

Sala Constitucional

Resolución N° 92420 - 2024

Fecha de la Resolución: 19 de Junio del 2024 a las 15:06

Expediente: 24-015075-0007-CO

Redactado por: Fernando Castillo Víquez

Clase de asunto: Acción cursada

Analizado por: SALA CONSTITUCIONAL

Sentencia con datos protegidos, de conformidad con la normativa vigente

Contenido de Interés:

Tipo de contenido: Voto de mayoría

Rama del Derecho: 5. ACCIONES CURSADAS

Tema: CONTRATOS O LICITACIONES

Subtemas:

- ACCIÓN PENDIENTE.

CONTRATOS O LICITACIONES. RÉGIMEN DE PROHIBICIONES DE PARTICIPACIÓN EN PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Expediente: 24-015075-0007-CO

Sentencia: Pendiente

Tipo de asunto: Acción de inconstitucionalidad

Norma impugnada: Artículo 28 incisos b), g), j), k), de la Ley General de Contratación Pública. No. 9986 y el punto número 2 de la Circular MH-DCOP-CIR-0024-2023 DEL 23-03-2023 de la Dirección de Contratación Pública del Ministerio de Hacienda.

CO06/24

... Ver menos

Texto de la Resolución

240150750007CO

EXPEDIENTE: 24-015075-0007-CO

PROCESO: ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

ACCIONANTE: ASOCIACIÓN CÁMARA COSTARRICENSE DE LA SALUD PROMED

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las quince horas seis minutos del diecinueve de junio de dos mil veinticuatro.

Se da curso a la acción de inconstitucionalidad interpuesta por [Nombre 001], en su condición de apoderado generalísimo de la Asociación Cámara Costarricense de la Salud PROMED, para que se declaren inconstitucionales los incisos b), g), j), k), del artículo 28 de la Ley General de Contratación Pública nro. 9986 y el punto número 2 de la Circular MH-DCOP-CIR-0024-2023 del 23 de marzo de 2023, de la dirección de Contratación Pública del ministerio de Hacienda, por estimarlos contrarios al principio de razonabilidad y proporcionalidad, al principio de interpretación restrictiva de las normas que limitan derechos fundamentales, a la libertad de comercio, la libertad de empresa y de los artículos 33, 50, 105, 121 y 140 inciso 3) de la Constitución Política. Se confiere audiencia por quince días a la Procuraduría General de la República, al ministro de Hacienda y al presidente de la Asamblea Legislativa. Las normas que se impugnan señalan lo siguiente: 1.- Inciso b) del artículo 28: "Todos los servidores públicos en los procedimientos de contratación pública que promueva la propia entidad en la que estos presten sus servicios, o que sean promovidos para atender las necesidades de la entidad en que laboran". 2.- Inciso g) del artículo 28: "g) Los grupos de interés económico en los cuales participe alguna de las personas físicas o jurídicas privadas sujetas a la prohibición". 3.- Inciso j) del artículo 28: "j) El cónyuge, el compañero o la compañera en unión de hecho de los funcionarios que originan la prohibición, así como sus parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive". 4.- Inciso k) del artículo 28: "k) Las personas

jurídicas en las cuales tengan participación en el capital social, sean beneficiarios finales de estas o ejerzan algún puesto de dirección o representación, el cónyuge, el compañero, la compañera o los parientes indicados en el inciso anterior". 5- El punto dos de la Circular MH-DCOP-CIR-0024-2023 de fecha 23 de marzo de 2023, emitida por la dirección de Contratación Pública del ministerio de Hacienda que, en lo conducente indica: "2. La prohibición de los servidores públicos de participar, directa o indirectamente, como oferente, en los procedimientos de contratación pública, derivada del artículo 28 de la LGCP. / El régimen de prohibiciones de la LGCP, posee una amplia cobertura de sujetos, sean servidores públicos o no, que tendrían prohibido participar directa o indirectamente, como oferentes, en los procedimientos de contratación pública/ Este régimen constituye una limitación legal de los derechos fundamentales al comercio, la empresa y contratación y por ello su interpretación debe ser restrictiva de manera que las limitaciones a estos derechos, están necesariamente reservadas a la ley. En ese sentido, la LGCP establece en el artículo 28 los supuestos de prohibición aplicables a los procedimientos de contratación pública; que si bien tienen como base las causales que se encontraban recogidas en la normativa anterior incluye algunos supuestos nuevos, tal es el caso de la prohibición que pesa sobre todo servidor público para poder participar en procedimientos de contratación promovidos por la propia entidad contratante en la que presta servicios / Con lo anterior, se pretende eliminar cualquier potencial conflicto de interés que pueda surgir en virtud no solo del cargo que ocupa sino por el hecho de prestar sus servicios en la entidad contratante/ Así las cosas, si bien el artículo 28 enumera expresamente en los incisos a) y b) la prohibición del funcionario público para participar como oferente, en razón de su cargo o en las contrataciones promovidas por la entidad para la cual labora, respectivamente, lo cierto es que, esta prohibición también podría presentarse de manera indirecta cuando el funcionario público sujeto a prohibición participa, en alguno de los supuestos incluidos en los incisos c), d), e) D, g), h), i), j) y k)./ Bajo esa tesis, la norma señala más adelante que en el caso de los incisos referidos, la prohibición aplicará en los mismos términos en que afecta a los funcionarios cubiertos por esta, es decir, cuando un servidor tiene prohibición para participar en procedimientos específicos, ésta se extiende a las personas jurídicas privadas en las que ellos tengan algún tipo de participación indirecta.- En relación con lo anterior, la amplitud del nuevo régimen de prohibiciones se considera adecuado y pertinente, en atención a los objetivos que busca el nuevo marco normativo, dado que con éstos alcances de la prohibición, se pretende eliminar cualquier potencial conflicto de interés que pueda surgir, en virtud del cargo que ocupa el funcionario público o bien por el solo hecho de trabajar para la entidad que promueve el concurso, nótese que incluso, si la causal de prohibición surge después de emitida la decisión inicial del concurso, pero antes de la adjudicación, la oferta afectada no podría resultar adjudicataria y en caso de que esta prohibición sobrevenga con posterioridad a una adjudicación en firme, se deberá velar porque no hayan tratos más favorables o distintos a los establecidos en las condiciones de la contratación, todo conforme a lo dispuesto en el artículo 26 del LGCP./ En aplicación de la norma, corresponde a cada administración contratante verificar que en sus procedimientos de contratación no participe como oferente, en forma directa o indirecta, alguno de sus servidores públicos, de tal forma que ninguno de los servidores públicos sujetos a prohibición sean beneficiarios finales de las personas jurídicas que participen como oferentes en los procedimientos de contratación o resulten ser adjudicatarios o proveedores de los concursos que promuevan, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la LGCP".

