

Lunes 08 de marzo de 2010, n. 46

SALA CONSTITUCIONAL

Res. N° 2009-14027.—San José, a las catorce horas cuarenta y cinco minutos del primero de setiembre de dos mil nueve. Exp. N° 08-007911-0007-CO

Acción de inconstitucionalidad promovida por Asesorías ASEPRO de Centroamérica S. A., representada por Mauricio García Hernández mayor, casado una vez, portador de la cédula de identidad número 1-678-820 vecino de San José, en contra del artículo 100, inciso a) de la Ley de Contratación Administrativa, Ley número 7494 del dos de mayo de mil novecientos noventa y cinco y el artículo 215 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, Decreto número 33411-H del veintisiete de setiembre de dos mil seis. Interviene en representación de la Procuraduría General de la República Ana Lorena Brenes Esquivel, cédula de identidad número 4-127-782, y Rocío Aguilar Montoya, cédula 1-556-040, en representación de la Contraloría General de la República.

Resultando:

1º—Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala el veintiséis de mayo de dos mil ocho, el accionante solicita que se declare la inconstitucionalidad del artículo 100, inciso a) de la Ley de Contratación Administrativa, Ley número 7494 del dos de mayo de mil novecientos noventa y cinco y el artículo 215 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, Decreto número 33411-H del veintisiete de setiembre de dos mil seis. Alega la empresa accionante que por una parte la norma legal cuestionada establece una sanción de inhabilitación consistente en un impedimento para los particulares sancionados, de participar en los procedimientos de contrataciones administrativas por un plazo que va de dos a diez años si incurren en alguna de las causales establecidas en el citado artículo 100 de la Ley. Agrega que dentro de esas causales se encuentra la del inciso a) que autoriza a sancionar con la inhabilitación dicha desde dos a diez años a los contratistas que habiendo sido sancionados con un apercibimiento, reincidan, dentro de los tres años siguientes, en una conducta que de lugar a un nuevo apercibimiento. Finalmente señala que además de lo anterior, el artículo 215 reglamentario discutido establece que dicha sanción de inhabilitación lo será para contratar con cualquier entidad estatal, regla que no está contenida en el texto legal. Por ello, agrega, tales normas son inconstitucionales por infracción de los artículos 46 y 182 de la Constitución Política y los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad. En cuanto al primer artículo señalado apunta que semejante prohibición cercena de forma absoluta la posibilidad de competencia entre particulares y por ello fomenta el monopolio, todo ello al reducir la cantidad de oferentes de bienes y servicios al Estado. Aduce que el Estado incumple con sus objetivos antimonopolísticos con la existencia de las normas discutidas, y afirma que el Estado no puede buscar fines ejemplificantes a costa del sacrificio de empresas y por ende afectando seriamente a personas trabajadoras y honradas. Se violentan igualmente los principios de razonabilidad y proporcionalidad porque no se toma en cuenta que los apercibimientos son faltas menores que pueden incluso deberse a errores

humanos de algún empleado de la empresa, y sin embargo se sancionan igual que alguien que ha cometido serios fraudes en perjuicio del Estado. De tal modo la naturaleza y consecuencias de la sanción no guardan relación en la mayoría de los casos ni con la falta ni con el daño que se le pudo haber causado a la administración. También se lesiona el artículo 182 constitucional pues en este ha sido recogido el principio de libre competencia que se afecta al dejar por fuera por un plazo tan largo a las empresas, propiciando una afectación de los intereses superiores que ampara la contratación administrativa. Por todo lo expuesto solicita que se declare con lugar la acción.

2º—Por resolución de las catorce horas veinticinco minutos del cuatro de junio de dos mil ocho (visible a folio 15 del expediente), se le dio curso a la acción, confiriéndole audiencia a la Procuraduría y a la Contraloría Generales de la República.

3º—Rocío Aguilar Montoya mayor, casada, Licenciada en Derecho y Administración de Negocios, vecina de San José, y con cédula de identidad número 1-556-040 en su condición de Contralora General de la República se presentó a contestar la audiencia conferida y señaló que aún cuando no se invoca o reclama un exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, lo cierto es que en lo que respecta al artículo 215 reglamentario sí existe una lesión constitucional por cuanto en el texto reglamentario no se limita a ser un desarrollo de la ley sino que amplía los alcances de ella, pues la ley no establece alcances de la inhabilitación mientras que el Reglamento define que ella será frente a los procesos de contratación de toda la administración. Ello es claramente una decisión autónoma tomada por la Administración en el Reglamento que en tal carácter no tiene referente en la ley con lo que se contravienen las disposiciones constitucionales al respecto. A ello agrega la Contraloría que si bien podría señalarse que la definición del ámbito no se definió en la ley, podía hacerlo el Reglamento para alcanzar a toda la Administración sin contravenir texto legal ni sus principios, sin embargo es importante tener en cuenta que se trata de materia sancionatoria por lo que el principio de reserva legal es absoluto y así, el alcance de la sanción debería haber quedado claramente definido en la ley y no resulta admisible aún y cuando la ley lo autorizara, que sea en el Reglamento donde se decida cual será el ámbito de aplicación entendiéndolo además extensivamente respecto de la ley. En cuanto al reclamo por infracción a la libertad de comercio, señala la Contraloría que la inhabilitación como sanción es parte de las potestades estatales y que justamente busca impactar negativamente en la esfera de derechos e intereses. La justificación de la existencia de sanciones está en que el Estado es el encargado de velar por una serie de intereses vitales para la comunidad y para ello cuenta con herramientas de distinto tipo incluidas las sanciones que, desde esa perspectiva no son inconstitucionales por sí mismas. Así pues es consustancial de la inhabilitación una afectación de la libertad de comercio la cual sin embargo es el resultado de una acción u omisión del propio particular, de manera que se trataría de una limitación admisible y justificada, así como permitida por la Constitución. Se agrega que no queda claro cómo se pueden producir prácticas monopolísticas con la exclusión por inhabilitación, pues las restantes empresas y la misma empresa sancionada luego de cumplir la sanción, tendrán posibilidad de seguir participando en la contratación administrativa. Finalmente, en este aspecto afirma la accionante que se presenta un problema con los casos de proveedor único, sin embargo, señala la Contraloría que en tales situaciones existe la suficiente flexibilidad para resolver los casos concretos poniendo en la balanza los distintos derechos involucrados. En otro aspecto y en relación con la limitación a la competencia, la Contraloría rechaza esa afirmación pues debe tenerse en cuenta a aquella empresa que ha sido encontrada responsable de actos que produzcan inhabilitación es claro que no se encuentra en la misma condición de las demás de modo que puede ser tratada diferente sin afectar el principio de competencia que opera para que todos los de una misma categoría puedan participar. El accionante predica una concepción absoluta de libre competencia que es ajena al sistema de contratación que exige una especie de idoneidad legal y no sólo comercial o técnica. En otro punto, y sobre la violación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, se apunta que es importante recalcar que la inhabilitación es una sanción para quienes cometan una grave y seria afectación del interés público y la efectiva tutela de los principios que informan la prestación de servicios públicos y desde

