

114-2013.

Inconstitucionalidad.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador, a las nueve horas con cuarenta minutos del día quince de junio de dos mil dieciséis.

El presente proceso fue promovido –originalmente– por los ciudadanos Oscar Gilberto Álvarez Argueta y Gabriela María Castellanos Aparicio, mediante el cual solicitaron que se declare la inconstitucionalidad, por vicio de fondo, del art. 25 letra c) de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (contenida en el Decreto Legislativo n° 868, de 5-IV-2000, publicado en el Diario Oficial n° 88, tomo 347, correspondiente al 15-V-2000, reformado en ese artículo mediante el Decreto Legislativo n° 725, de 18-V-2011, publicado en el Diario Oficial n° 102, tomo 391, de 2-VI-2011 [en lo sucesivo “LACAP”]), por la aparente incompatibilidad con el artículo 23 de la Constitución de la República (o “Cn”).

Ha intervenido en el proceso, además de los accionantes, el Fiscal General de la República, no así la Asamblea Legislativa.

El contenido exacto del precepto cuestionado es el que sigue:

Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública.

“Capacidad para Contratar.

Art. 25. Podrán ofertar y contratar con la administración pública, todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que tengan capacidad legal para obligarse; y que no concurren en ellas las siguientes situaciones:

[...]

c) Haberse extinguido por parte de la institución contratante el contrato celebrado con alguna de las instituciones, por causa imputable al contratista, durante los últimos cinco años contados a partir de la referida extinción”.

Analizados los argumentos, y considerando:

I. 1. En cuanto a los términos de la impugnación se refiere, fundamentalmente, los actores afirmaron que el art. 25 letra c) LACAP establece una limitación desproporcionada e irrazonable sobre el derecho fundamental de la libre contratación, “al incapacitar *IPSO IURE*, por un período de CINCO AÑOS para ofertar y contratar con las instituciones de la Administración Pública, a aquellas personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, a quienes la institución contratante, les haya extinguido unilateralmente el contrato administrativo”; circunstancia que consideraron inconstitucional por los siguientes motivos:

A. En primer lugar –alegaron–, la extinción de un contrato administrativo carece de definición legal y constituye una forma anormal de terminación del vínculo contractual; contrario a la *cesación*, que es una manifestación del principio *pacta sunt servanda*, y por ello implica una forma normal u ordinaria de terminar los contratos.

a. Seguidamente, aludieron a las diferentes formas de terminación de los contratos establecidas en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública y las consecuencias jurídicas de cada una; entre ellas, según su opinión, la prevista por el artículo

impugnado, que consiste en la imposibilidad de contratar con las instituciones de la Administración Pública.

b. Luego, los pretensores expusieron las prerrogativas y mecanismos establecidos por la precitada ley a favor de las instituciones contratantes, previstos en los arts. 1, 61, 72, 33, 83, 83-A, 83-B, 85, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 108, 143, 146, 147, 148, 158, 159 y 160 LACAP.

c. A continuación, los solicitantes abordaron los mecanismos dispuestos en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública para garantizar el cumplimiento de los contratos; los cuales consideran como prerrogativas a favor de la Administración y cuyo fundamento axiológico es la salvaguarda del interés público contemplado en el art. 246 inc. 2º Cn. De manera que tales mecanismos, a su criterio, persiguen asegurar la satisfacción directa e indirecta de las necesidades colectivas relacionadas con la Administración Pública a través de los procedimientos de contratación pública.

En ese orden, los demandantes anotaron los mecanismos para asegurar el cumplimiento de los contratos administrativos contemplados en los arts. 35, 80, 83-A, 93, 85 y 158 de la LACAP.

B. Seguidamente, agregaron que la extinción de un contrato administrativo por motivos imputables al contratista, establecida en el art. 94 letras a) y b) de la LACAP, debe analizarse desde los efectos sobre la institución contratante y sobre la esfera jurídica del contratista. Con respecto a la primera, apuntaron: (i) la posibilidad de ejecutar la garantía de cumplimiento del contrato; (ii) la iniciación de la acción para el resarcimiento de daños y perjuicios; (iii) la iniciación del procedimiento sancionatorio de inhabilitación por dos años para optar a la contratación administrativa; (iv) la habilitación para contratación directa de un nuevo proveedor; mecanismos estos que tienen el carácter de resarcitorios, punitivos y de ejecución.

