

---

Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología  
**ULACIT**

**LOS MÁRGENES DE PREFERENCIA**  
**EN COMPRAS DEL GOBIERNO**

Tratamiento en la Contratación Administrativa

Por:

Licda. Ileana Camacho Rodríguez

San José, junio del 2005.

---

# Los márgenes de preferencia en compras del gobierno:

## Tratamiento en la contratación administrativa

---

**Por Lic. Ileana Camacho Rodríguez**

*[ileanacr@hotmail.com](mailto:ileanacr@hotmail.com)*

*Licenciada en Derecho, Candidata a Maestría Derecho Empresarial  
Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT)  
Costa Rica*

### **Resumen:**

Este artículo hace referencia a la aplicación de los márgenes de preferencia en materias de compras del sector público contenido en algunos Tratados de Libre Comercio. Se analiza la diferencia entre el Trato Nacional General y el Trato Nacional en este tipo de compras, así como la contradicción que se genera entre dicho margen de preferencia y la Ley de Incentivos a la Industria Nacional. Luego se examina el ámbito de discrecionalidad que posee la Administración para admitir o no en un proceso de contratación dichos márgenes. Además, se menciona cuales son las formalidades necesarias que deben prever las empresas para optar por el beneficio de un margen de preferencia en compras del gobierno.

***Palabras Claves:** Márgenes de Preferencia, Contratación Administrativa, Compras del Gobierno, Tratados de Libre Comercio, Ofertas Extranjeras, Ofertas Nacionales.*

### **Introducción**

El proceso de globalización que se busca consolidar a nivel mundial, conlleva que las economías recurran a los procesos de apertura comercial. Al respecto, Costa Rica en los últimos años ha implementado instrumentos de apertura regionales, multilaterales y bilaterales, como por ejemplo los Tratados de Libre Comercio (TLC), los cuales constituyen un instrumento jurídico que contempla la eliminación gradual de barreras arancelarias y no arancelarias al comercio de bienes y servicios, encaminada a la formación de una zona de libre comercio. En

él se establecen reglas claras y transparentes acordadas por las dos partes y en beneficio mutuo. (Zúñiga, J.L., 2001).

De conformidad con el artículo 50 de la Constitución Política de Costa Rica, el Estado tiene la responsabilidad de procurar el mayor bienestar para los habitantes del país, ello por medio de la organización y estímulo a la producción y la economía, utilizando para ello mecanismos que impulsen o fomenten la iniciativa privada, tal es el caso de los Tratados de Libre Comercio.

Los efectos dinámicos de los Tratados de Libre Comercio son aquellos que resultan precisamente de la liberación arancelaria entre dos o más países, creando la presencia de un mercado integrado ampliado, en el cual los agentes económicos se ven incentivados a aprovechar las condiciones de acceso preferencial que el tratado ofrece. (Corrales y Zúñiga, 2001)

Por medio de estos Tratados de Libre Comercio, las empresas adquieren mayores ventajas para competir con el mercado internacional, en razón de los denominados Márgenes Preferenciales que incorporan estos acuerdos, los cuales corresponden a subsidios o elementos favorables para la internación de mercancías originarias de otros países. Incluso algunos de estos márgenes consisten en las compras del gobierno, otorgando ventajas favorables para la participación de las empresas extranjeras en los procesos de contratación administrativa que realiza el Estado.

Los márgenes de preferencia en compras del gobierno que incorporan estos Tratados de Libre Comercio han generado cierta complejidad a los entes del Gobierno que administran estos procesos de compras, así como a las mismas empresas al momento de invocar la aplicación de determinado Tratado (Procuraduría General de la República, oficio C-214-2001).

El objeto del presente artículo será precisar el alcance de los márgenes de preferencia en materia de compras del gobierno que incorporan los Tratados de Libre Comercio considerando para ello su significado y finalidad, así como los siguientes aspectos que se relacionan:

- a) Determinar cuales de los Tratados de Libre Comercio y convenios internacionales vigentes en Costa Rica, incorporan las compras del sector público.
- b) Establecer la diferencia entre el Principio de Trato Nacional que se otorga en los Tratados de Libre Comercio, específicamente en contrataciones del sector público, del Trato Nacional que se reconoce en forma general
- c) Análisis de la contradicción que impera entre el Principio de Trato Nacional contenido en un Tratado Internacional, con el numeral 12 de la Ley de Incentivos a la Industria Nacional No. 7017. Cual es su correcta aplicación.
- d) Ámbito de discrecionalidad que posee la Administración para admitir o no en una licitación los márgenes de preferencia que establecen los TLC, así como su eventual trasgresión al principio de la jerarquía normativa.
- e) Cuáles formalidades deben cumplir las empresas extranjeras para participar con fundamento en un margen de preferencia sobre compras del gobierno, en un proceso de contratación administrativa.