Lo anterior bajo las siguientes consideraciones: **1.- Sobre el inciso b) del artículo 28 de la Ley General de Contratación Pública.** Aduce que la corporación que representa tiene claridad sobre la relevancia que posee en el ámbito de la materia de contratación pública que el legislador proceda a normar aspectos que le exigen a los actores públicos y privados que interactúan en una licitación pública, un comportamiento ético, integro y transparente, para procurar que las compras que haga el Estado con recursos públicos que han sido recaudados para propiciar el interés general, no sean orientados ilícitamente a favorecer intereses particulares o que favorezcan a quienes ejercen cargos públicos del más alto nivel institucional o de las personas físicas o jurídicas que le sean más cercanas, aspecto sobre el cual este Tribunal Constitucional se refirió en varias ocasiones al analizar el régimen de prohibiciones que contenía la anterior Ley de Contratación Administrativa. De manera que esta Cámara entiende y comparte que las leyes en materia de contratación pública deben delimitar pautas que apoyen el combate contra la corrupción, exigiendo el respeto a la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas al identificar y exigir la aplicación de mecanismos y medidas orientadas a esta finalidad. Esto fue expuesto por esta Sala en la resolución nro. 30502003 de las 14:42 horas del 23 de abril de 2003, cuando estimó que "la aplicación efectiva de las prohibiciones, refuerza el "deber de adjudicar imparcialmente la mejor oferta" y de brindar condiciones idénticas a todos los oferentes, eso es, de evitar incurrir en discriminaciones que den ventaja o provoquen perjuicio a determinados concurrentes, todo lo cual no se lograría si participan los funcionarios y personas incurso en una prohibición". No obstante, también ha sido consistente la línea jurisprudencial de este Tribunal, respecto a que en el ejercicio de la potestad de legislar para restringir o limitar los derechos fundamentales de las personas para poder permitirle al Estado conseguir un beneficio de un interés público general para la colectividad, no implica que no existan parámetros o principios generales que deben ser cumplidos cuando se emite ese tipo de leyes, puesto que deben respetarse principios o pautas de razonabilidad y proporcionalidad que no conlleven afectaciones ilícitas a los derechos de las personas más allá del interés público tutelado. Por ese motivo, se ha reconocido a nivel de la jurisprudencia constitucional que la materia de prohibiciones de la contratación pública debe ser analizada de forma restrictiva, y que existe una reserva legal para ser regulada por las limitaciones a derechos fundamentales de libertad empresarial y de comercio que reconoce la Constitución Política. Si la ley que se emite no es conforme con esas pautas y los principios de proporcionalidad y razonabilidad, la norma estaría gravemente viciada y sería inconstitucional. Así fue señalado en la resolución nro. 2011-005272 de las 15:17 horas del 27 de abril de 2011. De manera que el régimen de prohibiciones de participación en procedimientos de contratación pública, si bien se espera que no sea entendido como una infracción al derecho de igualdad de trato entre oferentes, al respetar los principios de integridad y ética en la función pública, no implica una habilitación desmedida o un cheque en blanco para que el legislador pueda limitar innecesariamente las libertades de las personas, porque si esto ocurre, la norma perdería su validez y sería contraria a la Constitución Política. Para esta corporación, la integración jurídica que el legislador realizó al promulgar los incisos b, g, j y k del artículo 28 de la Ley General de Contratación Pública resulta inconstitucional, porque el legislador incumplió con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, al regular las causales de prohibición de los funcionarios públicos y su relación con las empresas o personas que le proveen bienes y servicios al Estado, incluyendo la situación de los grupos de interés económico, aspecto que impacta los intereses colectivos de los integrantes de esta Cámara. Precisamente, durante la discusión del expediente legislativo número 21.546, bajo el cual se aprobó la actual Ley General