este punto de vista parece constitucionalmente apropiado que el legislador haya establecido un rango de sanciones, de dos a diez años, justamente para atender la diferente gravedad no sólo de la conducta descrita sino de sus particularidades en el caso concreto. No es la misma sanción aplicada a casos de diferente gravedad, pues ello va a depender del elenco probatorio. La misma consideración resulta válida respecto a la proporcionalidad pues debe tomarse en cuenta el daño causado al usuario que sufre sin tener que hacerlo los efectos de la conducta sancionada. Finalmente, se debe observar que la sanción establecida y contra la que se dirige la accionante involucra la necesidad de una reincidencia es decir se ha incurrido previamente en una conducta de las establecidas en el artículo 99 de la Ley. Esto encierra especial relevancia porque no es un simple caso de error humano el que puede dar lugar a la sanción sino una doble conducta lesiva y de hecho el artículo 217 del Reglamento obliga a las administraciones a tomar en cuenta todos los elementos de juicio y criterios inculpatorios y exculpatorios para tomar la decisión de sancionar o no. Por todo ello solicita que se declare con lugar la acción pero únicamente respecto del artículo 215 del Reglamento.

4º—La Licenciada Ana Lorena Brenes Esquivel mayor, casada, vecina de Curridabat, cédula de identidad número 4-127-782, en su calidad de Procuradora General de la República contesta la audiencia conferida por la Sala y expresa que es incuestionable la existencia de una serie de poderes-deberes atribuidos a la Administración en relación con la vigilancia de la corrección de las conductas de quienes participan en la contratación administrativa. Dentro de ellas tiene una gran importancia la llamada potestad sancionadora sobre la cual se fundan las disposiciones cuestionadas. En cuanto al primer reclamo del accionante relacionado con la libertad de concurrencia, recuerda la Procuraduría que la libertad de comercio de la cual forma parte la libre concurrencia no es irrestricta y más bien está sometida al régimen legal que asegure una serie de fines importantes para la administración. Desde esa perspectiva, sancionar a una persona con la imposibilidad de participar en contrataciones administrativas con el Estado no puede entenderse como la constitución de un monopolio privado. Es cierto que hay sectores donde los oferentes son reducidos, pero ello no debe impedir la aplicación de sanciones a los particulares que incurren en daño a la administración con sus actos. En relación con la libre competencia que se alega también lesionada afirma la Procuraduría que pareciera partirse de una base equivocada porque se da a entender que el acceso a la contratación administrativa debe darse indiscriminadamente para todos y cualquiera, sin condiciones ni requisitos, lo cual es una noción equivocada. Los mismos principios de eficacia y eficiencia obligan a la Administración a seleccionar a los oferentes que demuestren seriedad y responsabilidad para no arriesgar el futuro de la contratación. En otro aspecto, señala la Procuraduría que el accionante reclama el hecho de que el Reglamento generalice la sanción de inhabilitación a todo el sector público, situación que para la representación del Estado resulta incorrecta pero no en el sentido de que sea constitucionalmente incorrecto que la sanción impuesta en una institución sea aplicable a todo el sector público, sino que la lesión constitucional se origina en el hecho de que el Reglamento en este punto concreto va más allá de la ley, pues de ésta última no se extrae que dicha inhabilitación sea extendida a todo el sector público. En cuanto a la infracción de la proporcionalidad y razonabilidad afirma la Procuraduría que estos principios operan en el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado. Al estudiar la norma cuestionada se aprecia que ella contiene hechos de diverso tipo y gravedad, sin embargo existe una clara diferencia entre lo establecido en el párrafo a) y los demás párrafos a partir del b) pues en éstos últimos se describe la conducta y se sanciona mientras que el a) solo sanciona la reincidencia y desde tal perspectiva es posible sancionar con tres años de inhabilitación por conductas que por sí mismas no son de gravedad tal que hagan justificada tal sanción. A este respecto el criterio de la Procuraduría es que si el legislador consideró que una conducta de las establecidas en el artículo 99 amerita sancionarse con siempre apercibimiento parece irrazonable y desproporcionado que su reincidencia se sancione por inhabilitación que puede ir desde dos hasta diez años. Por su parte, en este último punto, señala la Procuraduría que la falta de criterios para determinar el plazo de la inhabilitación, no es por sí mismo inconstitucional si -tal como es claro y entendido- la correlación entre la sanción y la sanción

es un principio básico que debe respetarse aún y cuando no esté establecido expresamente. También concuerda la Procuraduría con el accionante respecto de la irrazonabilidad de la sanción de inhabilitación porque se aplica a faltas de muy diversa naturaleza. Es de principio que la sanción que se imponga por una conducta debe ser necesaria y adecuada a la conducta de que se trate, sin embargo las conductas que se sancionan todas con la misma pena, envuelven efectos y lesiones de muy variada naturaleza en la esfera jurídica de la Administración. Por ejemplo el incumplimiento tardío y defectuoso no puede compararse con la falsedad en los datos aportados. Para la Procuraduría la sanción de inhabilitación, al restringir la esfera de libertad del oferente debería interponerse como última ratio.

5º—Eric Cascante Picado, mayor , casado, administrador de Empresas, vecino de San Pablo de Heredia, con cédula de identidad número 1-568-378 en su condición de gerente general de la empresa Promoción Médica, Sociedad Anónima, se apersona para solicitar que se le tenga como coadyuvante dentro de esta acción de inconstitucionalidad. Refiere que su representada se dedica al comercio y participa en contrataciones administrativas y ha sido apercebida por parte de la Administración Pública de modo que está en situación de caer en el supuesto de la norma cuestionada de manera que tiene interés legítimo en discutir su validez constitucional. En cuanto al fondo, señala que efectivamente el artículo reglamentario excede lo dispuesto por la ley por cuanto la extensión de la inhabilitación a todo el sector no está contemplada en la ley. Agrega que la mayor de las desproporciones se da en la situación en que se constata un retraso porque esa conducta repetida dentro de tres años puede dar lugar a una inhabilitación de dos años como mínimo con lo cual se ha llegado a producir un desequilibrio en las contrataciones por la cantidad de inhabilitaciones que se dan por reincidencia en atrasos en entregas, con lo cual se menoscaban los principios de justicia, equidad y hasta razonabilidad. A esto hay que agregar que los operadores solamente aplican la discrecionalidad en el análisis de la pena aplicar y no en relación con la comisión de la falta con lo cual se infringen normas de rango superior, e incluso sin tomar en cuenta que existen además sanciones pecuniarias de multa y la ejecución de la garantía de cumplimiento. Por ello solicita que se declare con lugar la acción planteada.

