5.450 millones de colones: BCCR	Mayores a 84.5 millones de colones (US \$187.700)	Entre 84.5 y 13.5 millones de colones (entre US \$187.700 y US \$30.000)	Entre 13.5 y 7 millones de colones (entre US \$30.000 y US \$15.500)	Menores a 7 millones de colones (US \$15.500)
Entre 1.090 y 545 millones de colones: INCOFER, INCOP, Imprenta Nacional, PIMA, y SENARA.	Mayores a 51 millones de colones (US \$113.300)	Entre 51 y 10 millones de colones (entre US \$113.333 y US \$22.222)	Entre 10 y 5 millones de colones (entre US \$22.222 y US \$11.111)	Menores a 5 millones de colones (US \$11.111)
Entre 545 y 327 millones de colones: BANHVI, Consejo de Transporte Público, INFOCOOP, ICODER	Mayores a 34 millones de colones (US \$75.555)	Entre 34 y 7 millones de colones (entre US \$75.555 y US \$15.555)	Entre 7 y 4 millones de colones (entre US \$15.555 y US \$ 8.888)	Menores a 4 millones de colones (US \$8.888)

Puesto que para estas instituciones de la Tabla No. 3 el umbral del Anexo 9.1 es de US \$250.000 para la contratación de bienes y servicios (en el caso de la relación Costa Rica-EE.UU.), resulta que, de conformidad con nuestra legislación, esas entidades contratantes deben necesariamente recurrir a la licitación pública en lo atinente a todas las contrataciones cubiertas.

**Tabla No. 4: Entidades contratantes de la Sección A del Anexo 9.1.2.b.i
(Otras Entidades Cubiertas Lista B)**

Rango presupuestal y entidades	Licitación Pública	Licitación por Registro	Licitación Restringida	Contratación Directa
Mayores a 32.700 millones de colones: ICE y CCSS	Mayores a 180 millones de colones (US \$ 400.000)	Entre 180 y 80 millones de colones (US \$400.000 y US \$177.777)	Entre 80 y 25 millones de colones (US \$177.777 y US \$55.555)	Menores a 25 millones de colones (US \$ 55.555)

Como para estas instituciones de la Tabla No. 4 el umbral del Anexo 9.1 es de US \$538.000 para la contratación de bienes y servicios (en el caso de la relación Costa Rica-EE.UU.), entonces, de conformidad con nuestra legislación, esas entidades contratantes deben necesariamente recurrir a la licitación pública en lo que concierne a todas las contrataciones cubiertas.

A. Principio de igualdad o no-discriminación.

Como se dijo anteriormente, el artículo 9.2 del TLC recoge el principio general de trato nacional con base en el cual una Parte se obliga a otorgar a las mercancías o servicios de la otra Parte, así como a los proveedores de la otra Parte de tales mercancías y servicios, un trato no menos favorable que el otorgado por dicha Parte o entidad contratante a sus propias mercancías, servicios y proveedores. En el caso del régimen doméstico costarricense, es el artículo 5 de la LAC el que recoge lo que aquí llamamos el **principio de igualdad**, que es similar al de no-discriminación, pues lo que hace es obligar a la Administración a respetar la igualdad de trato y de participación de todos los

oferentes potenciales en los procedimientos de contratación administrativa. La ley costarricense, advierte, sin embargo, que tratándose de la participación de oferentes extranjeros, debe regir el **principio de reciprocidad**, según el cual a esos extranjeros se les brindará el mismo trato que reciban los nacionales en el país de origen de aquellos. En otras palabras, la legislación nacional contempla la posibilidad de discriminar en contra del oferente extranjero si los oferentes nacionales son a su vez discriminados en el exterior; y, viceversa, tal discriminación no sería posible cuando los nacionales no son discriminados allá.

Con el TLC, entonces, el principio de igualdad o no-discriminación tendría plena vigencia en lo tocante a las contrataciones cubiertas por el Capítulo IX, pues mediante el acuerdo todas las Partes suscriptoras se comprometen a otorgarse recíprocamente dicho trato nacional y, en consecuencia, con base en el principio indicado, la Administración Pública costarricense estará impedida de hacer discriminación alguna.

Este principio de trato nacional estará rigiendo también al momento de aplicar el artículo 12 de la Ley de Incentivos para la Producción Industrial. Debe advertirse, en este caso, que el país estará obligado a hacerlo sólo en aquellas contrataciones cubiertas por el Capítulo IX. Esta advertencia es importante debido a la vacilante jurisprudencia que en un inicio emitió la Contraloría General de la República al aplicar, a la contratación pública, el principio de trato nacional con base en el Tratado de Libre Comercio suscrito con México y en los instrumentos de la integración centroamericana, antes de concluir que, efectivamente, el trato nacional sólo es aplicable a las compras del sector público si las Partes acuerdan regular esta materia y sujeto a las limitaciones, términos y condiciones acordados²⁴.

El indicado artículo 12 lo que hace es crear una preferencia a favor de los productos manufacturados por la industria nacional, al efectuarse cualquier compra por parte de la Administración Pública, en el tanto la calidad sea equiparable, el suministro adecuado, y el precio igual o inferior al de los importados. En la aplicación de este artículo, la Administración está obligada a agregar a los precios de la mercancía de fabricación extranjera, los derechos de aduana y todo otro gasto de internación, aun cuando la entidad compradora esté exenta de pagarlos.

En virtud del TLC, la Administración Pública costarricense tendría entonces la obligación de otorgar el principio de trato nacional en la aplicación de esa legislación, cuando se trate, repetimos, de una contratación cubierta por el acuerdo. Este beneficio consistirá en impedir la posibilidad de aplicar la preferencia (agregar los derechos de aduana y gastos de internación) cuando se compare con una mercancía de la otra Parte. Sin embargo, la obligación no implica que las mercancías de la otra Parte puedan verse beneficiadas con esa preferencia frente a mercancías de terceros países²⁵, pues ello

²⁴ Véase RSL No. 22-96, No. DGCA-837-96, No. 1494-96, No. 4065-96, No. 6152-98 (DGCA 583-98), No. 9610-00 (DGCA 2347-00), RC-705-2002, RC-736-2002, RC-734-2002, R-DAGJ-124-2003, RSL No. 705-2002. Al respecto puede verse también el dictamen de la Procuraduría General de la República No. C-276-2003.