En cuanto a la esfera jurídica del contratista –indicaron–, la declaratoria de caducidad contempla: (i) la obligación de pagar el importe de la garantía ejecutada; o la obligación de pagar, al acreedor subrogado, el monto de la deuda más el interés legal respectivo y las eventuales costas procesales y los daños y perjuicios; (ii) la obligación de indemnizar a la Administración por daños y perjuicios; (iii) la potencial afectación a su derecho de libre contratación, si se establece la causal de inhabilitación prevista en el art. 158 de la LACAP; y, a su juicio, (iv) la afectación de pleno derecho de su libertad de contratación por un periodo de cinco años contados a partir de la declaratoria de caducidad del contrato administrativo.

C. Expuesto lo anterior, en lo pertinente al motivo de inconstitucionalidad admitido, los pretensores explicaron el principio de proporcionalidad.

En esa línea, aseveraron que se trata de un concepto jurídico reconocido en la jurisprudencia salvadoreña para determinar el contenido de los derechos fundamentales, que resulta vinculante para los poderes públicos; y que ha sido utilizado también para examinar las intervenciones sobre los derechos fundamentales; sean estas de índole legislativa, administrativa, judicial o de los particulares.

Asimismo, acotaron que el citado principio está compuesto por tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

a. El primero, a su juicio, pretende que toda intervención sea adecuada para la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; entonces, exige la legitimidad constitucional del fin perseguido, y la adecuación de la medida.

De este modo –reconocieron–, el art. 25 letra c) de la LACAP busca proteger a la Administración de contratar con una persona que haya sido declarada culpable de la extinción de un contrato administrativo; es decir, en pos del interés público intenta “castigar” por cinco años al contratista, lo cual, de manera previa, resulta constitucionalmente legítimo. Luego, la disposición impugnada persuade a los contratistas de la administración pública para gestionar la ejecución de los contratos con especial diligencia, o extra cuidado; por tanto, consideraron que es una medida legítima y adecuada.

b. En cuanto al subprincipio de necesidad, arguyeron que implica que toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido; lo que conlleva a compararla con otras menos lesivas disponibles.

En este caso, los ciudadanos Álvarez Argueta y Castellanos Aparicio estimaron que la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública contempla muchas otras medidas que afectan negativamente el derecho a la propiedad del contratista, tales como multas, ejecución de garantías y resarcimiento de daños y perjuicios. Sin embargo, con la declaratoria de caducidad –y la consecuente incapacitación inmediata– y con el procedimiento administrativo sancionatorio de inhabilitación, se restringe de pleno derecho, y durante cinco años, la libertad de contratación. Mientras que el art. 158, apartado II c) de la citada ley contempla una medida igual de efectiva, más benigna y revestida de todas las garantías que configuran el debido proceso (art. 160 LACAP).

Por tanto, aseveraron que, la medida contemplada en el objeto de control resulta *innecesaria*; en consecuencia, solicitaron la declaratoria de inconstitucionalidad del precepto arriba citado.

2. Por auto proveído el 31-VII-2014, esta Sala admitió la demanda; en dicha decisión se sostuvo que el enjuiciamiento constitucional se circunscribía a dilucidar si la medida adoptada en el objeto de control, que consiste en impedir la posibilidad de contratar con la Administración Pública durante un período de cinco años a las personas a quienes se les haya extinguido un contrato con alguna entidad de la Administración Pública, por razones atribuibles al contratista, restringe el derecho a la libertad de contratación –art. 23 Cn.–, específicamente en su faceta positiva en cuanto a poder celebrar un contrato, de manera contraria al principio de proporcionalidad, concretamente en relación con el subprincipio de necesidad, en tanto que el art. 158, apartado II letra c) de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública contempla una medida igual de efectiva, más benigna y revestida de todas las garantías que configuran el debido proceso previsto en el art. 160 de la aludida ley.

Al respecto, mediante oficio n° 2080, notificado el 22-IX-2014, se ordenó la intervención de la Asamblea Legislativa, requiriéndose a ese Órgano de Estado el informe al que se refiere el art. 7 de la Ley de Procedimientos Constitucionales (“LPrCn.” en adelante). Pese a que le fueron conferidos diez días hábiles para ello --plazo que finalizó el 6-X-2014--, en el presente caso, la autoridad demandada presentó el informe requerido hasta el 9-X-2014, habiendo transcurrido el plazo legalmente establecido para tal efecto.

A. Al respecto, esta Sala estima ineludible desarrollar algunas consideraciones acerca del principio de preclusión y los efectos producidos en el proceso de inconstitucionalidad.