Debe destacarse la conveniencia de tener claros los alcances y aplicaciones de los Tratados de Libre Comercio en materia de compras de gobierno, a fin de lograr un fortalecimiento de la labor de contratación administrativa que se desarrolla por todas las entidades públicas en cumplimiento del Principio de Legalidad al que se deben. Máxime considerando que la cantidad de Tratados de Libre Comercio suscritos por el país va en aumento y que actualmente se está en proceso de ratificación Tratado suscrito con Estados Unidos, país que representa el mercado más importante para las importaciones y exportaciones de Costa Rica.

## **Tratados de Libre Comercio y los márgenes de preferencia.**

En su forma sencilla, los Tratados de Libre Comercio son un acuerdo pactado entre dos o más partes para alcanzar dentro de un horizonte de tiempo establecido un flujo comercial sin restricciones, barreras, aranceles o límites de otra índole. Mediante los Tratados de Libre Comercio se busca mejorar las condiciones y la seguridad en el acceso al mercado, proteger la inversión, mejorar el régimen de comercio exterior nacional y promover la apertura económica. (Sequeira, 2003).

La Constitución Política le confiere al Estado la responsabilidad de procurar el mayor bienestar para los habitantes del país, ello por medio de la organización y estímulo a la producción y la economía, utilizando para ello mecanismos que impulsen o fomenten la iniciativa privada, es así como el artículo 50 del cuerpo constitucional establece:

*“Artículo 50. - El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza. Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado. El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes.”*

El Estado ha encontrado en los Tratados de Libre Comercio, una oportunidad para promover el desarrollo de la producción nacional. Las negociaciones de estos Tratados de Libre Comercio tienen como finalidad crear un marco legal aplicable al comercio de bienes y servicios que proteja al proveedor y le otorgue garantías que aumenten las transacciones por intermedio de los márgenes de preferencia, incentivando así la especialización. (Valerio, F. 2001)

Los márgenes de preferencia se aplican en aquellos países que han sido sujetos de un acuerdo comercial o tratado de libre comercio, por medio de subsidios o con elementos favorables para la internación de mercancías originarias de otros países. Estos márgenes de preferencia pueden tratarse de varios temas, según se incorporen al tratado, tales como: Trato nacional y acceso de bienes al mercado, reglas de origen, procedimientos aduaneros, medidas sanitarias y fitosanitarias, prácticas desleales al comercio, medidas de salvaguardia, inversiones, comercio de servicios, entrada temporal de personas de negocios, compras del sector público, propiedad intelectual, política de competencia, solución de controversias, entre otros. (COMEX, 1998).

En cuanto al tema específico de los márgenes sobre compras del sector público, el mismo es referido a las adquisiciones de bienes y servicios hechas por el Estado, mediante procedimientos de contratación pública, para propósitos gubernamentales y con inclusiones o exclusiones expresamente negociadas por las partes. Las mismas revisten un carácter estratégico y fundamental para los países, en razón de los intereses en juego de los actores involucrados, y del volumen de las operaciones comerciales que se realizan bajo estas operaciones comerciales, por lo que el objetivo de la liberalización de las compras del Estado se convierte en uno de los desafíos más difíciles que enfrenta la política comercial de un país. (Vinocour, S., 1998)

El objetivo primordial de los márgenes de preferencia que versan sobre las compras del gobierno, es definir un marco de normas y disciplinas generales que garantice el acceso de los mercados públicos a los productos y proveedores de la otra parte, en condiciones no discriminatorias, de transparencia e igualdad de oportunidades, y otras disposiciones. (COMEX, 1998).

A la fecha, Costa Rica cuenta con cuatro Tratados de Libre Comercio, correspondientes a: México vigente desde el 01 de enero de 1995, República

Dominicana vigente a partir del 07 de marzo del 2002, Chile con vigencia del 15 de febrero del 2002 y Canadá vigente desde el 01 de noviembre del 2002, y se encuentra en el proceso de ratificación el TLC con Estados Unidos, todos ellos de carácter bilateral, excepto el de Estados Unidos que por ser multilateral involucra a todas las partes. (www.comex.go.cr). Además, los convenios internacionales del Tratado General de Integración Centroamericano (incluidos Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Costa Rica), Mercado Común Centroamericano, Comunidad del Caribe, Acuerdo de Cartagena y la Asociación Latinoamericana de Integración. (Contraloría General de la República, Resolución 705-2002)

Tal y como se desprende de los textos de los tratados anteriores, los únicos que incorporan los márgenes de compras del gobierno son únicamente el TLC Centroamérica y República Dominicana (en su capítulo XII), TLC Costa Rica y México (en su capítulo XII), el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Chile (en su capítulo XVI) y el TLC Centroamérica, República Dominicana y Estados Unidos (en su capítulo IX)

Como se desprende de lo anterior, antes del año 2002 el único país a quien Costa Rica tenía la obligación de otorgarle trato nacional en compras del gobierno era a los productos mexicanos.

### **Trato Nacional vs. Trato Nacional en contrataciones del Sector Público.**

Resulta necesario destacar que Trato Nacional se le llama al acuerdo de las Partes en otorgar a los servicios y prestadores de servicios de la otra Parte, un trato no menos favorable que el que concedan a sus propios servicios o prestadores de servicios. (Valerio F., 2001)

El Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica, mediante oficio DGCE-113-99 de fecha 10 de mayo de 1999, da respuesta a una consulta formulada por la

Contraloría General de la República, indicando que es sumamente necesario diferenciar entre el principio de trato nacional en materia de contrataciones del sector público, del principio de trato nacional que se otorga en otros capítulos de un mismo acuerdo de libre comercio.