²⁵ Este ha sido el criterio de la Contraloría General: la aplicación del trato nacional no consistiría en que se le deba reconocer a la oferta extranjera los beneficios del artículo 12 de la Ley 7017, sino que de competir con nacionales no le podrían sumar a su oferta los porcentajes contenidos en dicha normativa. Es decir el oferente extranjero obtiene una protección de frente a la protección que cubre a los nacionales, pero no la puede reclamar para sí mismo frente otros oferentes extranjeros (ver RC-705-2000).

excedería los alcances del principio de trato nacional, que lo que busca es eliminar la discriminación entre las mercancías nacionales y las originarias de la otra Parte, no crear una discriminación a favor de mercancías de esa Parte en detrimento de mercancías de terceros países. Además, el trato nacional deberá otorgarse automáticamente sin exigirse que el interesado solicite expresamente su aplicación²⁶, pues la aplicación de dicho principio se convierte en un imperativo legal en virtud del TLC; sí debe demostrarse, sin embargo, que la mercancía es originaria de la otra Parte.

Por otro lado, de conformidad con el TLC, seguirá existiendo un trato discriminatorio de carácter preferencial a favor de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) costarricenses, particularmente por lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley de Fortalecimiento de las Pequeñas y Medianas Empresas, No. 8262, el cual manda que, en las compras del Estado, deberán escogerse preferentemente PYMES de producción nacional, cuando sus productos o servicios sean de igual precio, calidad y suministro al de los importados, para lo cual deberá tomarse en cuenta los costos de bodegaje, seguro y costo financiero en que se podría incurrir al comprar el producto. En efecto, el anexo 9.1 dispone que el Capítulo IX del TLC no es aplicable a los programas de compras establecidos por la Administración Pública para favorecer a las pequeñas, medianas y microempresas nacionales. De esta manera, tratándose de PYMES, la Administración Pública costarricense no tendrá la obligación de extender el trato nacional a los proveedores de las otras Partes, ni siquiera en el caso de proveedores centroamericanos.

B. Principio de transparencia y publicidad.

El TLC exige publicar toda ley y reglamento (y sus modificaciones) y poner a disposición del público cualquier procedimiento, sentencia judicial y decisión administrativa de aplicación general relacionada con la contratación pública. Adicionalmente, establece la obligación de publicar la invitación a presentar ofertas y de incentivar a sus entidades contratantes para que publiquen información relativa a los planes de futuras contrataciones.

En cuanto a la necesidad de publicar las leyes, los reglamentos y cualquier otra disposición de aplicación general, este es un principio general de derecho recogido por nuestra Constitución Política (artículo 124), en el caso de la necesidad de publicar las leyes, y por la Ley General de Administración Pública (artículos 120 y 240), en el caso de la necesidad de publicación de los actos de alcance general. De esta manera, nuestra legislación interna es conforme con las disposiciones del TLC.

Por su parte, el artículo 6 de la LAC recoge expresamente el **principio de publicidad**, el cual exige que a los procedimientos de contratación se les dé publicidad por los medios correspondientes a su naturaleza. En el caso concreto de la contratación mediante la licitación pública, la ley establece, en su artículo 42, inciso c), la obligación de publicar en el Diario Oficial el aviso invitando a participar y, en el inciso e), la obligación de dar publicidad de todos los trámites del procedimiento.

²⁶La Contraloría General ha sostenido el criterio contrario: el beneficio no es automático sino que requiere de la solicitud expresa del interesado en la oferta correspondiente porque se trata de “un beneficio que pone en mejor posición comparativa a algunos oferentes en relación con otros” (DAGJ-1-2003) .

Por su parte, en el caso de las licitaciones por registro, la Administración está obligada a invitar a todos los proveedores del bien o servicio, acreditados en el registro correspondiente, mediante comunicación dirigida a la dirección indicada por el respectivo proveedor. Además, cuando el número de proveedores inscritos sea inferior a cinco, la Administración estará obligada a invitar mediante publicación en el Diario Oficial (artículos 45 de la Ley de Contratación Administrativa y 59.6 de su Reglamento). En las contrataciones por montos menores, que se realizan mediante licitación restringida, la obligación de la Administración consiste en invitar al menos cinco proveedores acreditados en el registro respectivo.

Asimismo, de conformidad con el artículo 6 citado, el principio de publicidad exige que todo interesado tenga acceso libre acceso al expediente de contratación administrativa y a la información complementaria. También, con base en ese principio, la legislación exige que en el primer mes de cada período presupuestario, los órganos y los entes públicos sujetos a las regulaciones de la ley den a conocer, mediante publicación en el Diario Oficial La Gaceta, el programa de adquisiciones proyectado. Esta obligación es desarrollada detalladamente en el artículo 7 del Reglamento a la LAC.

En este caso, entonces, existe compatibilidad absoluta entre nuestro régimen de contratación administrativa y las disposiciones del TLC. En cuanto a la obligación de indicar en la invitación a ofertar que se trata de una contratación cubierta por el Capítulo IX del TLC, debe indicarse que en el Anexo 9 se establece para Costa Rica un plazo de transición de dos años a partir de la entrada en vigencia del acuerdo, por lo que será una vez que finalice ese período de transición que las entidades contratantes deben empezar a cumplir con este requisito.