6º—Los edictos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 81 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional fueron publicados en los números 117, 118 y 119 del Boletín Judicial, de los días dieciocho, diecinueve y veinte de junio de dos mil ocho.

7º—Se prescinde de la vista señalada en los artículos 10 y 85 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, con base en la potestad que otorga a la Sala el numeral 9 ibídem, al estimar suficientemente fundada esta resolución en principios y normas evidentes, así como en la jurisprudencia de este Tribunal.

8º—En los procedimientos se han cumplido las prescripciones de ley.

Redacta el Magistrado Mora Mora; y,

Considerando:

I.—Sobre la gestión de coadyuvancia presentada. Dentro de este proceso se ha presentado gestión coadyuvancia por parte de Eric Cascante Picado, mayor, casado, administrador de Empresas, vecino de San Pablo de Heredia, con cédula de identidad número 1-568-378 en su condición de gerente general de la empresa Promoción Médica, Sociedad Anónima. Sobre dicha gestión se omitió resolver en la oportunidad procesal correspondiente de manera que debe corregirse dicha falta y emitir criterio sobre tal petición. En el caso concreto, se constata que el plazo de quince días establecido en el artículo 83 de la Ley de Jurisdicción Constitucional para la admisión de estas intervenciones inició el dieciocho de junio de dos mil ocho, (folio 20) mientras que esta gestión se plantea hasta el

dieciséis de julio de dos mil ocho, es decir varios días después de agotado el plazo legalmente fijado. De conformidad con lo anterior lo procedente es rechazar por extemporánea la gestión de coadyuvancia planteada por la empresa Promoción Médica Sociedad Anónima.

II.—Sobre la admisibilidad de la acción.- Esta acción de inconstitucionalidad se plantea con fundamento en el párrafo primero del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en tanto que se afirma la existencia en este mismo despacho del recurso de amparo número 08-006233-0007-CO interpuesto por la empresa accionante en contra de la Corte Suprema de Justicia. De tal modo, al cumplirse con éste y los demás requisitos formalmente establecidos lo procedente es entrar a conocer el fondo del asunto.

III.—Objeto de la impugnación. La empresa accionante reclama la inconstitucionalidad de dos normas jurídicas: la primera es el 100, inciso a) de la Ley de Contratación Administrativa, Ley número 7494 del dos de mayo de mil novecientos noventa y cinco, cuyo texto completo es el siguiente:

“Artículo 100.—Sanción de inhabilitación

La Administración o la Contraloría General de la República inhabilitarán para participar en procedimientos de contratación administrativa, por un período de dos a diez años, según la gravedad de la falta, a la persona física o jurídica que incurra en las conductas descritas a continuación:

- a) Después del apercibimiento previsto en el artículo anterior, incurra en una conducta similar, dentro de los tres años siguientes a la sanción.
- b) Obtenga ilegalmente información confidencial que la coloque en una situación de ventaja, a ella, a la empresa de su propiedad o a la empresa para la cual labora, respecto de otros competidores potenciales.
- c) Suministre, directamente o por intermedio de otra persona, dádivas a los funcionarios involucrados en un procedimiento de contratación administrativa. En este caso, la inhabilitación será por el máximo del período establecido.
- d) Suministre un objeto, servicio u obra de inferior condición o calidad del ofrecido.
- e) Contrate o subcontrate obras, maquinaria, equipo, instalaciones o materiales, para ejecutar obras públicas adjudicadas mediante licitación, con empresas o grupos de empresas relacionadas, diferentes de las que señala el listado de subcontratación presentado con la oferta según el artículo 58 de esta ley.
- f) Participe, directa o indirectamente, en un procedimiento de contratación, pese a estar cubierta por el régimen de prohibiciones del artículo 22 de esta ley.
- g) Sin motivo comprobado de caso fortuito o fuerza mayor, no inicie las labores propias de la obra de que se trate, dentro del mes siguiente al refrendo del contrato respectivo por parte de la Contraloría General de la República, sin perjuicio de la ejecución de la garantía correspondiente o de otro tipo de responsabilidades legales que quepan.
- h) Deje sin efecto su propuesta sin mediar una causa justa, en los casos en que no se haya requerido garantía de participación.”

No obstante, durante el trámite de esta acción de inconstitucionalidad el texto del artículo citado fue reformado mediante ley legislativa plasmada en la Ley Número 8701 del trece de enero de dos mil nueve.- Con base en esta última disposición legislativa se varió el texto del cuestionado inciso a) del artículo 100 cuya nueva redacción, en la parte que interesa, es la siguiente:

“Artículo 100.—Sanción de inhabilitación.-

La Administración o la Contraloría General de la República inhabilitarán para participar en procedimientos de contratación administrativa, por un período de dos a diez años, según la gravedad de la falta, a la persona física o jurídica que incurra en las conductas descritas a continuación:

a) Después del apercibimiento previsto en el artículo anterior, reincida en la misma conducta, con idéntico bien o producto, dentro de los tres años siguientes a la sanción. En todos los casos, la inhabilitación se dictará exclusivamente para participar ofreciendo el mismo producto o bien objeto del contrato por el cual fue sancionado previamente. En caso de contratos de obra o servicios, la inhabilitación se aplicará al contratista en general.

(...)”

Este nuevo texto rige a partir del treinta de abril de dos mil nueve, sin embargo ello no releva a esta Sala de analizar el planteamiento del recurrente porque las situaciones jurídicas han sido resueltas por parte de la administración con aplicación del texto anterior, siendo su dispositivo lo que justamente se discute, de manera que ante la imposibilidad de descartar el despliegue de efectos jurídicos por parte de la norma ahora derogada, resulta correcto que la Sala conozca y resuelva la acción planteada contra el texto anterior del inciso a) del artículo 100 de la Ley de Contratación Administrativa que estaba vigente al momento de presentarse la acción.-

Por otra parte, la segunda de las normas cuestionadas es el artículo 215 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, Decreto número 33411-H del veintisiete de setiembre de dos mil seis que señala textualmente:

“Artículo 215.—Sanciones a particulares.

La sanción a particulares puede ser apercibimiento o inhabilitación. El apercibimiento consiste en una formal amonestación escrita dirigida al particular, a efecto de que corrija su conducta, cuando fuere posible, sin perjuicio de la ejecución de garantías o aplicación de cláusula penal o multas, cuando así procediere y constituye un antecedente para la aplicación de la sanción de inhabilitación por la causal del artículo 100, inciso a) de la Ley de Contratación Administrativa.

La sanción de inhabilitación consiste en el impedimento para participar en todo procedimiento de contratación administrativa por un período de dos a diez años y aplicará para todo el Sector Público.

Para la aplicación del resto de causales de inhabilitación establecidas en el artículo 100 de ese cuerpo legal no se requiere de un apercibimiento previo.

La inhabilitación deberá ser publicada en el Diario Oficial *La Gaceta*, para que cada Administración actualice su Registro de Proveedores.