de Contratación Pública, el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa instruyó a la Comisión Especial que tramitó esa iniciativa legal para que respetara en la redacción de las normas, los principios de proporcionalidad y razonabilidad que, en criterio de ese Departamento, se podrían estar incumpliendo, especialmente al regular limitaciones a los grupos de interés económico, ya que se conceptualizaba de manera muy amplia la integración de esos grupos. Esta recomendación técnica que se le dio a los legisladores implicaba tener que dimensionar los impactos que la norma por la cual se decantaran pudiera tener en cuanto la finalidad perseguida, pero también las consecuencias en las personas a las que se les limitó el ejercicio de ciertos derechos fundamentales como el de libertad empresarial y de comercio en algunos de los procedimientos de contratación. Este Tribunal Constitucional ha sido del criterio de que la aplicación de estos principios en la formación de las leyes implica que el legislador realice una ponderación para obtener un equilibrio entre los fines públicos a impulsar (garantizar una competencia real y objetiva entre oferentes) y las consecuencias que se pueden producir producto de las formas escogidas para llegar a esa finalidad. No se podría aprobar una norma cuando de ese análisis se identifique que los impactos negativos en los derechos de las personas son de mayor impacto que la producción de los fines que se pretenden alcanzar. El legislador debe revisar en primer lugar el contenido de las normas que integran la ley por aprobar, con el objetivo de determinar si con esa redacción se obtiene la propuesta más adecuada para regular el tema que se desea y así, corroborar si existe proporcionalidad entre la redacción escogida para regular el tema respectivo y la finalidad que se espera cubrir. De esta manera el legislador puede decidir si ante un evento o hecho previo, la consecuencia jurídica que se le da a la norma es equivalente o proporcionada, lo que permitiría exigir que la norma que se emita pueda ser aplicable para todos los casos sin excepción, porque no se espera que se produzca una actuación arbitraria. En ese análisis que se le exige a legislador, se debe ponderar que de todos los medios posibles para que se atienda el interés público al restringir los derechos de las personas, en la norma legal se incluyan aquellas exigencias que permiten llegar al fin perseguido, pero con los menores impactos posibles en los derechos que se ven limitados para que quienes legislan puedan corroborar la cantidad o la magnitud que los eventos limitantes a los derechos puede provocar si se aplica la ley por emitir. De manera que, si existe otro medio o mecanismos para regular la actividad o acción que produzca una limitación menos gravosa a los derechos personales, el legislador debe decantarse por esta. Basado en estas resoluciones de la Sala Constitucional, considera que la disposición del inciso b) del artículo 28 de la Ley General de Contratación Pública que dice *"Todos los servidores públicos en los procedimientos de contratación pública que promueva la propia entidad en la que estos presten sus servicios, o que sean promovidos para atender las necesidades de la entidad en que laboran"*, provoca un impacto innecesario y, por ende, desproporcionado en la esfera de los derechos fundamentales de los administrados, al integrar esa norma con los incisos g), h) y j) del mismo artículo.

2.- Sobre la declaratoria de inconstitucionalidad del inciso g) del artículo 28 de la Ley General de Contratación Pública. La anterior Ley de Contratación Administrativa reguló el régimen de prohibiciones en el artículo 22 bis, pero no incluía ninguna causal de prohibición que involucrara a los grupos de interés económico. Por el contrario, la Ley General de Contratación Pública vigente actualmente es la primera ley que extiende las causales de prohibición a los grupos de interés económico al indicarse en el inciso g) del artículo 28 que tendrán prohibición de contratar con el Estado: *"g) Los grupos de interés económico en los cuales participe alguna de las personas físicas o jurídicas privadas sujetas a la prohibición"*. Al igual que lo indicado en el apartado anterior, esta prohibición para los grupos de interés económico es irracional y desproporcionada, porque implica una restricción a empresas que provisiona de bienes al Estado en donde no participan ni funcionarios ni personas con prohibición, pero son parte de un grupo de interés económico con otras entidades jurídicas comerciales que incurrir en alguna causal de prohibición. Esta extensión de régimen prohibitivo es desproporcionada en el tanto se limita la participación de empresas de un mismo grupo de interés económico sin que tengan ninguna intervención en la actividad comercial de la empresa jurídica aliada que sí tiene la prohibición. Al respecto, ya este Tribunal Constitucional ha delimitado las pautas que debe el legislador seguir para emitir normas que restrinjan los derechos fundamentales de las empresas, que como se ha venido mencionando, debe ser manejado de forma restrictiva para no privar arbitrariamente del contenido esencial de los derechos constitucionalmente reconocidos a las personas físicas o jurídicas para que las ejerzan en condición de igualdad en el ámbito ordinario de su actividad. Por ello, considera que el inciso g) del artículo 28 de la Ley General de Contratación Pública es inconstitucional. El legislador al incorporar esta norma por primera vez en el ordenamiento no realizó la adecuada ponderación entre principios, libertades y derechos fundamentales restringidos y las finalidades públicas perseguidas, provocando un modelo arbitrario que deja en desigualdad a las empresas que no poseen por sí o por terceras personas condiciones de prohibición, pero a las que les son atribuidas porque otra persona integrante de su grupo empresarial sí lo posee. En este sentido, la prohibición debería ser aplicada a las empresas que sí tienen esa situación de coincidir en ellas alguno de los supuestos para no poder vender al Estado, pero no a aquellas que del todo no lo tienen, pero se les atribuye por una extensión normativa alejada de los principios de razonabilidad y proporcionalidad que las hace contrarias a la Constitución Política.

3.- Sobre la declaratoria de inconstitucionalidad del inciso j) del artículo 28 de la Ley General de Contratación Pública. Esa disposición legal extiende la prohibición de contratar con el Estado a quienes sean cónyuges, compañeros o compañeras en unión de hecho de los funcionarios que originan la prohibición, así como sus parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive. La integración de esta disposición con el inciso b) del mismo artículo, provoca que se extienda la prohibición a personas vinculadas a funcionarios de Administraciones públicas sin que tengan ninguna intervención directa o indirecta en los procesos de contratación. Esta integración de las normas lesiona arbitraria y gravemente los derechos fundamentales de estas personas, por lo que la norma es inconstitucional.