C. Principio de libre competencia o libre concurrencia.

Este principio busca fijar los parámetros para permitir la participación del mayor número de oferentes en los procedimientos de contratación. En nuestro régimen el principio se encuentra enunciado en el artículo 6 de la LCA ya citado, cuando dice que los reglamentos a la ley o las disposiciones que rijan los procedimientos específicos de cada contratación no podrán incluir ninguna regulación que impida la libre competencia entre los oferentes potenciales. En ese mismo sentido, el artículo 5.2 del RLCA dispone que el principio de libre competencia entre los oferentes implica la imposibilidad de introducir en las condiciones de los concursos, cláusulas limitativas de la participación más allá de las estrictamente derivadas de las especificaciones técnicas propias del bien o servicio por adquirir.

Además, el principio es desarrollado en otros artículos del reglamento, entre ellos, el artículo 45, el cual dispone que el cartel no podrá imponer restricciones ni exigir el cumplimiento de requisitos que no sean técnicamente indispensables si con ello limita las posibilidades de concurrencia a eventuales participantes. En ese mismo sentido, el indicado artículo advierte que las medidas, límites, plazos, tolerancia, porcentajes u otras disposiciones de similar naturaleza que deba contener el cartel, se establecerán con la mayor amplitud que permita la clase de negocio de que se trate, en lo posible utilizándoles como punto de referencia. Asimismo, respecto de los tipos conocidos de materiales, artefactos o equipos, cuando únicamente pueden ser caracterizados total o

parcialmente mediante nomenclatura, simbología, signos distintivos no universales, o marca, ello se hará a manera de referencia; y cuando tal aclaración se omitiere, así se entenderá.

No existe aquí ninguna contradicción entre lo dispuesto por nuestro régimen de contratación y el Capítulo IX del TLC. Por el contrario, es evidente la comunidad de propósitos entre ambos.

En cuanto a los plazos para recibir ofertas, una reforma reciente a los artículos 48.1, 59.11 y 60.5 del Reglamento a la LAC²⁷ dispone que el plazo mínimo para la recepción de ofertas en los procedimientos de licitación pública es de veinte días hábiles en el caso de construcción o concesión de obra o de suministros para importar y de diez días hábiles para los demás supuestos. Este plazo mínimo se reduce a ocho días hábiles en el caso de los procedimientos de licitación por registro y a tres días hábiles en el caso de los procedimientos mediante licitación restringida. No es extraño, entonces, que este sea un aspecto respecto del cual los oferentes extranjeros se quejan con mayor frecuencia y que no ha encontrado una solución adecuada a través del recurso de objeción al cartel.

Ahora bien, a pesar de las diferencias que en este punto existen con el Capítulo IX del TLC, es obvio que se trata de mínimos, por lo que lo que debe suceder es que, en el caso de las contrataciones cubiertas, la Administración otorgue cuando menos el plazo de cuarenta días naturales que establece el acuerdo. En todo caso, en el Anexo 9 se incluye una nota de Costa Rica en el que se indica que, durante los dos primeros años de vigencia del TLC, lo que el país otorgará será un plazo de al menos treinta días naturales en los procedimientos de licitación pública y de al menos diez días naturales en los procedimientos de licitación por registro. Vencido ese plazo deberá cumplirse con la obligación de los cuarenta días naturales como mínimo²⁸.

En relación con la necesidad de proporcionar a los proveedores interesados documentos de contratación que incluyan toda la información necesaria para poder preparar y presentar ofertas adecuadas, nuestra legislación cubre apropiadamente esta obligación al exigir que el cartel debe contener las condiciones generales y las especificaciones técnicas requeridas, así como las bases para calificar y comparar las ofertas (artículo 42.b de la LAC). Asimismo, nuestra legislación doméstica garantiza el acceso a todos los estudios técnicos preparados por la Administración o para ella (artículo 42.e de la LAC). A pesar de ello, es poco común la práctica de poner a disposición de los oferentes todos los antecedentes con que cuenta la Administración, un punto particularmente importante en contrataciones mayores o en proyectos de concesión²⁹. Asimismo, nuestro régimen no regula apropiadamente la posibilidad de satisfacer la obligación a través de una publicación electrónica accesible a todos los

²⁷ Véase DE No. 31658-H.

²⁸ Nótese que el Anexo 9.1.2.b.i, Sección C, expresamente se indica que ese plazo de cuarenta días no se aplicará a las contrataciones del ICE.

²⁹ Así lo hizo la Administración, por ejemplo, en el contrato para la gestión interesada del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, en donde el CETAC instaló un “data room” con absolutamente todos los antecedentes de la licitación. Esta es, sin embargo, la excepción y no la regla.

proveedores interesados, pues aunque ello es permitido³⁰ y algunas instituciones utilizan la versión electrónica, normalmente se exige también la notificación o la publicación en el Diario Oficial, para evitar infracciones a nuestra legislación sobre la materia³¹. Según el Anexo 9.1, Costa Rica tiene un plazo de dos años para corregir esta deficiencia.

Adicionalmente, el reglamento a la ley establece el contenido mínimo de todo cartel en los procedimientos de licitación pública, el cual debe incluir el sistema de valoración y comparación de las ofertas, con expresa indicación de los factores a considerar, el grado de importancia de cada uno de ellos en la comparación global de las ofertas, así como el método para valorar y comparar las ofertas en relación con cada factor (artículo 45.1 RLCA). Además, este reglamento exige que las modificaciones a las condiciones o especificaciones del cartel deben anunciarse por los mismos medios que se cursó la invitación, con al menos tres días hábiles de antelación al vencimiento del plazo para recibir ofertas (artículo 47.1) y que, si la modificación altera de manera importante la concepción original del objeto del contrato, entonces los plazos para recibir ofertas deberán ser ampliados (artículo 47.2).

Finalmente, en lo tocante a los requisitos de registro, calificaciones y condiciones exigidos para participar en una contratación, tenemos que nuestro ordenamiento jurídico permite la licitación con precalificación, así como la licitación por registro y la licitación restringida. En el primer supuesto, la Administración promueve una primera etapa a fin de seleccionar previamente a los participantes para que luego solo las firmas precalificadas puedan participar en la licitación (artículo 53 de la LAC). En este caso, la Administración deberá dar aviso del inicio del procedimiento mediante una publicación en el Diario Oficial y el cartel deberá indicar los factores por utilizar para el escogimiento, así como el valor asignado a cada factor. Además, el acto de precalificación es apelable ante la Contraloría General de la República.