Señala ese Ministerio en el mismo oficio, que las contrataciones del sector público constituyen una materia específica que requiere regulaciones particulares dentro de un acuerdo de libre comercio, sólo si las partes acuerdan regular esta materia mediante la inclusión de un capítulo sobre compras del gobierno y, expresamente coinciden en otorgarse el trato nacional en este tema, este principio puede ser reclamado por los proveedores interesados en un proceso de contratación administrativa dado.

Simultáneamente, aclara el Ministerio de Comercio Exterior que si en un acuerdo comercial no se regulan las contrataciones del sector público, aunque se incluya una disposición general sobre trato nacional, no es jurídicamente factible reclamar este trato en un procedimiento de contratación aduciendo que el acuerdo lo garantiza de manera general, porque una cosa distinta es otorgar trato nacional en materia de contratación pública y otra establecerlo como disposición general para garantizar el acceso a los mercados de las partes en condiciones no discriminatorias.

Un ejemplo claro lo constituye el Tratado de Libre Comercio Costa Rica – México, el cual posee la obligación de otorgar un trato nacional a los oferentes mexicanos en las contrataciones del sector público, ello tiene su fundamento en el artículo 12-04 que regula el capítulo de las compras del gobierno. Mientras que por el contrario, en el caso de los oferentes centroamericanos, no tienen legitimidad para reclamar trato nacional en procedimientos de compras del sector público, independientemente de que este principio se haya incluido para ser aplicado en otros temas de regulación del Tratado General de Integración Económica. (COMEX, oficio DGCE 490-00)



A pesar del criterio emitido por el Ministerio de Comercio Exterior en el año 2000, nuevamente en el año 2002 una empresa hondureña consulta a ese Ministerio su a Honduras le es aplicable el Trato Nacional en Compras del Gobierno, siendo reiterativo el criterio del Ministerio señalando que no podría aplicarse el trato nacional en las compras del gobierno a los proveedores centroamericanos que participan en algún proceso de contratación administrativa por no ser regulado de modo específico mediante instrumento alguno. (COMEX, oficio DM-166-2002)

En estos términos, se debe entender que únicamente le es aplicable el Trato Nacional en las compras del sector público a los oferentes provenientes de un país con el que Costa Rica posee un acuerdo comercial que regula de modo específico las compras del gobierno, que como se mencionó anteriormente, en este momento histórico corresponde a los países de México, República Dominicana y Chile, pero que podría formar parte también Estados Unidos y los países centroamericanos si se ratifica el Tratado propuesto.

### **Preferencia de bienes nacionales sobre extranjeros.**

Sobre esta materia, es importante considerar la incompatibilidad entre lo establecido por el artículo 12 de la Ley de Protección a la Industria Nacional y la obligación al Trato Nacional contenido en un Tratado de Libre Comercio, ya que mientras la primera obliga a preferir los bienes de fabricación nacional sobre los bienes de fabricación extranjera, la segunda exige otorgar a los bienes provenientes del país parte del Tratado Internacional un trato no menos favorable que el otorgado a los bienes nacionales.

Atendiendo a lo indicado en el artículo 12.08 de la Ley No. 7882 correspondiente al Tratado de Libre Comercio Centroamérica y República Dominicana, cuando se incorporan los márgenes preferenciales de compras del gobierno, se expresa que cada una de las partes aplicará su legislación nacional en materia de

procedimientos de compra, incluyendo las formalidades relacionadas con: la calificación de proveedores, convocatoria, bases, plazos, presentación, recepción y apertura de ofertas, adjudicación de contratos y los montos establecidos en cada país, para determinar la modalidad de compra a utilizar, siempre que el procedimiento elegido garantice la competencia máxima posible.

Sin embargo, en Costa Rica existe la Ley de Incentivos a la Industria Nacional No. 7017 del 16 de diciembre de 1985, la cual en su artículo 12 preceptúa lo siguiente:

*“Al efectuarse cualquier compra por parte del Gobierno de la República, las instituciones autónomas, las semiautónomas, las municipalidades o cualesquiera otras entidades oficiales, obligatoriamente se dará preferencia a los productos manufacturados por la industria nacional, cuando la calidad sea equiparable, el abastecimiento adecuado y el precio igual o inferior al de los importados. En caso de discrepancia respecto a las calidades, se procederá a consultar el caso a la Oficina Nacional de Normas y Unidades de Medidas, la cual decidirá ese aspecto privativamente. Para efectos de comparación de precios se agregarán al precio de la mercancía de fabricación extranjera, los derechos de aduana y todo otro gasto de internación, aún cuando la entidad compradora esté exenta de pagarlos. El Banco Central de Costa Rica no autorizará el uso de divisas para esas compras en tanto el interesado no se ajuste a las disposiciones de este artículo.”*

Se indica en la Ley 7017, que se dará preferencia a los productos manufacturados por la industria nacional, preferencia que es para los productos no para las empresas y en ningún sentido se extiende la preferencia a otras actividades o territorios fuera de las fronteras costarricenses. (COMEX, Oficio AFI-109-2002).