A fin de mantener un registro de fácil acceso de las inhabilitaciones a particulares, impuestas por la Administración y la Contraloría General de la República, se deberá registrar y mantener actualizada la información en el Sistema de Compras Gubernamentales CompraRED; para lo cual deberán cumplir con los procedimientos establecidos por la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa.”

Finalmente, -y aún cuando no ha sido impugnado- resulta importante incluir en este apartado, para tenerlo presente, el texto del artículo 99 de la Ley de Contratación Administrativa, ello por su estrecha relación con el argumento central del accionante respecto de las inconstitucionalidades alegadas. Dicho artículo señala:

“Artículo 99.—Sanción de apercibimiento.

Se hará acreedora a la sanción de apercibimiento, por parte de la Administración o la Contraloría General de la República, la persona física o jurídica que, durante el curso de los procedimientos para contratar, incurra en las siguientes conductas:

- a) El contratista que, sin motivo suficiente, incumpla o cumpla defectuosa o tardíamente con el objeto del contrato; sin perjuicio de la ejecución de las garantías de participación o cumplimiento.
- b) Quien afecte, reiteradamente, el normal desarrollo de los procedimientos de contratación.
- c) Quien, sin mediar justa causa, deje sin efecto su propuesta en los casos en que no se haya requerido garantía de participación.
- d) Quien invoque o introduzca hechos falsos en los procedimientos para contratar o en los recursos contra el acto de adjudicación.”

IV.—Sobre el fondo. Infracción al principio de reserva legal por el artículo 215 del Reglamento cuestionado. Este Tribunal Constitucional ha sido claro y contundente respecto de la plena vigencia en nuestro ordenamiento del principio de reserva legal. En este caso debe tomarse en cuenta su inclusión dentro del texto del artículo 28 Constitucional, y además su posición como un principio material que forma parte del régimen democrático y que como tal tiene un rango intrínsecamente fundamental. Con claridad ha expresado la Sala estas ideas en infinidad de ocasiones como por ejemplo en la sentencia número 3550-1992 en la que consideró sobre este tema:

“XIV.—Por otra parte, tanto el principio como el sistema de la libertad imponen una serie de consecuencias formales y materiales directamente aplicables al caso en estudio, vinculadas todas ellas al “principio general de legalidad”, que es su contrapartida necesaria, consagrado y recogido especialmente en los artículos 11 de la Constitución y de la Ley General de la Administración Pública, así:

“Artículo 11 (Constitución Política)

“Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal de sus actos es pública”;

“Artículo 11 (Ley Gral. de la Admón. Pública)

“1. La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes.

“2. Se considerará autorizado el acto reglado expresamente por norma escrita, al menos en cuanto a motivo o contenido, aunque sea en forma imprecisa”;

principio de legalidad condicionado, a su vez, en relación con el régimen de las libertades y derechos fundamentales, por el de “reserva de ley”, derivado de aquél, según el cual, conforme a la misma Ley General:

“Artículo 19

“1. El régimen jurídico de los derechos constitucionales estará reservado a la ley, sin perjuicio de los reglamentos ejecutivos correspondientes.

“2. Quedan prohibidos los reglamentos autónomos en esta materia”.

XV.—Lo anterior da lugar a cuatro corolarios de la mayor importancia para la correcta consideración de la presente acción de inconstitucionalidad, a saber:

- a) En primer lugar, el principio mismo de “reserva de ley”, del cual resulta que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales —todo, por supuesto, en la medida en que la naturaleza y régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables—;
- b) En segundo, que sólo los reglamentos ejecutivos de esas leyes pueden desarrollar los preceptos de éstas, entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas ni crear las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente su “contenido esencial”;
y
- c) En tercero, que ni aun en los reglamentos ejecutivos, mucho menos en los autónomos u otras normas o actos de rango inferior, podría válidamente la ley delegar la determinación de regulaciones o restricciones que sólo ella está habilitada a imponer; de donde resulta una nueva consecuencia esencial:
- d) Finalmente, que toda actividad administrativa en esta materia es necesariamente reglada, sin poder otorgarse a la Administración potestades discrecionales, porque éstas implicarían obviamente un abandono de la propia reserva de ley.”

Si empleamos los criterios anteriormente transcritos para examinar la disposición reglamentaria impugnada, encontramos que el artículo 215 Reglamentario establece en párrafo segundo de manera explícita una extensión del alcance de la sanción de inhabilitación impuesta que sobrepasa lo establecido en la norma legal de la cual supuestamente es desarrollo, siendo incuestionable dicho sentido extensivo al expresarse en la norma reglamentaria que la sanción de inhabilitación “...aplicará para todo el Sector Público.”, con lo cual se excede claramente el articulado de rango legal que no contiene ninguna disposición sobre si dicho alcance es para la administración activa que sanciona o bien para toda la Administración como lo dispone el artículo 215 Reglamentario.- Ahora bien, sin duda alguna nuestro sistema constitucional exige que las limitaciones al ejercicio de derechos fundamentales -como lo es la plasmada en el impedimento de participar como oferente en las contrataciones administrativas que realiza la Administración- deben cumplir, para ser constitucionalmente válidas, con el principio de reserva de ley formal y en particular con los requisitos de los artículos 9 y 28 de la Constitución Política, es decir estar recogida en una ley formal emitida por la Asamblea Legislativa. Como bien se explicó, tal condición es inexistente en este caso en donde más bien la limitación a los derechos fundamentales de la empresa accionante de contratar con el resto del sector público, pretende fundarse jurídicamente exclusivamente en una disposición reglamentaria, situación que nos ubica de lleno en las hipótesis expresamente desautorizadas por la sentencia 3550-1992 arriba citada. Todo lo dicho resulta suficiente para declarar la anulación la frase “y aplicará a todo el sector público” contenida en el párrafo segundo del artículo 215 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, Decreto número 33411-H del veintisiete de setiembre de dos mil seis, por infracción del principio de reserva de ley, establecido tanto en la jurisprudencia constitucional, como en los artículos 11 y 28 de la Constitución Política.