En los otros dos supuestos, la Administración invita a participar a todos o algunos de los proveedores acreditados en el registro correspondiente. Al registro de proveedores, sin embargo, puede ingresar todo interesado en contratar con la Administración, siempre que satisfaga los requisitos de solvencia, antecedentes y experiencia, que cada órgano o ente establezca mediante regulación interna debidamente publicada en el Diario Oficial (artículo 59.2 del RLAC). Al menos una vez al año, la Administración deberá invitar públicamente a los interesados en integrarse al registro respectivo (artículo 59.3 de ese RLAC). En todo caso, además de los invitados, podrá participar en el concurso cualquier proveedor no registrado, si antes del vencimiento del plazo para la presentación de ofertas, logra formalizar su inscripción (artículos 59.10 y 60.4 del RLCA).

Como resulta evidente, en estos tres supuestos las disposiciones de nuestra legislación nacional son compatibles con las obligaciones que el país estaría asumiendo con la aprobación del TLC.

³⁰ El artículo 40 de la LCA permite comunicar por esa vía los actos de procedimiento, en el tanto se garantice la certeza de la recepción y el contenido del mensaje y el artículo 43 del RLCA permite que el cartel autorice la recepción de ofertas o aclaraciones por esos medios.

³¹ Véase la Ley sobre Notificaciones, Citaciones y otras Comunicaciones Oficiales.

D. Principio de licitación pública.

Tanto el artículo 182 constitucional como la LCA recogen el principio de que los procedimientos de concurso o abiertos (licitación pública, licitación por registro, licitación restringida y el remate) son la norma mientras que el procedimiento de contratación directa es la excepción. Además, la jurisprudencia constitucional ha sido contundente en ese mismo sentido³². Como se dijo ya, la determinación de cual procedimiento de concurso se utilizará se hace en atención al monto de la contratación y al presupuesto de la respectiva Administración, salvo cuando la ley disponga un procedimiento específico en función del tipo de contrato³³. De hecho, para la gran mayoría de las contrataciones cubiertas por el acuerdo, nuestra legislación exige recurrir al procedimiento de licitación pública; para los otros casos, nuestra legislación permite recurrir al procedimiento de licitación por registro³⁴.

Por su parte, la contratación directa es permitida por nuestro ordenamiento jurídico (artículo 2 de la LAC y 75 y siguientes del reglamento a la ley) sólo en los siguientes supuestos de excepción: (a) actividad contractual ordinaria de la Administración, esto es, cuando la prestación objeto del contrato constituya una actividad que se identifica con la prestación del servicio y el cumplimiento de los fines de la Administración (básicamente la prestación de servicios públicos); (b) los acuerdos y contratos con sujetos de derecho público internacional; (c) los contratos entre entes de derecho público; (d) los contratos que tengan por objeto prestaciones que sólo una persona pueda cumplir, como los artículos exclusivos producidos por un único fabricante que no tengan sucedáneos, los repuestos genuinos, los bienes y servicios de carácter artístico o literario; (e) cuando la prestación objeto del contrato requiera seguridades calificadas (emisión de billetes y timbres); (f) contratos con personas físicas, organizaciones no gubernamentales o entidades privadas que evidencien su afán de ayuda desinteresada a la Administración y su ausencia de ánimo de lucrar en la respectiva operación; (g) las contrataciones de limitado volumen y trascendencia económica; (h) la compra o arrendamiento de bienes que en razón de su ubicación, naturaleza, condiciones y situación se configuren como los únicos propios para la finalidad propuesta; (i) las contrataciones necesarias para enfrentar situaciones totalmente imprevisibles que afecten que afecten o amenacen gravemente la continuidad de los servicios públicos esenciales; (j) la compra de materiales para la preparación de la documentación electoral y de material y espacios publicitarios del Tribunal Supremo de Elecciones; (k) el arrendamiento de vehículos de funcionarios cuando para el cumplimiento de sus funciones deban desplazarse y resulte más económico y razonable que se pague un precio por la utilización de dichos vehículos; (l) las contrataciones que tienen por objeto la construcción, instalación o la provisión de oficinas y servicios en el exterior; (m) las compras de caja chica; (n) las compras autorizadas por la Contraloría General de la República, mediante resolución motivada, cuando existan razones suficientes para considerar que es la única forma de alcanzar la debida satisfacción del interés general o evitar daños o lesiones a los intereses públicos.

³² Véase, entre otras, las resoluciones de la Sala Constitucional No. 2101-91, 3049-94, 2633-93, 0496-91, 0752-93, 0787-94, y 998-98.

³³ Por ejemplo, en la concesión de obra pública con servicios públicos debe siempre utilizarse el procedimiento de licitación pública.

³⁴ Véanse los cuadros No. 1, 2, 3 y 4, así como las notas al pie de ellos.

Los supuestos de excepción de nuestro ordenamiento jurídico doméstico y los del TLC difieren en algunos aspectos, lo que hace que enfrentemos distintos escenarios y nos obligue a una interpretación apropiada de los instrumentos jurídicos aplicables. En efecto, el artículo 7 de la Constitución Política manda que los acuerdos internacionales tengan desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes. Este mandato y el hecho de que las disposiciones de estos acuerdos tengan una aplicación directa y automática cuando la especificidad de la norma así lo permita³⁵, como sería el caso del Capítulo IX del TLC, hace necesario una interpretación armoniosa de las disposiciones de la LAC y su reglamento con la nueva normativa incorporada al ordenamiento jurídico nacional a través del TLC.