Por otra parte, tenemos que el Capítulo XII del Tratado con México, relativo a las compras del sector público, dispone:

*“Artículo 12.04: Trato Nacional y no discriminación.*

- 1. Respecto a las medidas comprendidas en este capítulo, cada parte otorgará a los bienes de la otra parte, a los proveedores de esos bienes y a los proveedores de servicios de la otra parte, un trato no menos favorable que el más favorable otorgado a: a) Sus propios bienes y proveedores, b) Los bienes y proveedores de la otra parte.*
- 2. Respecto a las medidas comprendidas en este capítulo, ninguna parte podrá: a) Dar a un proveedor establecido en su territorio un trato menos favorable que el otorgado a otro proveedor para una compra particular son bienes o servicios de la otra parte.*
- 3. El párrafo 1 no se aplicará a las medidas relativas a aranceles aduaneros u otros cargos de cualquier tipo sobre la importación o en conexión con la misma, al método de cobro de esos derechos y cargos, ni a otras reglamentaciones de importación, incluidas restricciones y formalidades.*
- 4. Las partes no establecerán requisitos de representación o presencia local que tengan por objeto discriminar a favor de los proveedores nacionales.”*

Con motivo de la redacción de los dos anteriores artículos, surgió la duda por parte del Ministerio de Comercio Exterior, respecto de si el principio de trato nacional contenido en el Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica y México, que contiene una norma concreta en el capítulo de la contratación pública, por el cual las partes se obligan a otorgar a los bienes y proveedores de la otra parte un trato no menos favorable que el más favorable otorgado a sus propios bienes y

proveedores; es incompatible con lo dispuesto en el numeral 12 de la Ley No. 7017 del 16 de diciembre de 1985, Ley de Incentivos a la Industria Nacional, que a su vez señala que la Administración al comparar precios de origen costarricense y de origen mexicano debe preferir los bienes costarricenses, para lo cual se establecen porcentajes que se suman al precio de los productos de origen mexicano. (COMEX, *Oficio DVI-145-01*).

La Procuraduría General de la República mediante oficio C-214-2001 del 3 de agosto del 2001, atendiendo la consulta del Ministerio de Comercio Exterior, indica que efectivamente se presenta una antinomia normativa, puesto que el artículo 12 de la Ley 7017 y el Tratado de Libre Comercio con México contienen disposiciones contradictorias respecto de un mismo supuesto, lo que determina la existencia en el ordenamiento de dos normas cuyos efectos se contraponen, sin posibilidad alguna de coexistencia, lo cual obliga a determinar cual de las dos disposiciones debe ser aplicable.

Continúa indicando la Procuraduría General de la República en el mismo oficio, que de conformidad con el principio jerárquico contenido en el artículo 7 de la Constitución Política los tratados públicos aprobados por la Asamblea Legislativa tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes.

Indica la Procuraduría en el oficio antes citado, que el artículo 12 de la Ley 7017 no resulta aplicable respecto de productores de nacionalidad mexicana, que se ha producido una derogación tácita y parcial de ese precepto por la aprobación del TLC entre Costa Rica y México. Lo que implica que las contrataciones administrativas que se promuevan, no pueden diferenciar entre los productos nacionales y los mexicanos por concepto de nacionalidad. Esto mismo aplica entonces, por analogía normativa a los Tratados suscritos por Costa Rica con República Dominicana y Chile.

Además, esas normas legales resultan inconstitucionales, en virtud de que la Sala Constitucional mediante resolución No. 1982-94 de las 16:00 horas del 26 de abril de 1994, señaló que de conformidad con lo que establece el artículo 7 de la Constitución Política, a partir del momento en que la Convención sobre los Derechos del Niño fue ratificada por Costa Rica, las normas legales que contravengan las normas y principios contenidos en ese instrumento internacional, resultan inconstitucionales

Como complemento a lo anterior, la Ley de Contratación Administrativa No. 7494 al desarrollar lo relativo al Principio de Igualdad y Libre Competencia que priva en las contrataciones de Estado, también aclara el Principio de Reciprocidad que aplica a favor de las empresas extranjeras, al establecer:

*“Artículo 5.- Principio de igualdad y libre competencia.- En los procedimientos de contratación administrativa, se respetará la igualdad de participación de todos los oferentes potenciales. Los reglamentos de esta 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. La participación de oferentes extranjeros se regirá por el principio de reciprocidad, según el cual a ellos se les brindará el mismo trato que reciban los nacionales en el país de origen de aquellos. ... Los carteles y los pliegos de condiciones no podrán disponer formas de pago ni contener ninguna regulación que otorgue a los oferentes nacionales un trato menos ventajoso que el otorgado a los oferentes extranjeros...”(El subrayado no es del original)*

De lo anterior se desprende que en los procesos de contratación administrativa en los que participen oferentes extranjeros, debe aplicarse el principio de reciprocidad, que se refiere a que los extranjeros deben ser tratados de igual

manera como los nacionales son tratados en su país, para lo cual debemos ampararnos a lo establecido expresamente en los Tratados de Libre Comercio que regulan la materia.