V.—Reclamo por infracción a la libertad de comercio y libre competencia.- Se señala por parte de la empresa accionante que la norma legal impugnada infringe los derechos relacionados con la libertad de comercio y libre competencia, en tanto que la simple existencia y aplicación de la norma sancionatoria discutida produce una afectación inconstitucional de aquellos derechos

fundamentales.- Sobre este punto debe iniciarse recordando que ya este Tribunal ha señalado reiteradamente que los derechos fundamentales, y en este caso los relacionados con actividad económica de los administrados, no tienen un carácter ilimitado, sino que -por el contrario- son susceptibles de ser regulados en su ejercicio. En este mismo sentido, también es reconocido que tales limitaciones no pueden ser arbitrariamente establecidas ni aplicadas por los órganos estatales competentes, sino que deben sustentarse en títulos habilitantes de carácter jurídico y rango suficiente, como los son -a modo de ejemplo- los conceptos de orden público, la moral y los derechos de terceros contenidos expresamente en el artículo 28 de la Constitución Política y que engloban sin duda todos aquellos mandatos contenidos en las normas y principios recogidos en el texto constitucional.- De lo dicho, se concluye que el legislador puede fijar condiciones y limitaciones al ejercicio de derechos fundamentales siempre que se demuestre que atienden al cumplimiento otros objetivos constitucionalmente relevantes, pero además se requiere que tales medidas resulten razonables y proporcionadas tomando en cuenta la afectación impuesta al ejercicio de derechos fundamentales, frente al logro de otro u otros objetivos constitucionales. Sobre este tema, la Sala a través de su jurisprudencia ha explicitado su criterio y ha señalado por ejemplo en la sentencia número 2008-18575 de las catorce horas cincuenta y cinco minutos diecisiete de diciembre de dos mil ocho:

“VI (...) Sobre tales nociones de razonabilidad y proporcionalidad existe una amplia jurisprudencia de este Tribunal, quien ha avanzado en su caracterización a fin de precisar los supuestos en que ella resulta aplicable. Así por ejemplo en la sentencia número 1995-3929 se expuso:

“Debe señalarse que, en principio, no basta que las medidas que impliquen una turbación en la libertad del individuo hayan sido establecidas por ley formal para que esas medidas se justifiquen constitucionalmente. En efecto, no todo lo legal es constitucionalmente válido. De modo que, para determinar su justificación o validez constitucional, resulta imperioso ponderar si las circunstancias sociales que motivaron al legislador a sancionar una determinada ley guardan proporción con los fines perseguidos con ésta y el medio escogido para alcanzarlos. Así, la Constitución provee al legislador de ciertos contenidos normativos enunciados por ella misma, contenidos que le permiten a éste crear el resto de la norma legal para cada caso sobre una base técnica que debe ser racional. Es decir con sustento en una base científica. A raíz de esta base científica es que debe elegir el contenido de la ley -medios- para lograr ciertos fines estimados socialmente como necesarios. Esa razonabilidad jurídica aparece cuando se bastatea el presupuesto fáctico de la norma con las consecuencias, prestaciones, deberes o facultades que ésta impone a sus destinatarios. En esta materia, la garantía del debido proceso se traduce fuera de su denotación puramente procesal en una exigencia de razonabilidad de las actuaciones estatales -leyes, actos administrativos, y sentencias- y al ser la ley una de ellas, cada vez que el legislador dicta un acto de este tipo conforme a la Constitución debe efectuar una valoración de razonabilidad -conforme al patrón general que son los principios y normas constitucionales- para determinar la proporción aludida. En síntesis, la garantía del debido proceso con relación a la ley, es la exigencia constitucional de que las leyes deben ser razonables, es decir, que deben contener una equivalencia entre el supuesto de la norma y las consecuencias que ellas establecen para dicho supuesto, tomando en cuenta las circunstancias sociales que la motivaron, los fines perseguidos por ella y el medio escogido por el legislador para alcanzarlos...”

Estos conceptos se reiteran y amplían en las sentencias 1998-4812 y 2001-11543 en donde se expone respectivamente:

“Como también ha dicho la Sala, aparte de requisitos formales -de producción-, una norma debe cumplir con otros, de fondo, que junto a aquellos, nos permitan establecer su validez y en cuanto a estos últimos, el de razonabilidad resulta trascendental, entendida la razonabilidad como una apropiada adecuación entre los medios dispuestos por la norma para alcanzar los

finés, con particular análisis de la adecuación de los medios dispuestos por la norma y la ideología de la Constitución y los derechos y libertades contemplados por ella. Si los medios son contrarios a esos derechos o libertades, en sí o por sus efectos, estaremos frente a una ausencia de razonabilidad, y en el caso de las normas impugnadas, la Sala encuentra que se da esa ausencia.”(Sentencia 1998-4812)

“...Es decir, que una norma o acto público o privado sólo es válido cuando, además de su conformidad formal con la Constitución, esté razonablemente fundado y justificado conforme a la ideología constitucional. De esta manera se procura, no sólo que la ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino además que los medios seleccionados tengan una relación real y sustancial con su objeto. Se distingue entonces entre razonabilidad técnica, que es, como se dijo, la proporcionalidad entre medios y fines; razonabilidad jurídica, o la adecuación a la Constitución, en general, y en especial, a los derechos y libertades reconocidos o supuestos por ella; y finalmente, razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales, en el sentido de no imponer a esos derechos otras limitaciones o cargas que las razonablemente derivadas de la naturaleza y régimen de los derechos mismos, ni mayores que las indispensables para que funcionen razonablemente en la vida de la sociedad...(P)ara determinar si la norma efectivamente transgredió el debido proceso sustantivo (razonabilidad) y si por ello resulta inconstitucional, lo que procede es analizar si la disposición se subordina a la Constitución Política, adecua sus preceptos a los objetivos que pretende alcanzar, y da soluciones equitativas con un mínimo de Justicia..”. (Sentencia 2001-11543)

Las anteriores citas recogen entonces una bien asentada línea jurisprudencial, que afirma la necesidad de asegurarse que las leyes no se constituyan en un ejercicio arbitrario del poder público, sino que tanto sus motivos, así como las necesidades que buscan cumplir sean ambas verdaderas y constitucionalmente valiosas. De igual manera, también se ha dejado bien asentado que en este tema específico -es decir la forma en que debe responderse a las necesidades y exigencias de la vida en sociedad- no existe una “mejor solución” o “la solución correcta” de la que pueda predicarse que es absolutamente “mejor” o “superior” a todas las demás posibles. Al contrario la premisa fundamental de la que parte este Tribunal para el ejercicio de este tipo de control constitucional es que resulta normal la existencia de distintas opciones que -en un momento determinado- pueden resultar admisibles en tanto que su relación entre los medios empleados y el fin perseguido aparece como proporcionada, razonable y no excesiva.-. De igual forma, debe ser tomado en cuenta el hecho fundamental de una connatural falta de contundencia en cualquier ejercicio de contraste y equilibrio de derechos y principios constitucionales en conflicto, ello debido a la aparición de mayores y distintos elementos de juicio según la profundidad y alcance con que se quiera abordar la cuestión de qué medios son adecuados a los fines perseguidos. Por estos motivos la razonabilidad, como parámetro de constitucionalidad, debe ser entendida como un marco o límite externo que delimita una cantidad variable de actuaciones en este caso legislativas) que pueden entenderse, todas ellas, como razonables y constitucionalmente admisibles, de manera tal que solamente aquellos mandatos que se ubiquen fuera de éste marco, deben entenderse irrazonables y por ende inconstitucionales. Sobre este punto en particular la Sala ha expresado lo siguiente:

“En realidad se discute un supuesto exceso cometido por el Poder Ejecutivo, en el ejercicio concreto de sus funciones de regulación y control del comercio, y en el fondo lo que el accionante reclama es lo inadecuado e innecesario del citado Decreto.- Sobre este último tema la Sala, ha tenido oportunidad de pronunciarse de la siguiente forma:

“En cuanto al principio constitucional de razonabilidad, que el accionante alega como violado, se refiere, como se dijo en la sentencia número 1739-92, de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos: “... una norma o acto público o privado sólo es válido cuando, además de su conformidad formal con la Constitución, esté razonablemente fundado y justificado conforme a la ideología constitucional. De esta manera se procura, no sólo que la ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino además que los

medios seleccionados tengan una relación real y sustancial con su objeto. Se distingue entonces entre razonabilidad técnica, que es, como se dijo, la proporcionalidad entre medios y fines; razonabilidad jurídica, o la adecuación a la Constitución en general, y en especial, a los derechos y libertades reconocidos o supuestos por ella; y finalmente, razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales, en el sentido de no imponer a esos derechos otras limitaciones o cargas que las razonablemente derivadas de la naturaleza y régimen de los derechos mismos, ni mayores que las indispensables para que funcionen razonablemente en la vida en sociedad”. Este principio no se refiere, como lo interpreta el accionante, al análisis de criterios puramente técnicos, que no tienen relación con derechos y libertades reconocidas en la Constitución Política. Si el accionante considera que los criterios aplicados en las normas que se cuestionan son erróneos, pueden promover las reformas legales del caso pero no pretender que, a través de una acción de inconstitucionalidad se efectúen dichas reformas” (sentencia número 1550-95 de las quince horas cincuenta y un minutos del veintiuno de marzo de mil novecientos noventa y cinco).

VI.—Las consideraciones anteriores pueden aplicarse en la decisión de este caso en donde la accionante resiente limitaciones a sus derechos al libre comercio y libre competencia, debidas a la existencia de potestades administrativas para la imposición de una sanción de inhabilitación. Sin embargo para este tribunal no existen elementos de juicio suficientes para considerar inaceptable y excesiva la norma impugnada y más bien la decisión legislativa que establece la sanción administrativa de inhabilitación, se ubica dentro del marco de las soluciones admisibles por resultar constitucionalmente razonables. Para justificar esta decisión, debe iniciarse apuntando que la potestad administrativa sancionatoria resulta un medio válido para la persecución de fines constitucionales y desde esa perspectiva tiene plena validez constitucional.- Así por ejemplo se ha dicho que:

“III.—Potestad sancionatoria de la Administración Doctrinaria y jurisprudencialmente se ha reconocido la existencia de un ius puniendi estatal que se justifica en la necesidad de tutelar bienes jurídicos de importancia para la colectividad. De esa potestad genérica del Estado derivan tanto la potestad sancionatoria administrativa como la sancionatoria penal(...).-

“IV.—(...) La satisfacción de intereses comunes en una sociedad, requiere de una Administración Pública eficaz, y esa eficacia depende en gran medida de su poder, otorgado en parte, para proteger la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos que la sociedad estima como fundamentales. Es la potestad sancionadora el instrumento a través del cual se busca proteger estos intereses. En los Estados democráticos, se estima que ese poder punitivo es y debe ser la última ratio, lo que obliga a un uso prudente y racional del sistema sancionador. De esta forma se acepta que no sólo el Estado no puede pretender resolver todos los problemas de los ciudadanos y de la sociedad en general a través de la sanción, sino que tampoco puede tener poderes ilimitados para hacerlo. En ese sentido se habla del principio de utilidad, que exige la relevancia del bien jurídico tutelado y la idoneidad del medio para tutelar ese bien jurídico. Toda prohibición sin estos elementos se considera injustificada e ineficaz. La potestad sancionadora no es pues, un fin en sí misma, sino un medio para hacer más eficaz el ejercicio de otras potestades que el ordenamiento atribuye a la Administración para satisfacer intereses generales. (...)” (Sentencia número 8191-00 Sentencia 2000-08191 de las quince horas tres minutos del trece de setiembre del dos mil, reiterada en la sentencia 13329-2006 de las diecisiete treinta y dos minutos del seis de setiembre de dos mil seis)

En este caso concreto, debe tomarse en cuenta que, como lo señala la Contraloría General de la República en su informe, lo que se busca con el establecimiento legislativo de una sanción de inhabilitación es la protección de un interés público, concretamente definido como el de la apropiada prestación del servicio público al que están obligadas las administraciones. Es aceptable entender entonces que actuaciones como las descritas en el artículo 99 de la Ley de Contratación Administrativas producen afectaciones en el normal desenvolvimiento de las funciones y servicios

públicos de manera que, en protección de este bien constitucional se regulan sanciones como el apercibimiento primero y la después la inhabilitación en el caso de reincidencia.- De tal forma, la actuación legislativa impugnada encuentra un soporte constitucional que la ampara y le permite válidamente producir limitaciones y afectaciones a derechos fundamentales, siempre y cuando – como se indicó- tal afectación no resulte excesiva frente a lo que se persigue.

VII.—En este último sentido, la conclusión de la Sala es que no existe un exceso en la limitación producida a los derechos fundamentales de la empresa accionante.- Al efecto es importante observar que -respecto a los supuestos derechos fundamentales afectados- ellos se reducen únicamente al relacionado con el ejercicio de la libre concurrencia que esta Sala ha caracterizado como aquel que “...tiene por objeto afianzar la posibilidad de oposición y competencia entre los oferentes dentro de las prerrogativas de la libertad de empresa regulado en el artículo 46 de la Constitución Política, destinado a promover y estimular el mercado competitivo, con el fin de que participen el mayor número de oferentes, para que la Administración pueda contar con una amplia y variada gama de ofertas, de modo que pueda seleccionar la que mejores condiciones le ofrece.” (Sentencia número 998-1998). Es entonces solamente este derecho el que aparece en juego por cuanto, de una parte, la sanción de inhabilitación no establece ningún impedimento directo para ejercicio general de actividades económicas en el mercado ni se excluye a la empresa accionante de su posibilidad de ofertar los bienes y servicios que conforman su giro comercial, ya que lo que se impide con la norma impugnada es solamente su participación pero en las contrataciones administrativas, las cuales conforman solamente un sector parcial del mercado. De otra parte, no puede tenerse por afectado el derecho al comercio strictu sensu de la accionante -entendido en este caso como la posibilidad de lucrar con la compra y venta de sus bienes y servicios- por cuanto su derecho a participar (es decir de concurrir) en las contrataciones administrativas se agota en justamente en tal participación dado que nada le garantiza que su participación culminará con la adjudicación de la contratación.- Más aún, ya dentro de la supuesta afectación a la libre concurrencia, también debe apuntarse que la gravedad de su afectación es mucho menor de lo que se pretende, si observamos que la empresa accionante puede perfectamente continuar con su actividad de contratación administrativa con otras administraciones públicas diferentes de la que haya impuesto la sanción, esto con vista de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 215 del Reglamento que en esta misma decisión se ordena y además –con la nueva redacción de la norma vigente a partir de mayor de dos mil nueve- puede incluso continuar participando en todas las contrataciones administrativas realizadas por la misma Administración que lo sancionó, siempre que se trate del bienes u objeto contractuales diferentes del que haya dado origen a la sanción. De igual forma se suma a lo anterior la observación de que la inhabilitación puede adquirir un carácter relativo como resultado de que la actividad de contratación de un bien específico es usualmente una labor discontinua por parte de las administraciones públicas, por lo cual puede suceder que dentro de dicho plazo de inhabilitación ocurran muchas, pocas o ninguna contratación que involucre el giro comercial de la persona inhabilitada, afectándose en esos mismos grados a la sancionada, sin que por tanto la intensidad de la lesión resulte fijada de antemano.- Cabe apuntar aún en este punto que, en este último escenario, puede que algún caso específico de sanción de inhabilitación pueda resultar excesiva ya sea por su duración o por la cantidad de contrataciones de las que se le va a privar, o bien por una combinación de ambos, pero ese análisis de tal particular consecuencia en un caso concreto debe analizarse y resolverse por parte de las autoridades competentes y no por esta Sala que enjuicia la validez de la norma legislativa en abstracto. Como conclusión, puede indicarse que el establecimiento legislativo de una sanción de inhabilitación por la realización de ciertas conductas en las contrataciones administrativas responde a la necesidad de protección de una importante finalidad social como lo es la necesaria eficiencia y calidad de las funciones y servicios públicos, mientras que, por otra parte, la afectación de derechos fundamentales de particulares resultante de dicha sanción no alcanza a ser de una magnitud tal que pueda decirse que la lesión o cuota de sacrificio es desproporcionada en relación con la protección de los bienes constitucionales