Un primer escenario sería aquél en el que los supuestos de ambos regímenes coincidan en los aspectos fundamentales, en cuyo caso no habría mayor dificultad para concluir que existe compatibilidad entre ambas normativas. Este sería el caso de los siguientes supuestos: contratos que solo un proveedor pueda cumplir; contratos de compra o arrendamiento de un bien que por su ubicación y demás condiciones se configure como el único propio para la finalidad propuesta; compra de bienes y servicios de carácter artístico; compra de repuestos genuinos cuando exista solo un distribuidor; contratación al proveedor original de servicios continuos para equipo, programas de cómputo, servicios o instalaciones existentes; los casos de urgencia debido a acontecimientos imprevisibles.

El segundo escenario sería aquél en que tenemos supuestos de excepción contemplados en el TLC pero no en nuestra legislación doméstica. En este escenario tampoco habría problemas de compatibilidad pues, como ya se dijo, el TLC autoriza pero no obliga a la Parte a adjudicar contratos en forma directa, por lo que si nuestra legislación interna no lo permite o si la Administración no lo considera conveniente, entonces las entidades contratantes costarricenses deberán abstenerse de invocar dichos supuestos. Este el caso, por ejemplo, del supuesto de licitación infructuosa o el de compra de productos básicos, a menos, claro está, que dichas compras sean autorizadas por la Contraloría General, invocando el numerus apertus del artículo 2.h de la LCA y en el tanto se cumpla con los demás requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico doméstico.

Un tercer escenario es aquél en el que existan supuestos de excepción contemplados en nuestra legislación pero no en el TLC, en donde, en principio, el Capítulo IX estaría creando restricciones y limitando el campo de acción que hoy tiene la Administración costarricense para contratar directamente. Sin embargo, debemos tener en cuenta que la mayoría de esos supuestos no son, en realidad, contrataciones cubiertas por el Capítulo IX, ya sea por el bajo monto de la contratación, porque la entidad contratante no está enlistada en el Anexo 9.1, o porque están expresamente excluidas de la cobertura del TLC. En estos supuestos tampoco estaríamos enfrentando, entonces, problemas de incompatibilidad.

Entre las contrataciones no cubiertas en razón del monto³⁶, tendríamos, por ejemplo, las contrataciones de limitado volumen y trascendencia económica; el arrendamiento de

³⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto No. 4062-96.

³⁶ Menores a 25 millones de colones (US \$ 55.500 aproximadamente) en el caso de las entidades contratistas más grandes, menores a 6 millones de colones (US \$ 13.300 aproximadamente) en el caso de las municipalidades con mayor presupuesto para contratación, y menores a 7 millones de colones (US \$

vehículos de funcionarios cuando para el cumplimiento de sus funciones deban desplazarse y resulte más económico y razonable que se pague un precio por la utilización de dichos vehículos; y el de las compras de caja chica.

Por su parte, el artículo 9.1.3.f del TLC excluye expresamente de los alcances del acuerdo el supuesto de los contratos con personas físicas, organizaciones no gubernamentales o entidades privadas que evidencien su afán de ayuda desinteresada a la Administración y su ausencia de ánimo de lucrar en la respectiva operación. También están excluidos los contratos entre entes públicos, por así contemplarlo la Sección G del Anexo 9.1.2.b.i; los servicios públicos asimilados con la actividad ordinaria de la Administración, por así disponerlo la Sección E del Anexo 9.1.2.b.i; y la emisión de timbres, billetes y monedas por parte del Ministerio de Hacienda y el Banco Central de Costa Rica, según disponen las Secciones A y C, respectivamente, del indicado Anexo 9.1.2.b.i. Finalmente, también están excluidas de la cobertura del TLC las contrataciones realizadas por el Tribunal Supremo de Elecciones y las de las embajadas y oficinas en el exterior, por no estar incluidos en ninguna de las listas del Anexo 9.1.2.b.i³⁷ y, por definición, los acuerdos y contratos que se hagan con otros Estados o sujetos de derecho público internacional³⁸.

En cuanto a la potestad, que según nuestra legislación doméstica tiene la Contraloría General de la República, de autorizar una contratación directa cuando ésta sea la única forma de alcanzar la debida satisfacción del interés general o de evitar daños o lesiones a los intereses públicos, tenemos que, una vez vigente el TLC, esa facultad deberá ser ejercida dentro de los límites y parámetros establecidos en el artículo 9.9.2, cuando se trate de una contratación cubierta por el acuerdo. Es decir, en esos casos la Contraloría General no podría autorizar una contratación directa si el supuesto no está incluido en el artículo 9.9 del TLC.

Un supuesto distinto, que merece especial consideración, es el contemplado en el TLC cuando se trata de “servicios adicionales de construcción, que no fueron incluidos en el contrato original, pero que se incluyen dentro de los objetivos de la documentación original y que por circunstancias no previstas resulten necesarios para completar los servicios de construcción descritos, en el tanto el valor de los servicios de construcción adicionales no excedan el cincuenta por ciento del monto del contrato original”. Si bien

15.500) aproximadamente), en el caso de los ministerios con mayor capacidad de contratación. Es decir, en todos los casos, por debajo del umbral establecido en el Anexo 9.1.2.b.i., aplicable para la relación entre Costa Rica y EE.UU. Nótese, sin embargo, que esos umbrales no rigen en el caso del Anexo 9.1.2.b.ii, esto es, el aplicable exclusivamente entre los países centroamericanos. Esto significa que Costa Rica estará obligada frente a sus partes centroamericanas a no recurrir a la contratación directa, aún cuando se trate de compras menores, salvo que estemos en uno de los supuestos del artículo 9.9 del TLC. No está claro como se implementaría esta obligación.

³⁷ Existe la duda de si las embajadas y oficinas en el exterior están excluidos del acuerdo porque, aunque no están incluidos en las listas por su nombre, bien podría argumentarse que lo están por formar parte del presupuesto del Ministerio de Relaciones Exteriores. Además, el Tribunal Supremo de Elecciones y las oficinas en el exterior sí están incluidas en la lista de entidades cubiertas en el caso del Anexo 9.1.2.b.ii, aplicable exclusivamente entre los países centroamericanos. Esto significa que Costa Rica estará obligada frente a sus partes centroamericanas a no recurrir a la contratación directa, aún cuando se trate de las compras de dichas entidades, salvo que estemos en uno de los supuestos del artículo 9.9 del TLC. No está claro como se implementaría esta obligación.