4.- Sobre la inconstitucionalidad del inciso k) del ordinal 28 de la Ley General de Contratación Pública. Aduce que extiende la prohibición de contratar con el Estado a las personas jurídicas en las cuales tengan participación en el capital social, o sean beneficiarios finales de estas o ejerzan algún puesto de dirección o representación, el cónyuge, el compañero, la compañera o los parientes de los funcionarios que no participan en proceso de contratación de las Administraciones, indicados en el inciso j) de este artículo. La integración de esta disposición con el inciso b) del mismo artículo, provoca que se extienda la prohibición a las personas jurídicas vinculadas con funcionarios de la Administración sin que tengan ninguna intervención directa o indirecta en los procesos de contratación. Por eso, esta norma lesiona arbitraria y gravemente los derechos fundamentales de estas personas jurídicas, por oponerse a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, conforme a la jurisprudencia constitucional.

5.- Sobre la inconstitucionalidad del punto dos de la Circular MH-DCOP-CIR-0024-2023 de fecha 23 de marzo de 2023, emitida por

la dirección de Contratación Pública del ministerio de Hacienda. Refiere que la Ley General de Contratación Pública introdujo un cambio en la parte de gobernanza y regulación de la materia de contratación pública al incluir un organismo que se encargaría de la rectoría y orientación en los temas vinculados con esa materia. Para esos efectos creó la Autoridad de Contratación Pública como un órgano del ministerio de Hacienda, que a la vez cuenta con la dirección de Contratación Pública como ejecutor de las acciones de esa Rectoría. En ese sentido, el artículo 129 de la Ley General de Contratación Pública indica que la dirección de Contratación Pública cuenta con capacidad técnica consultiva en materia de contratación pública, la cual será vinculante para la Administración central. En el ejercicio de esa función, ese órgano ejecutor emitió la Circular MHDCOP-CIR-0009-2022 de 7 de diciembre de 2022, en donde reguló las condiciones bajo las cuales era posible dimensionar por parte de las entidades del sector público el alcance de los supuestos previstos en el inciso b) del artículo 28 de la Ley General de Contratación Pública, respecto a la forma que debería interpretarse la prohibición para *"todos los servidores públicos en los procedimientos de contratación pública que promueva la propia entidad en la que estos presten sus servicios, o que sean promovidos para atender las necesidades de la entidad en que laboran"*. En esa Circular de la dirección de Contratación Pública del ministerio de Hacienda se reguló que lo procedente para las administraciones era revisar esa prohibición: *"Entendiéndose que la prohibición de "todos los servidores públicos" refiere a aquellos que tienen participación directa o indirecta en los procedimientos de contratación de conformidad con lo indicado en el artículo 25 referenciado, tal y como se viene indicando, en los cuales por alguna circunstancia el funcionario público posee un interés particular que le pueda restar imparcialidad u objetividad en el ejercicio de sus funciones"*. De manera que la dirección de Contratación Pública del ministerio de Hacienda delimitó para la entrada en vigor de la Ley General de Contratación Pública, una interpretación restrictiva y acorde con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, tal como lo ha exigido este Tribunal Constitucional para atender la regulación relacionada con el régimen de prohibiciones en contratación pública. Ello se verifica porque delimita que el inciso b) del artículo 28 de esta ley, implica que se le aplique a quienes, siendo funcionarios de una entidad u organismo público, tuvieran una participación directa o indirecta en los procedimientos de contratación que les provocara un conflicto de interés al interpretar y aplicar las disposiciones legales. La dirección de Contratación Pública llegó a esa interpretación al integrar lo indicado en el inciso b) del artículo 28 de la Ley General de Contratación Pública con lo dispuesto en el artículo 25 de esta misma ley, en cuanto al deber de abstención de los funcionarios públicos con algún conflicto de intereses que pudiera comprometer su objetividad respecto a las decisiones que deba adoptar. No obstante, el 23 de marzo de 2023, la dirección de Contratación Pública del ministerio de Hacienda dio un giro radical a la regulación, al emitir la Circular nro. MH-DCoP-CIR-0024-2023 denominada: "Prohibición prevista para los servidores públicos en el artículo 28 inciso b) de la Ley General de Contratación Pública Ley N°9986. Dejó sin efecto la Circular MH-DCoPCIR-0009-2022. En esta nueva circular que es la actualmente