que soportan a la norma impugnada. De ese modo, puede afirmarse que se trata de una limitación válida al derecho a la libre concurrencia.

VIII.—Reclamo por infracción de los principios de razonabilidad y proporcionalidad en el ejercicio de la potestad sancionatoria.- Corresponde analizar seguidamente el reclamo de la empresa accionante relacionado con la ausencia de proporcionalidad y razonabilidad que se presenta entre “la naturaleza y consecuencias de la sanción de inhabilitación”, según lo expresa, y las conductas que dan origen a la inhabilitación. En este punto es importante remitirnos a lo dicho en los considerandos anteriores respecto de los conceptos de proporcionalidad y razonabilidad y en especial su conceptualización amplia que autoriza al legislador para moverse dentro de un marco de opciones, todas ellas válidas como decisiones razonables y proporcionadas para la solución legislativa de un problema concreto. En este punto, lo que se reclama es que la inhabilitación, de la cual ya se analizaron sus características en el considerando inmediatamente anterior, es una medida desproporcionada e irrazonable tomando en cuenta la diversa y por lo general escasa gravedad de las conductas que busca reprimir, las cuales están contenidas en el artículo 99 de la Ley de la Contratación Administrativa, que por comodidad se vuelve a transcribir:

“Artículo 99.—Sanción de apercibimiento.

Se hará acreedora a la sanción de apercibimiento, por parte de la Administración o la Contraloría General de la República, la persona física o jurídica que, durante el curso de los procedimientos para contratar, incurra en las siguientes conductas:

- a) El contratista que, sin motivo suficiente, incumpla o cumpla defectuosa o tardíamente con el objeto del contrato; sin perjuicio de la ejecución de las garantías de participación o cumplimiento.
- b) Quien afecte, reiteradamente, el normal desarrollo de los procedimientos de contratación.
- c) Quien, sin mediar justa causa, deje sin efecto su propuesta en los casos en que no se haya requerido garantía de participación.
- d) Quien invoque o introduzca hechos falsos en los procedimientos para contratar o en los recursos contra el acto de adjudicación.”

Lo que el accionante señala es que las precitadas conductas realizadas una primera vez darán origen a un apercibimiento, pero en el caso de demostrarse su reiteración dentro de un plazo de tres años, darán lugar a una sanción de inhabilitación que puede ir de dos a diez años dependiendo de la gravedad de la lesión, según lo dispone el artículo 100 inciso a) de la Ley de Contratación Administrativa que aquí se cuestiona. Tal y como se indicó, la potestad sancionatoria administrativa del Estado tiene su lugar en ordenamiento jurídico, pues se entiende como un medio legítimo al alcance del Estado para buscar el desincentivo de conductas disvaliosas y retribuir al infractor por el daño causado con la conducta dañina.- Desde este punto de vista, esta actividad tiene varios puntos de contacto con la actividad sancionatoria general del Estado y en ese orden de ideas se han explicado los principios que, en términos generales rigen en esta disciplina, tal como se aprecia del siguiente extracto de la sentencia 2006-13329 ya mencionada y en la que se recogen criterios vertidos en otras ocasiones:

“IV.—Principios que rigen el sistema sancionatorio administrativo. En cuanto a los principios aplicables al régimen sancionatorio administrativo, se ha establecido que éstos tienden a asimilarse a los que rigen en el Derecho Penal, pues, ambos son manifestaciones del poder punitivo del Estado e implican la restricción o privación de derechos, con la finalidad de tutelar ciertos intereses. Tanto las normas sancionatorias administrativas como las penales poseen una

estructura y funcionamiento similar: la verificación de la conducta prevista produce como consecuencia jurídica una sanción. El Derecho de la Constitución impone límites al derecho sancionador, que deben ser observados tanto en sede penal como en la administrativa; ciertamente, en este último caso con determinados matices que se originan en la diversa naturaleza de ambos:

“Como reiteradamente ya ha señalado esta Sala, al menos a nivel de principios, no puede desconocerse una tendencia asimilativa de las sanciones administrativas a las penales, como una defensa frente a la tendencia de liberar -en sede administrativa- al poder punitivo del Estado de las garantías propias del sistema penal. Siendo innegable que las sanciones administrativas ostentan naturaleza punitiva, resulta de obligada observancia, al menos en sus líneas fundamentales, el esquema de garantías procesales y de defensa que nutre el principio del debido proceso, asentado principalmente en el artículo 39 de la Constitución Política, pero que a su vez se acompaña de las garantías que ofrecen los artículos 35, 36, 37, 38, 40 y 42 también constitucionales. Así, ya esta Sala ha señalado que “todas esas normas jurídicas, derivadas de la Constitución Política como modelo ideológico, persiguen ni más ni menos que la realización del fin fundamental de justicia que es el mayor de los principios que tutela un Estado de Derecho, en la que se incluyen reglas -principios generales- que tienen plena vigencia y aplicabilidad a los procedimientos administrativos de todo órgano de la Administración, se reitera, pues, los principios que de ella se extraen son de estricto acatamiento por las autoridades encargadas de realizar cualquier procedimiento administrativo que tenga por objeto o produzca un resultado sancionador.”(resolución N° 1484-96) “...las diferencias procedimentales existentes entre las sanciones aplicables a infracciones y a delitos, no pueden conducir a ignorar en el ámbito del procedimiento administrativo las garantías de los ciudadanos, en efecto, los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado.”(resolución N° 3929-95). Así, la tendencia inequívoca de este Tribunal ha sido pronunciarse a favor de la aplicación, aunque ciertamente con variaciones, de los principios rectores del orden penal al derecho administrativo sancionador, de manera que resultan de aplicación a las infracciones administrativas mutatis mutandis los principios de legalidad, tipicidad y culpabilidad propios de los delitos.” (Sentencia 2000-08193 de las quince horas cinco minutos del trece de setiembre del dos mil)”