³⁸ Si bien estos no están excluidos en forma expresa, la naturaleza jurídica de estas relaciones no es asimilable a la de un contrato administrativo entre una Administración Pública y una entidad privada.

este supuesto no está contemplado en el artículo 2 de la LAC ni en el Capítulo VII del Reglamento a la Ley, un supuesto similar, aunque con variaciones importantes, sí está contemplado en otros numerales de esa normativa.

En efecto, el artículo 12 de la LAC dice que, durante la ejecución del contrato, la Administración podrá aumentar (unilateralmente) hasta en un cincuenta por ciento el objeto de la contratación, cuando concurren circunstancias imprevisibles al momento de iniciarse los procedimientos y esa sea la única forma de satisfacer plenamente el interés público³⁹. Por su parte, el artículo 14 del RLCA, contiene dos supuestos. El primero, que desarrolla el supuesto recién indicado, y otro que permite que, dentro de los seis meses luego de ejecutado el contrato, si la Administración requiere suministros o servicios adicionales de igual naturaleza, ésta pueda obtenerlos del mismo contratista original (por mutuo acuerdo) siempre que el nuevo contrato concluya sobre las mismas bases del precedente y el monto del nuevo contrato sume no más del cincuenta por ciento del contrato anterior.

Nótese, en primer término, que el TLC se refiere sólo a servicios de construcción y que, además de la imprevisibilidad, exige que los servicios hayan sido incluidos dentro de los objetivos de la documentación original. Así las cosas, una vez vigente el TLC, el artículo 12 de la LAC y el artículo 14 de su reglamento, así como el artículo 47.1 de la Ley General de Concesión de Obra Pública, se verán modificados para las contrataciones cubiertas por el acuerdo y, en esos casos, la Administración sólo podrá recurrir a ellos dentro de los límites señalados, esto es, deberá tratarse de servicios de construcción incluidos dentro de los objetivos de la documentación original y que por circunstancias no previstas resulten necesarios para completar los servicios de construcción contratados. De esta manera, se cerrará un peligroso portillo, que hasta ahora ha sido utilizado por la Administración para brincarse los trámites normales de la contratación administrativa.

E. Principio de Control Jurídico

Nuestro régimen de contratación administrativa asigna el control jurídico de las actuaciones de la Administración Pública relativas a contrataciones mayores, a la Contraloría General de la República. En efecto, la Contraloría General, en su carácter de superior jerárquico impropio, conoce y resuelve mediante la vía recursiva tanto contra las disposiciones cartelarias de las licitaciones públicas y por registro, cualquiera que sea el monto de la contratación (artículo 81 de la LCA), como contra el acto de adjudicación dictado en las licitaciones públicas y por registro cuando los montos sobrepasen los límites fijados de conformidad con el artículo 84 de la LCA⁴⁰ (artículos

³⁹ En el caso de la concesión de obra pública y servicios públicos, la Administración podrá, durante la ejecución del contrato y fundada por razones de interés público, aumentar hasta en un 25%, las características de las obras y servicios contratados (artículo 47.1 del Reglamento a la Ley General de Concesión de Obra Pública y Servicios Públicos).

⁴⁰ En el caso de las administraciones con un presupuesto mayor a los 32.7 mil millones de colones el recurso de apelación procede en las licitaciones públicas y en las licitaciones por registro cuyos montos excedan los 90 millones de colones (US \$ 200.000 aproximadamente); en el caso de los ministerios con mayor presupuesto para contratar cuando excedan los 35 millones de colones (US \$ 77.777

88, 90 y 91 del RLCA). En los demás casos, lo que procede es la interposición del recurso de objeción al cartel o de revocatoria ante el mismo órgano que tramita el procedimiento (artículo 81 y 91 de la LCA y 89 y 102 del RLCA). Tanto lo resuelto por la Contraloría General de la República como lo resuelto por la misma Administración que tramita el procedimiento está sujeto a control jurisdiccional y es impugnabile en la vía contencioso-administrativa (artículos 90 y 92.e de LCA y 89 y 90 de la Ley Reguladora Contencioso-Administrativa).

De esta manera el régimen costarricense contempla la posibilidad de que una autoridad administrativa o judicial imparcial e independiente de sus entidades contratantes revise las impugnaciones que los proveedores interpongan, según exige el artículo 9.15.1 del TLC⁴¹. Sin embargo, se reconoce también que el control ejercido por la jurisdicción contencioso-administrativa en este campo es inefectivo y, en consecuencia, en aquellos casos en los que el único control externo disponible es ese (como sería el caso de los actos no impugnables ante la Contraloría General), lo cierto es que bien puede sostenerse que no existe la garantía ordenada por el TLC. Por ello, una vez vigente el acuerdo, el recurso de apelación ante la Contraloría General deberá estar disponible para todas las contrataciones cubiertas, aun sin necesidad de reforma expresa de la LCA, por ser el TLC un acuerdo cuyas disposiciones pueden aplicarse en forma directa y porque, de otra manera, no habría garantía de que las impugnaciones sean revisadas por una autoridad imparcial e independiente en forma efectiva.

Por su parte, nuestro sistema establece, sin que exista sin embargo norma expresa que así lo ordene, que mientras no se resuelva el recurso interpuesto, éste no podrá ejecutarse, al menos en el caso de los recursos de apelación y revocatoria interpuestos al amparo de la LCA, que son la norma. En los raros casos en los que el recurso procedente es el de la Ley General de Administración Pública, la Administración podría ordenar la suspensión del acto cuando su ejecución pueda ocasionar perjuicios graves o de imposible reparación (artículo 147). Por disposición de la LCA la impugnación del acto en sede jurisdiccional no tiene efectos suspensivos, pero el tribunal podrá ejercer excepcionalmente la potestad de suspender sus efectos con base en los artículos 91 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En consecuencia, nuestro régimen cumple con la exigencia de que la autoridad imparcial tenga la posibilidad de tomar medidas precautorias, incluyendo la posibilidad de suspender la adjudicación del contrato.