Se desprende de lo indicado, que la norma 12 de la Ley 7017 deviene en inconstitucional cuando se trate de los Tratados Internacionales con México, República Dominicana y Chile, pero en los casos en que verse de un concurso entre una empresa nacional con una empresa extranjera de otro país distinto a los indicados, la norma estaría en plena vigencia y aplicación, prevaleciendo la empresa nacional sobre la extranjera.

### **Ámbito de discrecionalidad de la Administración.**

Cabe analizar ahora la facultad que posee la Administración para admitir o no en una contratación, los márgenes de preferencia que establecen los Tratados de Libre Comercio, así como su eventual trasgresión al principio de jerarquía normativa.

Un ejemplo claro se suscitó en el Instituto Costarricense de Electricidad, el cual tramitó una licitación pública que se encontraba amparada en la Ley de aprobación del empréstito del BID No. 7388, cuyo artículo 11 establece que *“los procedimientos de adquisición de bienes y servicios, establecidos en el contrato de préstamo BID 796/OC-CR y en el Convenio ATN/GT-4420-CR, prevalecerán sobre los procedimientos y las normas del ordenamiento jurídico nacional, en lo que atañe a las adquisiciones realizadas al amparo de dicho crédito y convenio”*. Asimismo, la cláusula 2.09 del Anexo B a la Ley 7388, prevé: *“Márgenes de preferencia nacionales y regionales para el caso de licitaciones para la adquisición de bienes. En los casos de licitaciones públicas internacionales para la adquisición de bienes, podrá aplicar los siguientes márgenes de preferencia: 2.10. Márgenes de preferencia nacional... 2.11. Márgenes de preferencia regional”*. (El subrayado no es del original).

Amparado en las normas anteriores, el ICE incluyó dentro de las Condiciones Especiales del cartel de licitación, la siguiente cláusula: “13. *Aplicación de márgenes de Protección. Para este concurso no se aplicarán márgenes de protección, de conformidad y en aplicación de la Ley No. 7388, la cláusula No. 2.09 del Anexo B. al Contrato de Préstamo, en que se fundamenta esta licitación*”(El subrayado no es del original). Asimismo, del expediente de dicha licitación, se extrae una consideración que realiza el ICE, indicando que la presente licitación al estar financiada con fondos del Banco Interamericano de Desarrollo, se rige por lo establecido en la Ley 7388, por lo que el ICE se encuentra obligado a acatar todas las disposiciones que en materia de contratación contiene dicha ley, aplicando de manera supletoria lo dispuesto dentro de la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, ya que en materia de interpretación y aplicación de normas la ley especial está por encima de la ley general.

En atención a una apelación interpuesta por una empresa hondureña que sostenía que se debían aplicar los márgenes de preferencia, la Contraloría General de la República conoció del particular y consideró que en atención a lo dispuesto en la Ley 7388, cada Administración licitante, desde su cartel y de forma discrecional decide si aplica o no los márgenes de preferencia para el concurso concreto, siendo que la norma citada lo establece como una condición facultativa y no obligatoria, al indicarse en el mencionado artículo que la Administración “podrá” aplicar los márgenes de preferencia. (Contraloría General de la República, Resolución 705-2002).

El Estado Costarricense al firmar el contrato de préstamo con el BID y luego ratificarlo mediante una ley de la república, aceptó aplicar una serie de condiciones especiales en cada una de las contrataciones que se desarrollarían con fondos de ese financiamiento externo. Sin embargo, la empresa hondureña quien apeló otra licitación ante la Contraloría General de la República, considera que existe una violación al régimen de jerarquía normativa, por atender lo dispuesto

en la ley 7388 del contrato préstamo con el BID, sobre lo previsto en un Tratado Internacional en materia de mercados preferenciales para compras del gobierno. (Contraloría General de la República, Resolución 705-2002)

Por otra parte, el artículo 7 de la Constitución Política, contempla el Principio de Jerarquía normativa, el cual estipula:

*“Artículo 7. Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes...”*

Atendiendo lo anterior, tenemos que los Tratados Internacionales privan sobre las leyes, razón por la que se deben aplicar los márgenes de preferencia contenidos en los Tratados de Libre Comercio sobre lo dispuesto en la Ley 7388 que enmarca un empréstito del BID.

En consecuencia, de presentarse un conflicto entre las normas, el operador jurídico puede recurrir a criterios cronológicos, de jerarquía o generalidad – especialidad de la norma. Además, como se mencionó previamente, la Sala Constitucional mediante resolución No. 1982-94, señaló que de conformidad con lo que establece el artículo 7 de la Constitución Política, a partir del momento en que la Convención sobre los Derechos del Niño fue ratificada por Costa Rica, las normas legales que contravengan las normas y principios contenidos en ese instrumento internacional, resultan inconstitucionales.