A lo anterior cabe sumar también la precisión hecha en la misma sentencia 2006-13329 citada respecto del concepto de proporcionalidad y proporcionalidad el se cual definió de la siguiente forma:

“(...)El principio de proporcionalidad y razonabilidad de la sanción es de carácter general y se aplica tanto al Derecho Penal como al Derecho Administrativo Sancionador. Consiste en la necesaria relación que debe existir entre la gravedad de la conducta, el objeto de tutela y la consecuencia jurídica”

Y más adelante concluye señalando:

“...en el caso del Derecho Administrativo, lo que se exige es una relación de proporcionalidad entre la conducta y la sanción, consideradas en abstracto; atendiendo a los fines específicos de las sanciones administrativas”

Con estos elementos procede verificar si para el caso concreto existe esa necesaria relación de proporcionalidad que debe presentarse entre la conducta, su consecuencia jurídica y el objeto de tutela, según los propios términos empleados por este Tribunal, para lo cual se toma en cuenta primero el hecho de que el artículo 99 de la Ley de la Contratación Administrativa describe un conjunto de conductas variadas cuyo núcleo común resulta ser la obstaculización —en diferentes etapas- del normal desenvolvimiento del proceso de contratación. Es verdad que estas conductas entorpecedoras, reciben en la ley un castigo de baja intensidad, como lo es el apercibimiento y que lo que agrava la situación es la reincidencia; sin embargo, también es cierto que para tales

conductas, una segunda comisión en los términos del artículo 99 de la Ley, realmente amerita un salto en la gravedad con que se sancionan. Así por ejemplo –para tomar el caso del inciso a)- un segundo atraso injustificado en el cumplimiento del objeto del contrato, o en otras palabras una segunda vez que la misma empresa incurra en un retraso injustificado respecto del cual resulte responsable frente a la misma administración y -a partir del nuevo texto legal- respecto del mismo objeto contractual, puede válidamente dejar de ser tratado con la levedad de un apercibimiento dado que conlleva una segunda lesión al interés público y la eficiencia de las funciones y servicios públicos, razón por la que –se repite- podría válidamente sancionada de forma más grave.- Igualmente, esta misma línea de razonamiento, puede ser aplicada a las demás conductas descritas en el artículo 99 de la Ley de maneja que desde tal perspectiva sí existe para la Sala un aumento en la gravedad y afectación del interés público, con la reiteración de conductas que en principio y realizadas de manera individual no causarían mayores perturbaciones.

IX.—Por otra parte, ya en el considerando sétimo anterior se analizaron la gravedad de la afectación producida por la sanción de inhabilitación y se llegó a la conclusión que ella solo toca los aspectos relacionados con la participación, pues no existe ninguna garantía de que la empresa saliese adjudicada y además de ello, que dentro del ámbito del derecho de participación, también esta puede tener una variedad de grados que van a depender de que sea o no la misma Administración que lo sancionó la primera vez; de que se trate del mismo producto u objeto contractual (según el nuevo texto de que se halla vigente); y finalmente de la cantidad de contrataciones que llegue a realizar esta administración respecto de esos productos u objetos contractuales, pues tal y como se anotó, podría ocurrir que durante el plazo de la inhabilitación no se realice ninguna contratación o bien que se realicen algunas que no cumpla con todas esas condiciones y dentro de las cuales no podría impedirse la participación de la accionante.- Así las cosas, para la Sala existe una proporcionalidad constitucionalmente admisible entre la gravedad de la conducta respecto de los intereses que pretenden proteger y las características y tipo de sanción establecida legislativamente, motivo por el cual el artículo 100 de la Ley de la Contratación Administrativa no resulta irrazonable ni desproporcionado y la acción debe declararse sin lugar por ese motivo.-

X.—Conclusión. De conformidad con todas las anteriores consideraciones, se concluye que esta acción de inconstitucionalidad debe ser declarada con lugar pero solo de forma parcial con el fin de anular la frase “y aplicará a todo el sector público” contenida en el párrafo segundo del artículo 215 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, Decreto número 33411-H del veintisiete de setiembre de dos mil seis, ya que infringe los principios de reserva de ley formal y en particular con las exigencias de los artículos 9 y 28 de la Constitución Política.- El resto de los reclamos deben desestimarse por no existir ninguna de las infracciones constitucionales alegadas. No existe, en efecto lesión a la libertad de comercio ni al reconocido principio de la libre concurrencia, por cuanto si bien la inhabilitación produce una limitación a éste último, tal afectación, según su particular configuración y los supuestos en que se aplica, resulta ser razonable y proporcionada respecto de los medios empleados y del fin que se persigue, cual es la protección del interés público y los principios de eficiencia y eficacia en el ejercicio de funciones públicas y la prestación de servicios públicos.- De igual manera, tampoco las características concretas de la sanción de inhabilitación son un ejercicio irrazonable o desproporcionado de la potestad sancionatoria administrativa que ostenta el Estado, puesto que, según analizó, existe una suficiente relación de necesidad y proporcionalidad entre el daño que se produce con las conductas sancionadas y las condiciones y elementos de la sanción que se establece en el artículo 100 impugnado.-

Por tanto:

Se declara parcialmente con lugar la acción.- En consecuencia, se anula por inconstitucional la frase “y aplicará a todo el sector público” contenida en el párrafo segundo del artículo 215 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, Decreto número 33411-H del veintisiete de setiembre de dos

mil seis. Esta sentencia tiene efectos declarativos y retroactivos a la fecha de vigencia de la norma impugnada, sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe.- Comuníquese este pronunciamiento a los Poderes Legislativo y Ejecutivo y a la Contraloría General de la República.- Reséñese este pronunciamiento en el Diario Oficial *La Gaceta* y publíquese íntegramente en el *Boletín Judicial*.- En lo restante, se declara sin lugar la acción planteada.- Notifíquese.-/Ana Virginia Calzada M, Presidenta,/Luis Paulino Mora M./ Adrián Vargas B./Gilbert Armijo S./Ernesto Jinesta L. Fernando Cruz C./ Rosa María Abdelnour G.

San José, 18 de febrero de 2010

Gerardo Madriz Piedra

1 vez.—(IN2010017409)

Secretario