vigente, en el punto dos regula para el sector público una nueva forma de interpretación del inciso b) del artículo 28 de la Ley General de Contratación Pública en contra de las pautas constitucionales de hacer interpretaciones restrictivas, bajo los principios de proporcionalidad y razonabilidad que exige la Sala Constitucional para esta materia, como por ejemplo lo indicó en la resolución nro. 2011-005272 de las 15:17 horas del 27 de abril de 2011. De lo anterior se puede determinar que la nueva Circular dictada por la dirección de Contratación del ministerio de Hacienda es inconstitucional, porque cambia un marco interpretativo vinculante de la prohibición del artículo 28 inciso b) de la Ley General de Contratación pública que era conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, y en su lugar exige ahora que la Administración aplique la prohibición de una forma amplia que limita los derechos fundamentales de los proveedores de bienes y servicios al Estado, exigiendo de forma obligatoria que se aplique la norma indicada de una manera irrazonable, desproporcionada y muy amplia en materia que es de índole restrictiva, por obligar a que se cubra dentro de la causal de prohibición a funcionarios de las diferentes administraciones que no tienen ninguna relación ni directa, ni indirecta en los procesos de contratación que ellas realicen. Este cambio en la interpretación de los alcances del artículo 28 de la Ley General de Contratación Pública que introdujo la Circular nro. MH-DCoP-CIR-0024-2023 de la dirección de Contratación Pública del ministerio de Hacienda, abona una interpretación apegada a los principios de razonabilidad y proporcionalidad de dicha disposición, sin que se hubiese presentado alguna modificación en este artículo por parte del legislador. De manera que se adopta una interpretación de carácter restrictivo de una norma que ya de por sí limita los derechos fundamentales de las personas agravándose el estatus de estos e incurriéndose en el vicio de ser irrazonable y desproporcionada. Ese proceder agrega limitaciones de participación y restricciones a la libertad de empresa y de comercio sin que exista motivo adecuado y necesario, dado que esas personas no tienen relación directa o indirecta con los procesos de compras públicas, de modo que pueden causar una desigualdad de trato a favor de estas personas. En consecuencia, estima que esta circular debe ser declarada inconstitucional por este Tribunal Constitucional. Indica que los señalados defectos dan lugar a motivos de inconstitucionalidad, por violación de los artículos 33, 50, 105, 121 y 140 inciso 3) de la Constitución Política, y de los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Como antecedentes legales y reglamentarios, señala que el régimen de prohibiciones para vender bienes o servicios al Estado fue regulado por la Ley nro. 7494 "Ley de contratación administrativa" del 2 de mayo de 1995, normativa que se mantuvo vigente desde el 1 de mayo de 1996 hasta el 30 de noviembre de 2022. Esta Ley en el artículo 22, delimitó con claridad lo concerniente a las condiciones de los funcionarios de una institución que tendrían prohibición si se encontraban en una situación en la que directamente pudiera generar algún tipo de conflicto de interés, en perjuicio de la transparencia y la integridad del accionar institucional en el trámite de alguna contratación pública. Con la nueva forma de regular la prohibición el artículo 28, en el caso de las disposiciones que se solicita declarar inconstitucional, el legislador optó por endurecer los mecanismos de restricción a personas para venderle al Estado, sin que se presente en ellas ningún tipo de conflicto de intereses que ponga en riesgo o materialice un evento de los que pretendía proteger el legislador. Esto lo puede corroborar este Tribunal al revisar el expediente legislativo 21.546 de la Asamblea Legislativa, que dio origen a la Ley General de Contratación Pública. En la exposición de motivos del texto original, se indicó por los proponentes su nueva visión extensiva del régimen de prohibición. El legislador pretendía con las causales de prohibición evitar conflictos de interés por parte de los funcionarios de las instituciones públicas al decidir sobre temas de contratación administrativa. Sin embargo, deja el mecanismo equilibrado, razonable y proporcionado como el que existía anteriormente en la Ley de Contratación Administrativa y en su lugar adopta una alternativa más restrictiva de los derechos fundamentales, al hacer extensiva la prohibición a todos los funcionarios, aunque no puedan tener ningún tipo de vinculación con los procesos de compras institucionales. Esa medida ataca un posible conflicto de intereses, pero alejándose del fin previsto,