El proceso constitucional está destinado a brindar protección objetiva a la Constitución, y se concreta por medio de una serie de etapas relacionadas entre sí, de tal manera que cada una de ellas es presupuesto de la siguiente y esta, a su vez, de la posterior, las cuales están destinadas a realizar determinados actos procesales (Resolución de 9-I-2013, Inc. 87-2012). Dicho aspecto justifica la idea de preclusión, con arreglo a la cual los actos procesales deben llevarse a cabo dentro de la oportunidad señalada por la ley o por resolución judicial para que produzcan los efectos que están llamados a cumplir (Sentencia del 13-II-2015, Inc. 21-2012).

Al respecto, esta Sala ha explicado que el principio de preclusión está íntimamente relacionado con la necesaria aceleración del proceso, así como con la lealtad procesal de las partes, pues a través de él van quedando firmes las distintas etapas del proceso, sin posibilidad de hacerlo retroceder injustificadamente o con claras intenciones de perjudicar el derecho de la otra parte (Resolución del 23-X-2013, Amp. 373-2010).

Precisamente, aquí es donde cobra importancia, en toda su extensión, la noción de las cargas procesales, ya que, de no realizar el acto respectivo en el momento establecido por el legislador o el juez, se pierde la posibilidad de hacerlo después. Lo que se prohíbe es el retroceso en la estructura del proceso de inconstitucionalidad.

Para lograr un desarrollo eficaz en un proceso regido también por los principios de economía, celeridad y perentoriedad, es posible identificar, sin ánimo de exhaustividad, tres formas en que la preclusión puede operar: (i) por el vencimiento del plazo tipificado en la ley o establecido por medio de una decisión judicial dentro del cual debe ejercerse un derecho o carga procesal; (ii) por la realización de una actuación incompatible con la que está pendiente de ser realizada (v. g., el cumplimiento de una prestación impuesta por una sentencia cuando aún está pendiente el plazo para impugnarla hace perder la oportunidad para recurrirla); y (iii) por la ejecución de una facultad procesal antes del vencimiento del plazo legal para ello (por ejemplo, presentar un escrito de subsanación o de revocatoria en el primer día cuando aún faltan dos para que el plazo correspondiente expire) --al respecto, véase la sentencia pronunciada el 23-II-2015, Inc. 82-2011--.

En tales circunstancias el acto de parte que ha sido realizado tendrá que mantenerse como válido, aunque no surtirá los efectos que con él se pretendían obtener, debido a que, al haber precluido la oportunidad para llevarlo a cabo, el operador jurídico tendrá que abstenerse de

considerar lo que por medio de aquel se solicitaba. En ese sentido, si el órgano emisor de la norma impugnada no presentó de forma oportuna –pero sí extemporánea– el informe justificativo de la constitucionalidad del objeto de control no se tomará en cuenta (Sentencia del 31-VIII-2015, Inc. 115-2012).

B. Por todo lo antes expuesto, de acuerdo con el art. 5 inc. 2º LPrCn. y como producto de la línea jurisprudencial consolidada sobre la preclusión de los actos en el proceso de inconstitucionalidad, el proceso continuó su trámite previsto, tal como se resolvió en el auto de 22-X-2014; en consecuencia, teniendo en consideración la falta de diligencia oportuna por parte de la Asamblea Legislativa, para la presentación del informe a que se refiere el art. 7 LPrCn., en el presente caso, no se cuenta directamente con ninguna argumentación para justificar la constitucionalidad de la normativa objetada.

3. Por último, en cuanto al trámite se refiere, al contestar el traslado que establece el art. 8 LPrCn., el abogado Immar Orlando Chávez Piche rindió la opinión solicitada al Fiscal General de la República, en su calidad de apoderado del referido funcionario.

A. Básicamente, en una primera parte, el apoderado del interviniente citado esbozó algunas nociones generales relativas a: (i) la libertad de contratación, en la que explicó su origen histórico, fundamento, contenido, finalidad y límites; (ii) ciertas notas diferenciadoras de los derechos fundamentales; (iii) la libertad económica, tópico en el que, con cita de la sentencia pronunciada el 21-X-2011, Amp. 408-2009, hizo referencia al alcance y a las concreciones de tal libertad fundamental; y, (iv) la libertad empresarial a la que explicitó por medio de los fundamentos jurídicos expresados por este Tribunal en la sentencia dictada el 3-V-2011, Amp. 206-2008.

En una segunda etapa, el abogado Chávez Piche desarrolló ampliamente el tema de los contratos desde un punto de vista civil, para inmediatamente trasladar tales consideraciones al ámbito de la contratación pública, y apuntar algunas diferencias sobre el régimen jurídico aplicable y de los intereses que se pretenden satisfacer.