Asimismo, los procedimientos de revisión están disponibles al público en forma escrita y, en especial el procedimiento de apelación ante la Contraloría General, es oportuno, transparente, eficaz y compatible con los principios del debido proceso. La aplicación práctica del recurso de revocatoria, sin embargo, sí requeriría de un esfuerzo mayor de parte de la Administración costarricense, porque, en la mayoría de los casos, resulta un ejercicio inefectivo e infructuoso para el proveedor inconforme. Sin embargo, como se indicó antes, lo cierto es que para la gran mayoría de las contrataciones cubiertas lo que procede, según los criterios del artículo 84 de la LAC, es el recurso de apelación ante la

aproximadamente); y en el caso de las municipalidades con mayor capacidad de contratación cuando exceda los 26 millones de colones (US \$ 57.777).

⁴¹ De hecho, prácticamente para todas las contrataciones cubiertas nuestra legislación doméstica contempla ya el recurso de apelación ante la Contraloría General. Una excepción a la regla serían las contrataciones de los Ministerio de Hacienda y Seguridad Pública, pues podría darse el caso de una contratación mayor a los US \$ 58.550 pero menor a los US \$77.777) en la que solo está hoy disponible el recurso de revocatoria.

Contraloría General y que, en todo caso, una vez vigente el TLC, ese recurso deberá estar disponible para todas las contrataciones cubiertas sin necesidad de reforma expresa de ley.

Además, nuestro régimen garantiza que la autoridad imparcial tenga acceso a la documentación relacionada con la impugnación, mediante la obligación que tiene la Administración de remitir el expediente administrativo y las copias de las ofertas (artículo 94 del RLCA), y que la entidad contratante deba contestar por escrito los reclamos del proveedor, al dársele audiencia para que se manifieste sobre los alegatos del apelante (artículo 96 del RLCA).

Finalmente, en cuanto a que los plazos otorgados por la autoridad imparcial para preparar y presentar las impugnaciones escritas sean suficientes y nunca menores a diez días calendario⁴², tenemos que el plazo estipulado en la LCA para interponer el recurso de apelación es de diez días hábiles (artículo 84 de la LCA), mientras que el recurso de revocatoria debe ser interpuesto en el plazo de cinco días hábiles (artículo 91 de la LCA). En algunos casos, incluso, la Administración ha interpretado que el plazo que rige para interponer el recurso es el de tres días hábiles de la Ley General de Administración Pública (artículo 346)⁴³. Esto significa que si bien en la gran mayoría de los casos nuestro régimen cumple con el mínimo requerido por el TLC, excepcionalmente podríamos enfrentar el caso de una contratación cubierta cuyo acto de adjudicación deba ser impugnado en un plazo menor⁴⁴. Por esa razón, el Anexo 9.1 del TLC otorga un plazo de transición de dos años para que Costa Rica ajuste su régimen a los nuevos requerimientos. En todo caso, una vez vencido el plazo de transición, en todas las contrataciones cubiertas el plazo para impugnar deberá ser de al menos diez días calendario, aun sin necesidad de reforma expresa de la ley, por ser el TLC un acuerdo cuyas disposiciones pueden aplicarse en forma directa. De hecho, al tenerse disponible el recurso de apelación ante la Contraloría General para todas esas contrataciones cubiertas desde la entrada en vigencia del TLC, entonces el plazo para su interposición debe ser desde un inicio el de diez hábiles que establece la LAC.

Por otro lado, nuestro régimen cumple con los requisitos de garantizar la revisión oportuna de los documentos relevantes (artículos 6, 94 y 98 del RLCA y 217 de la Ley General de Administración Pública), ser escuchados oportunamente (artículos 91, 92 y 98 del RLCA), posibilidad de contestar la respuesta del proveedor (artículo 98 RLCA), y la entrega sin demora y por escrito de conclusiones y recomendaciones con respecto a la impugnación, junto con los fundamentos de la decisión (artículo 100 RLCA). Tampoco existe en el régimen costarricense posibilidad de que el ejercicio de los recursos disponibles perjudique la participación del proveedor en otros procedimientos.

⁴² Debe tenerse en cuenta que ese mismo anexo hace una excepción general para las contrataciones del ICE, al señalar que para las compras de esta institución el plazo de impugnación del acto de adjudicación será no menor a tres días hábiles.

⁴³ Es el caso, por ejemplo, de las compras realizadas por la CCSS mediante el procedimiento especial de los artículos 71 y 72 de su ley constitutiva, para la compra de medicamentos incluidos en la lista oficial de medicamentos de la CCSS; reactivos químicos y biológicos; materias primas y materiales de acondicionamiento, y empaques y envases que se requieran para su elaboración.

⁴⁴ Sería el caso de las entidades contratantes enlistadas en el Anexo 9.1.2.b.i que cuenten con presupuestos suficientemente grandes y a las que se les permitiera que sus actos de adjudicación por montos mayores a US \$ 58.550 no sean apelables ante la Contraloría General de la República. Ese es el caso del Ministerio de Hacienda.

F. Requisitos para la adjudicación de los contratos

Al igual que lo requiere el TLC, nuestro régimen de contratación administrativa exige que, para su validez, las ofertas sean presentadas por escrito (artículo 50.1 RLCA), que cumplan con los requisitos esenciales del cartel (artículo 49.1, 49.3 y 56.2 del RLCA) y que procedan de un oferente que cumpla con las condiciones de participación oportunamente comunicadas (artículo 56.4 RLCA).