porque le impone prohibiciones a funcionarios que no pueden tener conflictos. Eso provoca que se incumplan los principios de razonabilidad y proporcionalidad que rigen la elaboración de disposiciones obligatorias que limiten derechos fundamentales como la libertad de comercio y de empresa, lo que amerita la anulación de estas disposiciones por ser inconstitucionales. Mucho más grave resulta aún el vicio de inconstitucionalidad que denota en el inciso b) del artículo 28 de la Ley General de Contratación Pública, si se integra con los incisos g), j) y k) de este. El legislador no consideró que la interpretación y aplicación sistémica y holística de los incisos del artículo 28 mencionado, acrecienta la inconstitucionalidad ya señalada, porque extiende las prohibiciones a allegados y/o empresas donde existen personas con parentesco o relación comercial con funcionarios de las Administraciones que no participan en las compras públicas y por tanto sin ningún conflicto de interés real o potencial que afecte el actuar transparente, imparcial, objetivo e igualitario que pretendió proteger el legislador. Lo que sí provocó esta nueva forma de regular las prohibiciones es que el ordenamiento vigente le impida a más personas físicas o jurídicas venderle al Estado, porque se tiene relación familiar, por afinidad o comercial con personal que trabaja para el sector público, como le está ocurriendo a los afiliados de la Cámara que representa. Esta Sala Constitucional ya se ha pronunciado en otras oportunidades sobre la inconstitucionalidad de normas del ordenamiento que, en procura de proteger un fin legítimo y válido, como lo es la integridad y probidad de las actuaciones de las personas que laboran en el sector público, se alejaron de ese fin porque estas normas se extendieron a personas que de ninguna manera podían adoptar decisiones ni realizar actuaciones que impidieran el cumplimiento de dicho fin, ni tan siquiera lo pudiese poner en riesgo. Refiere la sentencia nro. 03864-1996 de las 14:54 horas del 30 de Julio de 1996, donde esta Sala conoció una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que contenía una limitación para trabajar en el Poder Judicial para aquellas personas que tuvieran vínculos de matrimonio y de parentesco con ciertos funcionarios previamente nombrados en determinados cargos dentro de dicho Poder, que se declaró con lugar, porque la forma que se usaba de interpretar la norma para que se le aplicara esa limitación a trabajadores que no podía tener ninguna injerencia en los procesos de reclutamiento del personal era inconstitucional por ser contraria al fin perseguido y por lo tanto, se apartaba de los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Aduce que lo ahí descrito es aplicable al caso que se pone en conocimiento de este Tribunal. Con la regulación del régimen de prohibiciones de los incisos del artículo 28 de la Ley General de Contratación Pública, el legislador se apartó de la finalidad real que procuraba resguardar. El fin de las prohibiciones ha sido que se tramiten los procesos de contratación pública con la mayor objetividad e imparcialidad para evitar actuaciones de corrupción, en apego a los principios de integridad, probidad y transparencia, lo cual comparte su asociación y sus afiliados. No obstante, la forma seleccionada en ese artículo extendió la prohibición a funcionarios que del todo no intervienen en la toma de decisiones de los procesos de contratación por las funciones que les compete ejercer en sus puestos, hace que las disposiciones se impugnan no cuenten con una finalidad apegada al ordenamiento constitucional costarricense. Estas disposiciones legales son arbitrarias al limitar los derechos fundamentales para ejercer la libertad de comercio y de empresa de venderle al Estado por parte de los afiliados de esta Cámara, sin que medie una finalidad válida para tal restricción, lo que la convierte en desproporcionada e irracional, por oponerse a la protección de las libertades personales que tiene la Constitución Política. El gravísimo vicio de inconstitucionalidad que poseen los incisos del artículo 28 de la Ley General de Contratación Pública es mayor en la Circular MH-DCoP-CIR-0024-2023 de fecha 23 de marzo de 2023, emitida por la dirección de Contratación Pública del Ministerio de Hacienda, por que deroga una circular emitida previamente, en la que sí se hizo por parte de esa dirección una exigencia para que el Sector Público aplicara las prohibiciones de una forma razonable y proporcionada a las personas, porque pedía que se interpretara que las limitaciones legales de venderle al Estado le aplicaba solo a las personas allegadas a funcionarios públicos con participación directa o indirecta en los procesos de contratación institucionales. No obstante, la Circular MH-DCUP-CIR-0024-2023 optó por una interpretación que afecta los derechos fundamentales de los afiliados de la Cámara que representa, porque le extendió la limitación a personas que no pueden afectar de ninguna manera las contrataciones y que tienen vínculos de parentesco o de negocio. La Circular que se derogó, promovía que se efectuara una interpretación acorde con la Constitución Política, en apego a aplicar la prohibición a quienes sí tuvieran un conflicto de intereses, según lo que regula el artículo 25 de la Ley de Contratación Pública, el cual indica lo siguiente: *"ARTÍCULO 25- Participación de los servidores públicos dentro del procedimiento de contratación pública/ Existirá participación directa del servidor público cuando, por el ejercicio de sus funciones, tenga la facultad jurídica de decidir, deliberar opinar, asesorar o participar de cualquier otra forma directamente en el procedimiento de contratación, entendido este desde la definición del objeto contractual hasta su ejecución final/ Este supuesto abarca a quienes deben rendir dictámenes o informes técnicos, preparar o tramitar alguna de las fases del procedimiento de contratación o fiscalizar la fase de ejecución/ La participación directa incluye a las personas físicas contratadas por servicios profesionales que intervengan en el procedimiento de contratación pública. Existirá participación indirecta de los servidores públicos cuando por interpósita persona, física o jurídica, se participe en los procedimientos de contratación."* Este artículo delimita válidamente las condiciones que deben orientar la aplicación del régimen de prohibiciones, al conciliar los intereses públicos que se perseguían, según la exposición de motivos del proyecto de ley que impulsó esta legislación de procurar un enfoque ético y transparente, por lo que limita razonable y proporcionalmente los derechos fundamentales de comercio y libertad de empresa de las personas. Por consiguiente, el contenido de las disposiciones de los incisos b), g) j) y k) del artículo 28 de la Ley General de Contratación Pública, así como lo indicado en el segundo punto de la Circular MH-DCoP-CIR-0024-2023 de fecha 23 de marzo de 2023, emitida por la dirección de Contratación Pública del ministerio de Hacienda, debe ser declarado inconstitucional, por corresponder a regulaciones que hacen extensivas las prohibiciones a personas físicas y jurídicas sin que tengan ningún conflicto de interés que era la finalidad que el legislador procuraba. Esa extensión de la prohibición es arbitraria e inconstitucional porque lesiona los derechos fundamentales de libertad de empresa y comercio de los afiliados a esta Cámara que le venden bienes y servicios al Estado y se solicita que así lo determine esta Sala Constitucional. El mecanismo de prohibición de los incisos impugnados del artículo 28 a todos los funcionarios de una institución, incorpora a un grupo de empleados públicos que no tienen potestad de incidir directa o indirectamente en los procesos de compra de la Administración donde laboren, provocó que el legislador se apartara de una finalidad válida como la de evitar conflictos de intereses en las decisiones sobre compras públicas. Esa situación arbitraria restringe el ejercicio de la libertad de empresa o comercial de los miembros de esta Cámara porque poseen relaciones de parentesco, afinidad, o vínculos lícitos con dicho grupo de funcionarios, que actualmente los dejan fuera de las contrataciones estatales, pese a ser proveedores por mucho tiempo y que