Por otra parte, la Sala Constitucional mediante resolución 1319 de 14:51 horas del 4 de marzo de 1997, indicó que la Ley de la Jurisdicción Constitucional faculta a los interesados a plantear la acción de inconstitucionalidad contra las disposiciones legales que se opongan a las de un tratado internacional, considerando la normativa superior del segundo, de conformidad con el artículo 7 de la Constitución Política, sin embargo, ello no obsta a que cuando las



disposiciones del tratado resulten ejecutivas y ejecutables por sí mismas, sin necesidad de otras normas que las desarrollen en el derecho interno, las legales que las contradigan deban tenerse simplemente por derogadas, en virtud precisamente del rango superior del Tratado. De esta manera, indica la Sala que la antinomia entre la ley y el tratado se resuelve en primer lugar y en lo posible, con la derogación automática de la primera en cuanto se oponga al segundo, sin perjuicio de que también pueda serlo mediante la declaración de inconstitucionalidad de ley.

### **Formalidades necesarias para la aplicación de los márgenes de preferencia.**

Como regla general en toda actividad de comercio internacional, los principales requisitos a los que usualmente se enfrentan las empresas son los siguientes:

- a) Presentación detallada de información al momento de la exportación e importación de las mercancías.
- b) Cumplimiento de disposiciones sanitarias, de seguridad, de moral pública, etc
- c) En los casos de acuerdos preferenciales, deben presentar información o documentos relacionados con la aplicación de dichos acuerdos, por ejemplo: certificados de origen, certificados de cuotas o cupos de importación, etc.
- d) También, podría darse el caso de que los agentes de transporte, las autoridades portuarias y aeroportuarias soliciten información o documentos, con el propósito de garantizar la descarga, el almacenamiento o el transporte de las mercancías. (Zúñiga, 2001).

Para aplicar el margen de preferencia de compras del gobierno en Costa Rica, es necesario que el interesado verifique que el país de origen del producto que ofrece es uno de los que poseen un Tratado de Libre Comercio con Costa Rica, y posteriormente confirmar que dicho tratado regula las compras del sector público, que en la actualidad a productos de México, Chile o República Dominicana., tal y como se ha reiterado en el presente artículo.

Asimismo, es requisito complementario, adjuntar en la oferta las certificaciones que corresponden, con el objeto de demostrar que la firma solicitante cumple con las reglas necesarias para poder optar por el margen de preferencia, entre ellos certificado de origen, certificado del Ministerio de Industria y Comercio, donde conste que efectivamente la firma puede optar por ese margen de preferencia y cualquier otro documento donde se pueda verificar el argumento para la solicitud. Para los certificados de origen se deben acatar las disposiciones contenidas en el Decreto Ejecutivo No. 26835-MEIC del 22 de abril de 1998, “Reglamento Centroamericano sobre el origen de las mercancías”.

Los exportadores deben aportar a la oferta un certificado de origen, el cual servirá para certificar que una mercancía que se exporte del territorio de una parte al territorio de otra parte, califica como originaria, pudiendo así gozar de los beneficios de trato arancelario preferencial que contempla el Tratado de Libre Comercio. (Corrales M. y Zúñiga J.L., 2001).

Debe tenerse presente que las certificaciones de Origen de las Mercancías, deben ser extendidas por las entidades rectoras del Comercio en cada país, por ejemplo, en Costa Rica es el Ministerio de Comercio Exterior y en México la Secretaría General de Comercio o Economía. Estos certificados los expiden precisamente autoridades competentes de cada país, con el objeto de que fabricantes de otros países no se aprovechen de beneficios adicionando cualquier componente al producto. (Corrales M. y Zúñiga J.L., 2001).

Además, el oferente puede solicitar la aplicación de un margen de preferencia, sin embargo, se aplicará y hará efectivo únicamente si existe al menos una empresa costarricense compitiendo como oferente en el proceso de contratación respectivo. Pues de lo contrario, si no hay participación de una empresa costarricense el análisis, evaluación y comparación de ofertas se da en igualdad de condiciones, sin distingo alguno sobre la nacionalidad (Contraloría General de la República, Resolución 700-2001)

Por otra parte, un elemento a resaltar es que los certificados de origen son subsanables de conformidad con lo dispuesto por el artículo 56.1 y 56.1.1.2 del Reglamento General de Contratación Administrativa, pues así lo ha manifestado la Contraloría General de la República, mediante resoluciones 700-2001 y 288-2002, señalando que en los casos en que un oferente pese a realizar una solicitud expresa de que se le aplique un margen de preferencia omitió presentar el debido certificado de origen, la Administración tiene la obligación de aceptar que sea subsanado, es decir, admitir que el proveedor presente dicho certificado aún con posterioridad a la apertura de ofertas, pues se trata de un hecho histórico de mera demostración, sea una formalidad, es decir, corresponde a un elemento que por su naturaleza no altera lo sustancial de la decisión.

### **Consideraciones Finales**

Los márgenes de preferencia en compras del sector público son aplicables en el tanto se encuentre participando en un proceso de contratación administrativa una empresa nacional, a fin de que se aplique el mismo trato a la empresa extranjera.