Asimismo, la entidad contratante adjudicará al proveedor que la entidad haya determinado es capaz de ejecutar el contrato y cuya oferta resulte la más ventajosa (artículo 4 de la LAC y 4.1 del RLCA) y si se llegare a determinar que ninguna oferta cumple con lo ordenado por el cartel o bien no resulten aptas para la satisfacción de bien general perseguido, entonces la Administración deberá declarar desierto el concurso mediante acto debidamente motivado (artículo 56.6 del RLCA). Además, para declarar desierto un procedimiento de contratación, la Administración deberá dejar constancia de los motivos específicos de interés público considerados para adoptar esa decisión, mediante resolución que deberá incorporarse al respectivo expediente de la contratación (artículo 29 del RLCA). De esta manera, aunque la Administración no tiene nunca la obligación de adjudicar, lo cierto es que el régimen costarricense exige que si lo hace debe ser a favor de la mejor oferta y que si decide no adjudicar debe justificar tal decisión en motivos de interés público, por lo que también es compatible con el TLC en este aspecto.

G. Acceso a la información y motivación del acto de adjudicación

Tal y como lo exige el Capítulo IX del TLC, las entidades contratantes deben comunicar a los proveedores las decisiones relacionadas con la adjudicación de los contratos, y tener acceso a la información pertinente relacionada con las razones de dicha decisión. Además, en el caso de los procedimientos de licitación pública, la Administración está obligada a publicar un aviso de adjudicación, en el que se indica el nombre de la entidad, la descripción del objeto del contrato, el valor de la adjudicación (artículos 6.1.2, 6.1.4, 57.3 y 56.3 del RLCA y 239 de la Ley General de Administración Pública). Esta obligación de publicación no existe, sin embargo, en relación con los procedimientos de licitación por registro, licitación restringida o contratación directa. Por esa razón, el Anexo 9.1 del TLC concede un plazo de dos años para que el país ajuste sus regulaciones a dichos requerimientos. En este caso, también, una vez vencido el plazo de transición, las entidades contratantes deberán cumplir con esta obligación, haya o no reforma ley al respecto, por ser el TLC un acuerdo cuyas disposiciones son directamente aplicables.

H. Información confidencial

En relación con el trato que debe dársele a la información confidencial de la contraparte, la Ley General de Administración Pública señala que no habrá acceso a dicha información (artículo 273) y el RLCA dispone que las partes ni el público en general,

tendrán acceso a los documentos confidenciales de los oferentes, aportados con la única finalidad de acreditar requerimientos particulares de la Administración solicitados con el propósito de establecer su idoneidad. Para considerar de tal naturaleza alguna información suministrada por los oferentes, sin embargo, deberá hacerse la indicación correspondiente en las condiciones del concurso (artículo 6.1.5). Nuestro régimen es entonces conforme con los requerimientos del TLC en este aspecto.

I. Garantía de integridad en las prácticas de contratación

Finalmente, el régimen de contratación pública costarricense cuenta con disposiciones, aparte de las de carácter penal, que sancionan con inhabilitación, de entre uno y cinco años, a aquellos proveedores que obtengan ilegalmente información confidencial y que los coloque en una situación de ventaja o que suministren dádivas a los funcionarios involucrados en los procedimientos de contratación administrativa (artículo 100 LCA y 106 del RLCA y artículo 65 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito). La sanción de inhabilitación debe ser publicada en el Diario Oficial (artículo 106.5 del RLCA).

IV. Conclusiones Generales

1. El objetivo más importante del Capítulo de Contratación Pública del TLC es reconocer los principios de no-discriminación y de transparencia en los procedimientos de compra del sector público. Con tal propósito el Capítulo IX del TLC adopta y desarrolla los principios fundamentales y disposiciones básicas que las Partes consideran deben aplicarse en los procedimientos de contratación administrativa.
2. Todos los principios del TLC son conformes con los principios que han dado sustento al régimen de contratación administrativa costarricense desde hace muchos años, según han sido incorporados a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley de Contratación Administrativa y su reglamento, y que han sido, además, ampliamente respaldados por la jurisprudencia de la Sala Constitucional.
3. Desde esta perspectiva, el TLC no viene a introducir un cambio de régimen o de sistema, sino que refuerza el bloque de legalidad ya existente en materia de contratación administrativa y brinda nuevos elementos jurídicos para su aplicación.
4. En algunos aspectos existen discrepancias entre las disposiciones concretas del TLC y las del ordenamiento jurídico doméstico. Sin embargo, el hecho de que el Capítulo IX del TLC solo sea aplicable a las contrataciones cubiertas por el acuerdo y que los umbrales acordados sean altos, en particular para la relación entre Costa Rica y los EE.UU., hace que dichas discrepancias no tengan implicaciones prácticas de difícil solución.
5. En aquellos casos en que esas discrepancias tienen implicaciones prácticas, una interpretación jurídica apropiada servirá para lograr la existencia armónica de ambos cuerpos normativos, sin necesidad de realizar reformas legales, debido a que las

disposiciones del TLC serán de aplicación directa una vez que se dé su promulgación y entre en vigencia.

6. En el caso de las relaciones entre los países centroamericanos en esta materia la situación es menos clara, pues al no existir umbrales ni entidades contratantes excepcionadas, todas las disposiciones del TLC deberían ser aplicables a todas las contrataciones realizadas por la Administración Pública. Una interpretación estricta implicaría, por ejemplo, que el recurso de apelación ante la Contraloría General sea el recurso procedente en todo tipo de contratación sin importar el monto o el procedimiento utilizado, o que los únicos supuestos de contratación directa disponibles para la Administración Pública sean los que estipula el artículo 9.9 del TLC.

BIBLIOGRAFIA

Hoekman, B and Mavroidis, P (1997). *Basic Elements of the Agreement on Government Procurement, in Law and Policy in Public Purchasing*, The WTO Agreement on Government Procurement, The University of Michigan Press.

Jackson, J, Davey, W and Sykes, A. (1995) *Legal Problems of International Economic Relations* (3era. Ed.), St. Paul, Minnesota: West Publishing Co