afecta sin duda la forma de aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de las administraciones. Una limitación del ejercicio de la libertad empresarial y de comercio que es válida y lícita, si en verdad se aplica a quienes pueden potenciar que se produzcan conflictos de intereses con o entre los gestores de compras públicas, se extiende inconstitucionalmente a otras personas que no los pueden producir. Las consecuencias de estas normas y de la aplicación exigida en la Circular emitida por la dirección de Contratación Pública del ministerio de Hacienda que se impugna, han sido de mucha gravedad para los miembros de esta Cámara, porque para intentar seguir con su actividad comercial se han visto en la obligación de tener que vender las acciones de las empresas afiliadas a su asociación a personas que no puedan ser cercanas, porque también tendrían prohibición por parentesco o afinidad con los funcionarios que no disponen de los procesos de compras públicas. Esto implica desvincularse de empresas que han construido con mucho esfuerzo, trabajo y en apego a la ley, por una normativa arbitraria e inconstitucional. Otra situación que experimentan los afiliados a la Cámara que representa es que han tenido un alto impacto en la gobernanza de sus empresas o grupos de interés económico, ya que han tenido que sustituir o despedir de puestos de dirección o representación empresarial a empleados y profesionales que contaban con la más alta capacidad y calidad profesional. Esto, porque son parientes o allegados a funcionarios de instituciones públicas que, aunque no participan en los procesos de compras públicas de sus instituciones, le extienden la prohibición a las empresas miembros de esta Cámara. No obstante, lo más grave es que ya sea que se renuncie a las acciones de una empresa o se prescindan de personas para que ocupen los cargos de administración o representación de los miembros de sus afiliados, la Ley General de Contratación Pública y la aplicación Circular de la dirección de Contratación Pública del ministerio de Hacienda que se piden declarar inconstitucional, los obliga a permanecer sin venderle al Estado por al menos seis meses contados desde el momento en que vendieron las acciones, o bien, despidieron o sustituyeron a sus empleados. Por otra parte, los afiliados a la Cámara que representa han sido excluidos de concursos en los que han participado, porque al aplicar estas normas arbitrariamente, se les ha excluido de las contrataciones públicas porque integran un mismo grupo de interés económico, prefiriendo las Administraciones a cargo de las licitaciones, adjudicar a otros oferentes que cotizan precios mayores, afectando la libre competencia. Denota que este Tribunal no puede olvidar que esta forma de actuar para cumplir con normas e interpretaciones arbitrarias, afecta directamente los servicios de salud pública otorgados a las personas que habitan en el país y perjudican la seguridad social. Todos estos impactos en los derechos fundamentales que experimentan los afiliados a esta Cámara que representa, son ocasionados por una extensión del régimen de prohibiciones a personas que, por sus puestos o funciones en las instituciones públicas, nunca pueden originar ningún conflicto de intereses por no decidir, ni incidir directa o indirectamente, en los procesos de compras públicas. A los motivos de inconstitucionalidad anteriores, agrega los siguientes: **1. Violación a los principios generales de la imposición de límites a los derechos fundamentales.** Señala que, sobre este aspecto este Tribunal Constitucional ha determinado que las limitaciones de las libertades de las personas que contengan las normas jurídicas deben respetar una serie de pautas que no se dio en el caso de los artículos de la Ley General de Contratación Pública y el contenido de la Circular MH-DCoP-CIR-0024-2023 de fecha 23 de marzo de 2023, emitida por la dirección de Contratación Pública del ministerio de Hacienda que se solicita anular del ordenamiento. **2. Violación al principio de interpretación restrictiva de las normas que limitan derechos fundamentales.** De acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional en la resolución 3173-1993, en las restricciones que las normas realicen sobre materias relacionadas a los derechos o libertades de las personas, aplica el principio de interpretación restrictiva. La exigencia de este tipo de lectura, interpretación y aplicación restrictiva de estas normas jurídicas ha sido ponderada por esta Sala al resolver temas vinculados con las prohibiciones en contrataciones públicas. En estas situaciones, la línea de jurisprudencia constitucional de este Tribunal se ha decantado por aceptar limitaciones a la libertad de comercio y la libertad de empresa, en el entendido que esas restricciones son por procurar un interés público mayor para lograr que las decisiones en materia de contratación con fondos públicos, se fomente la imparcialidad, evitando acciones de favorecimiento indebido o corrupción. Por ello, la Sala ha considerado constitucionales las normas que le impiden a funcionarios públicos la participación directa o indirectamente en contrataciones con la Administración. Pero para estos efectos, ha realizado una diferenciación entre esos funcionarios. En una primera categoría ubica a quienes ocupan cargos del más alto nivel dentro del Gobierno, los Supremos Poderes u organismos que les podría dar condiciones para influir en decisiones sobre contratación en cualquier institución. En una segunda categoría ubica a los funcionarios públicos con un nivel de influencia en las decisiones que adopte sobre contratación pública que le ocasione estar en una situación de conflicto de interés. Por consiguiente, como se ha explicado, no considera que haya base constitucional para extender estas limitaciones a funcionarios que no tienen nivel de injerencia en contrataciones con las Administraciones Públicas y a sus allegados y las personas jurídicas o grupos de interés económico en que ellas participen. Esta posición que solicita acepte este Tribunal Constitucional para que admita esta acción y declare la normas que se consideran están viciadas de nulidad por ser inconstitucionales, se sustenta en los análisis que esta Sala ha realizado en la materia de contratación pública, en donde se entiende existe un fin público válido de restringir derechos a las personas, pero no puede exceder las pautas generales dadas en sus respectivas resoluciones porque serían arbitrarias, irracionales y desproporcionadas. **3- Violación del principio de razonabilidad y proporcionalidad.** La frase inicial del inciso b) y el inciso g), ambos del artículo 28 de la Ley General de Contratación Pública y el punto dos de la Circular MH-DCoP-CIR-0024-2023 de fecha 23 de marzo de 2023, emitida por la dirección de Contratación Pública del ministerio de Hacienda, son contrarios a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, porque la Asamblea legislativa y el Ministerio de Hacienda no ponderaron que existen diferentes alternativas menos graves para las empresas que se pueden emplear para alcanzar el interés público de procurar la imparcialidad de las decisiones en materia de contratación pública, sin afectar a las personas, físicas o jurídicas que pueden estar relacionadas con funcionarios públicos, pero que carece de cualquier posibilidad directa o indirecta de participar e influir en las decisiones institucionales sobre esa materia, lo cual no pone en riesgo el principio de igualdad con otros potenciales proveedores. De manera que si el fin perseguido de este régimen de prohibición era evitar los conflictos de intereses entre funcionarios públicos y los oferentes de bienes y servicios, se les aplicó a personas que no pueden originar un conflicto de esa naturaleza porque no intervienen en los procesos de contratación pública, provocó que las normas mencionadas se aparten de los parámetros a considerar en la emisión de normas que puedan restringir derechos fundamentales de las personas, delimitados por este Tribunal. **4. Violación a las pautas constitucionales para limitar las libertades de empresa y de comercio.** Considera que se debe ponderar que las normas que se solicitan anular del ordenamiento, no se apegan a las pautas constitucionales dadas