Los únicos Tratados de Libre Comercio que incorporan los márgenes de preferencia sobre compras del gobierno son el Tratado de Centroamérica con República Dominicana, el Tratado de Costa Rica con México, el Tratado de Centroamérica con Chile, y el Tratado de Centroamérica, República Dominicana y Estados Unidos que se encuentra en proceso de ratificación ante la Asamblea Legislativa. Por lo tanto, únicamente podrán aplicarse éstos márgenes a favor de los productos originarios de México, Chile o República Dominicana, y pronto los de Estados Unidos y los países centroamericanos (si se ratifica este Tratado). En estos términos, en la actualidad los oferentes centroamericanos no tienen legitimidad para invocar la aplicación de Trato Nacional en una contratación administrativa.(COMEX, Oficio DGCE-490-00)

Por otra parte, se debe diferenciar el principio de *Trato Nacional en Compras del Sector Público* del principio de *Trato Nacional que se reconoce en forma general* contenidos en un Tratado de Libre Comercio, en razón de que para que el primero sea aplicado debió ser regulado de modo especial, por corresponder a una materia específica. Es decir, no basta con que se incluya una disposición general de trato nacional, sino que debe incluir un capítulo donde se regule ampliamente la aplicación en las compras del gobierno, siendo que una cosa distinta es otorgar trato nacional en materia de contratación pública y otra establecerlo como una disposición general para garantizar los accesos a los mercados de las partes en condiciones no discriminatorias.

El trato nacional general es el acuerdo de las partes en otorgar a los servicios y prestadores de servicios de la otra parte, un trato no menos favorable que el que concedan a sus propios servicios o prestadores de servicios, pero en el caso del Trato Nacional en Compras del Sector Público se requiere que además de su mención exista una regulación especial del tema.

Pese a que existe este Principio de Trato Nacional en Materia de Compras del Gobierno en algunos Tratados de Libre Comercio, en Costa Rica existe la denominada Ley de Incentivos a la Industria Nacional No. 7017, la cual preceptúa que en cualquier compra del Gobierno de la República obligatoriamente se dará preferencia a los productos manufacturados por la industria nacional, lo cual evidentemente se contrapone a lo indicado en dicho margen de preferencia del acuerdo internacional. En este sentido, se debe acudir al Principio Jerárquico contenido en el artículo 7 de la Constitución Política de Costa Rica que establece que los tratados públicos aprobados por la Asamblea Legislativa tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen autoridad superior a las leyes, por lo que ante la contraposición expuesta lo que debe privar es la aplicación del Trato Nacional en materias del sector público indicada en la norma internacional.

Simultáneamente, amparados en el voto 1319-97 de la Sala Constitucional, es facultad de los interesados plantear la acción de inconstitucionalidad contra las disposiciones legales que se opongan a un Tratado de Libre Comercio, considerando precisamente la normativa superior del segundo, sin embargo, ello no obsta a que cuando esta situación se produzca, las normas legales se tengan simplemente por derogadas automáticamente.

En consecuencia, en todo proceso de contratación administrativa que se lleve a cabo en Costa Rica, en el que participen una empresa costarricense con una empresa beneficiaria de un margen de Trato Nacional en compras del Sector Público proveniente de un Tratado de Libre Comercio, como es el caso de México, Chile o República Dominicana, se les debe aplicar el mismo trato, atendiendo precisamente a lo establecido en el Tratado que interesa.

Se complementa con lo anterior lo previsto en el artículo 5 de la Ley de Contratación Administrativa, al indicar que la participación de oferentes extranjeros se regirá por el principio de reciprocidad, sea que a ellos se les brindará el mismo trato que reciben los nacionales en el país de aquellos, para lo cual se debe aplicar el respectivo Tratado de Libre Comercio.

Por otra parte, es cuestionable el ámbito de discrecionalidad que posee la administración para admitir o no desde el cartel de una contratación los márgenes de preferencia según considere necesario a su criterio. La Contraloría General de la República mediante oficio 705-2002 ha manifestado que cada administración licitante desde su cartel y en forma discrecional decide si aplica o no los márgenes de preferencia en un concurso concreto, todo con fundamento en la Ley 7388 referida a aprobación de un empréstito por parte del Banco Interamericano de Desarrollo. En este sentido, y atendiendo a lo que establece el artículo 7 Constitucional que determina el principio de jerarquía, los Tratados de Libre Comercio tienen autoridad superior a las leyes.

Con fundamento en lo anterior, se considera que el criterio del ente contralor de admitir que basados en una Ley de Empréstito, la Administración pueda determinar bajo su absoluto criterio si admite o no los márgenes de preferencia en sus contrataciones está errado y genera una práctica inconstitucional, pues la obligación de dar trato nacional deviene de un Tratado Internacional con supremacía sobre las leyes.

En definitiva, para aplicar los márgenes de preferencia en compras del gobierno a favor de una empresa extranjera que ofrece un producto en una Contratación Administrativa promovida por el Estado de Costa Rica, es necesario que el interesado verifique el país de origen del producto que brinda, para posteriormente determinar si ese país posee un Tratado de Libre Comercio vigente en Costa Rica, y que éste incluya un capítulo bien regulado sobre compras del gobierno. En la actualidad solamente es aplicable para los productos originarios de México, Chile y República Dominicana.