B. A partir de las premisas antes descritas, el mencionado profesional opinó que “[e]n la contratación administrativa lo fundamental es que el particular cumpla, sobre todo en los contratos estrechamente vinculados a la ejecución de los servicios, y por ello las sanciones se inspiran en esa finalidad”.

Y es que –arguyó–, los contratos de la Administración Pública pueden “terminar” (sic) por diferentes causales, entre ellas, por el cumplimiento total de las obligaciones, por revocación derivada de su ilegalidad o por “resolución” (sic) por razones fundadas en el incumplimiento o razones de convivencia.

Ahora bien, afirmó que, el límite a la regulación establecida por el legislador en torno a la contratación pública es la protección del “bien público”, por lo tanto, el marco normativo diseñado para tal fin –en opinión del abogado Chávez Piche– preestablece una serie de requisitos y sanciones que “... no son desproporcionales y que puedan ser aplicables al contratista una vez ha incurrido en irresponsabilidad contractual”.

C. Con respecto a las sanciones, diferenció entre “sanciones administrativas generales”, las cuales, según en opinión del interviniente, son aquellas que se imponen a cualquier persona por sus conductas antijurídicas; y, “sanciones administrativas disciplinarias” que son impuestas a “... ciertas persona que tienen con la administración vínculos más fuertes por la vinculación de sus deberes especiales”, entre las que a su juicio, se encuentra “la inhabilitación”.

Conforme a lo anterior, en la opinión en comento, la regulación contenida en el art. 25 letra c) LACAP es una “... condición anticipada de contrato”, que limita a la Administración Pública para “... no contratar por cierto tiempo al contratista que ha incurrido en una irresponsabilidad contractual, ya que esta sanción afecta [su] probidad y transparencia...” (sic).

De este modo, para el abogado Chávez Piche, la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública pretende establecer una “... limitación a la formación del consentimiento del Estado...”, bajo una serie de principios (probidad, transparencia y uso racional de los recursos) y herramientas (multas, inhabilitaciones, ejecución de garantías, etc.), los cuales se adecuan al “principio de necesidad” dado que, la precitada ley obliga al Estado de cerciorarse que “... los contratistas de la Administración Pública gestionen la ejecución de los contratos con especial diligencia”.

En consecuencia, para el referido profesional, “... el legislador no ha obrado arbitrariamente ni mucho menos ha establecido una norma lesiva e atentatoria del valor constitucional justicia” (sic).

II. Luego de ser expuestos, por una parte, el motivo de inconstitucionalidad argüido por los demandantes; y por otra, la opinión del Fiscal General de la República, este Tribunal considera incluíble hacer una referencia a: (1) la admisibilidad formal de la demanda; (2) al carácter vinculante de los precedentes constitucionales; (3) las causales que pueden originar un cambio de precedente judicial; (4) una revisión estructural del fundamento jurídico de la sentencia de 12-VIII-2015, Amp. 418-2012, para determinar la naturaleza del art. 25 letra c) LACAP; (5) las exigencias derivadas del subprincipio de necesidad; y finalmente, (6) se analizará la configuración de la pretensión de inconstitucionalidad.

De acuerdo con el principio de eventualidad, de superarse el examen antes indicado, esta Sala estructura el orden lógico que se seguirá para fundamentar su fallo, si correspondiera.

I. A. Conforme al esquema planteado, es oportuno referirse a la posibilidad de emitir *sobreseimiento* cuando se advierten determinados vicios en la petición formulada en el proceso de inconstitucionalidad. Así, la jurisprudencia de esta Sala ha sostenido que el incumplimiento de los elementos que caracterizan la pretensión de inconstitucionalidad, sea cual sea la etapa en que se adviertan dichas incorrecciones, provoca el rechazo de la demanda de inconstitucionalidad sin trámite completo; es decir, sin sentencia de fondo (v. gr., Sentencia de 14-XII-2012, Inc. 103-2007).

En tal sentido, según el art. 31 de la Ley de Procedimientos Constitucionales (LPrCn.), son varias las causas en virtud de las cuales puede sobreseerse en un proceso constitucional de amparo;

sin embargo, dicha ley guarda silencio para los casos en los que con idéntica razón se advierta cualquiera de tales causas –u otras análogas– en los procesos de inconstitucionalidad; no obstante lo anterior, esta Sala, desde la resolución de 2-IX-1998, Inc. 12-98, ha sostenido que la regulación del sobrescimiento en dicha ley puede extenderse a los otros dos procesos de los cuales conoce, vía autointegración del derecho.

B. En concordancia con lo anterior, es pertinente analizar la admisibilidad de la demanda, respecto de uno de los ciudadanos que no subsanaron la prevención formulada por esta Sala al inicio del proceso.