por esta Sala Constitucional para limitar la libertad de empresa y la de comercio. Cita un extracto de la sentencia nro. 1997-2776. Solicita que se declare con lugar la acción y se anulen la normativa impugnada. Esta acción se admite por reunir los requisitos a que se refiere la Ley de la Jurisdicción Constitucional en sus artículos 73 a 79. La legitimación del accionante proviene del interés corporativo que representa el accionante de los agremiados de la Asociación Cámara Costarricense de la salud PROMED. Publíquese por tres veces consecutivas un aviso en el Boletín Judicial sobre la interposición de la acción. **Efectos jurídicos de la interposición de la acción:** La publicación prevista en el numeral 81 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional tiene por objeto poner en conocimiento de los tribunales y los órganos que agotan la vía administrativa, que la demanda de inconstitucionalidad ha sido establecida, a los efectos de que en los procesos o procedimientos en que se discuta la aplicación de la ley, decreto, disposición, acuerdo o resolución, tampoco se dicte resolución final mientras la Sala no haya hecho pronunciamiento del caso. De este precepto legal se extraen varias reglas. La **primera**, y quizás la más importante, es que la interposición de una acción de inconstitucionalidad no suspende la eficacia y aplicabilidad en general de las normas. La **segunda**, es que solo se suspenden los actos de aplicación de las normas impugnadas por las autoridades judiciales en los procesos incoados ante ellas, o por las administrativas, en los procedimientos tendientes a agotar la vía administrativa, pero no su vigencia y aplicación en general. La **tercera** regla, es que la Sala puede graduar los alcances del efecto suspensivo de la acción. La **cuarta** es que –en principio–, en los casos de acción directa, **como ocurre en esta acción**, que se acude en defensa de los intereses corporativos, no opera el efecto suspensivo de la interposición (véase voto nro. 537-91 del Tribunal Constitucional). La **quinta** regla es que cuando lo alegado es una omisión inconstitucional, no procede ordenar suspensión alguna, dicho en otras palabras, impedir que se realice la conducta omisa, ni la realización de esta última, toda vez que esto, en el último supuesto, implicaría resolver interlocutoriamente la acción de inconstitucionalidad. Es decir, la suspensión de la aplicación de las normas impugnadas, en sede administrativa, solo opera en aquellos casos donde existe un proceso de agotamiento de vía administrativa, lo cual supone la interposición de un recurso de alzada o de reposición contra el acto final por parte de un administrado. Donde no existe contención en relación con la aplicación de la norma, no procede la suspensión de su eficacia y aplicabilidad. En otras palabras, en todos aquellos asuntos donde no existe un procedimiento de agotamiento de vía administrativa, en los términos arriba indicados, la norma debe continuarse aplicando, independientemente de si beneficia -acto administrativo favorable- o perjudica al justiciable -acto desfavorable no impugnado-. Dentro de los quince días posteriores a la primera publicación del citado aviso, podrán apersonarse quienes figuren como partes en asuntos pendientes a la fecha de interposición de esta acción, en los que se discuta la aplicación de lo impugnado o aquellos con interés legítimo, a fin de coadyuvar en cuanto a su procedencia o improcedencia, o para ampliar, en su caso, los motivos de inconstitucionalidad en relación con el asunto que les interese. Se hace saber además, que de conformidad con los artículos 81 y 82 de la Ley de Jurisdicción Constitucional y conforme lo ha resuelto en forma reiterada la Sala (resoluciones 0536-91, 0537-91, 0554-91 y 0881-91) esta publicación no suspende la vigencia de la norma en general, sino únicamente su aplicación en los casos y condiciones señaladas. La contestación a la audiencia conferida en esta resolución deberá ser presentada **una única vez**, utilizando solo uno de los siguientes medios: documentación física presentada directamente en la Secretaría de la Sala; el sistema de fax; documentación electrónica por medio del Sistema de **GESTIÓN EN LÍNEA**; o bien, a la dirección de correo electrónico **Informes-SC@poder-judicial.go.cr**, la cual es correo exclusivo dedicado a la recepción de informes. En cualquiera de los casos, la contestación y demás documentos deberán indicar de manera expresa el número de expediente al cual van dirigidos. La contestación que se rindan por medios electrónicos, deberá consignar la firma de la persona responsable que lo suscribe, ya sea digitalizando el documento físico que contenga su firma, o por medio de la firma digital, según las disposiciones establecidas en la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos, Nº 8454, a efectos de acreditar la autenticidad de la gestión. Se advierte que los documentos generados electrónicamente o digitalizados que se presenten por el Sistema de Gestión en Línea o por el correo electrónico señalado, no deberán superar los 3 Megabytes. Notifíquese.

Clasificación elaborada por SALA CONSTITUCIONAL del Poder Judicial. Prohibida su reproducción y/o distribución en forma onerosa.

Es copia fiel del original - Tomado del Nexus PJ el: 25-02-2025 20:38:44.