Una vez determinada la procedencia del margen de preferencia, se debe adjuntar con la oferta las certificaciones que demuestren que la firma cumple con las reglas necesarias, entre ellos certificados de origen, el cual es extendido por las entidades rectoras del comercio de cada país.

Finalmente, para que sea aplicado en el proceso de contratación administrativa promovido, es necesario que participe una empresa de productos nacionales, pues de lo contrario el análisis, evaluación y comparación de precios se hace sin distinción de nacionalidad (Contraloría General de la República, Resolución 700-2001).

En caso de que el oferente extranjero omita adjuntarle a su oferta el certificado de origen, el mismo puede ser presentado con posterioridad a la apertura de ofertas, correspondiendo a una subsanación válida legalmente, pues se trata de la demostración de un hecho histórico. (Contraloría General de la República,

Resolución 700-2001 y 288-2002), por lo que la Administración se encuentra en la obligación de recibir dicho certificado.

## Referencias bibliográficas.

- Constitución Política de la República de Costa Rica, 1949.
- Contraloría General de la República, *Resolución 288-2002 del 9 de mayo del 2002.*
- Contraloría General de la República, *Resolución 700-2001 del 14 de noviembre del 2001.*
- Contraloría General de la República, *Resolución 705-2002 del 31 de octubre del 2002.*
- Corrales M. y Zúñiga, J.L. (2001) *Las Reglamentaciones uniformes de las reglas de origen y de los procedimientos aduaneros del Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica y Chile*, Recuperado el 15 de abril del 2005, de <http://www.comex.go.cr/difusion/ciclo/2001/mcorrales.pdf>.
- Decreto Ejecutivo No. 26835-MEIC del 22 de abril de 1998, “Reglamento Centroamericano sobre el origen de las mercancías”.
- Instituto Costarricense de Electricidad, Expediente Licitación Pública 7107-E.
- Ley de Contratación Administrativa No. 7494.
- Ley de Incentivos a la Industria Nacional No. 7017.
- Ministerio de Comercio Exterior, *Oficio AFI-109-2002 del 21 de marzo del 2002.*
- Ministerio de Comercio Exterior, *Oficio DGCE-113-99 del 10 de mayo de 1999.*
- Ministerio de Comercio Exterior, *Oficio DGCE 490-00 del 4 de setiembre del 2000.*
- Ministerio de Comercio Exterior, *Oficio DM-166-2002 del 26 de marzo del 2002.*
- Ministerio de Comercio Exterior, *Oficio DVI-145-01 del 12 de julio del 2001.*
- Ministerio de Comercio Exterior (1998). *Tratado de Libre Comercio entre la República de Centroamérica y República Dominicana*. Documento Explicativo. San José, Costa Rica.
- Procuraduría General de la República, *Oficio C-214-2001 del 03 de agosto del 2001.*
- Reglamento General de Contratación Administrativa, *Decreto Ejecutivo No. 25038-H.*
- Sala Constitucional, *resolución 1319-97 de las 14:51 horas del 4 de marzo de 1997.*
- Sala Constitucional, *resolución 1982-94 de las 16:00 horas del 26 de abril de 1994.*
- Sequeira, C.G. (2003). *Tratados de Libre Comercio Significado de CAFTA para Nicaragua*. San José. Editorial CONPES.
- Tratado de Libre Comercio Centroamérica – República Dominicana, Recuperado el 01 de mayo del 2005 de <http://www.comex.go.cr/acuerdos/comerciales/TLC%20Dominicana/default0.htm>



- Tratado de Libre Comercio entre Gobierno Centroamericano y República de Chile, Recuperado el 01 de mayo del 2005 de <http://www.comex.go.cr/acuerdos/comerciales/TLC%20chile/default1.htm>
- Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de Costa Rica y Canadá, Ley 8300. Recuperado el 01 de mayo del 2005 de <http://www.comex.go.cr/acuerdos/comerciales/TLC%20Canada/espanol/default.htm>
- Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica y los Estados Unidos Mexicanos, Ley 7474, Recuperado el 01 de mayo del 2005 de <http://www.comex.go.cr/acuerdos/comerciales/TLC%20Mexico/Texto.pdf>
- Valerio F. (2001) *El comercio de servicios en los Tratados de Libre Comercio*, Recuperado el 25 de mayo del 2005, de <http://www.comex.go.cr/difusion/ciclo/2001/f.valerio.pdf>
- Vinocour S. (1998) *Las compras del Estado en el Tratado de Libre Comercio Costa Rica – México y en organización mundial de comercio*, Recuperado 03 de mayo del 2005, de <http://www.comex.go.cr/difusion/ciclo/1998/svinocour.htm>.
- Zúñiga, L. (2001) *Facilitación del comercio internacional de mercancías*, Recuperado el 13 de mayo del 2005 de <http://www.comex.go.cr/difusion/otros/ciclo%202001.pdf>.