Originalmente, la demanda fue presentada por los ciudadanos Oscar Gilberto Álvarez Argueta y Gabriela María Castellanos Aparicio; luego del examen liminar, por resolución de 12-II-2014, este Tribunal previno a los demandantes para que aclararan ciertos aspectos de su pretensión y, al intentar evacuar dichas prevenciones, se presentó un escrito de subsanación que –*aparentemente*– fue suscrito por ambos; no obstante, el mismo fue presentado únicamente por el ciudadano Álvarez Argueta, sin que exista certeza de quién es la otra persona que lo suscribió, conforme a lo prescrito en el art. 54 de la Ley de Notariado, lo cual produce ciertas consecuencias procesales en el presente caso.

Y es que, los actores conformaron un *litisconsorcio activo facultativo o voluntario*, con arreglo al cual la pretensión puede plantearse perfectamente de forma individual, es decir, no existe vínculo jurídico alguno entre los demandantes que los obligue a postular sus peticiones de forma conjunta (Resolución y sentencia del 26-X-2012 y 19-III-2015, Ines. 83-2012 y 76-2011, respectivamente).

A causa de lo apuntado, en tanto que la ciudadana Gabriela María Castellanos Aparicio no compareció en el escrito citado a contestar la prevención formulada –lo que demuestra su desinterés por continuar con la tramitación del presente proceso de inconstitucionalidad–, su intervención tuvo que haberse rechazado liminarmente; no obstante, puesto que la demanda se admitió indebidamente con respecto a dicha persona, el proceso se concluirá únicamente con atención al ciudadano Oscar Gilberto Álvarez Argueta.

2. A. Superado lo anterior, esta Sala considera preciso hacer referencia al carácter vinculante de los precedentes constitucionales; al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que en un Estado Constitucional de Derecho, la *seguridad jurídica* y la *igualdad* son principios que deben ser respetados por cualquier autoridad pública administrativa, legislativa y judicial. En el caso de las autoridades jurisdiccionales, dichos principios pueden ser optimizados a través de diversos mecanismos, los cuales tienen entre otras funciones, alcanzar la predictibilidad de las resoluciones judiciales (v.gr. sentencia de 14-I-2000, Inc. 10-94). Esta predictibilidad se concreta a partir del principio del *auto precedente*, el cual establece que ante supuestos análogos, la decisión de un Tribunal debe ser similar, a fin de poder garantizar el derecho a la igualdad y a la seguridad jurídica por medio del respeto al precedente o autoprecedente constitucional a través de la jurisprudencia dictada por esta Sala.

B. Sin perjuicio de esto, tal como se sostuvo en las Sentencias de 25-VIII-2010 y 1-X-2014, Inc. 1-2010 y 66-2013, en su orden, aunque el precedente - y, de manera más precisa, el autoprecedente - posibilita la precomprensión jurídica de la que parte toda interpretación, la continuidad de la jurisprudencia puede flexibilizarse o ceder bajo determinados supuestos. No obstante, para ello se exige que el apartamiento de los precedentes esté especialmente justificado -- argumentado -- con un análisis crítico de la antigua jurisprudencia, que también es susceptible de ser reinterpretada.

C. Y es que, el respeto a los precedentes --como manifestación específica de la seguridad jurídica y el sometimiento de los jueces al ordenamiento jurídico-- no significa la imposibilidad de cambiarlos. Ello cobra sentido si se toma en cuenta que la Constitución no predetermina la solución a todos los conflictos que puedan derivarse en su aplicación o cuando esté llamada a solventarlos. Por ello, las anteriores consideraciones jurisprudenciales deben ser también analizadas desde otra perspectiva: el dinamismo y la interpretación actualizada de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico.

Por ello, si bien todo precedente se construye con una pretensión de corrección, nunca puede tener efectos absolutos en el sentido de que sea tanto definitivo como válido para todos los tiempos. No es definitivo porque la amplia variedad y el continuo cambio de la realidad social ponen constantemente a los juzgadores ante nuevas situaciones; e incluso la renovación de los juzgadores, a su vez representantes de diversas corrientes de pensamiento jurídico, también posibilita la relectura de las disposiciones jurídicas y de los precedentes que las han aplicado, a las nuevas realidades. Tampoco puede ser válido para todos los tiempos porque la interpretación tiene siempre una referencia de actualidad sobre el orden jurídico.

Por lo tanto, no puede sostenerse la inmutabilidad de la jurisprudencia *perpetua*, lo cual habilita a esta Sala para emitir un criterio jurisprudencial innovador, al plantearse una pretensión similar a una ya conocida, cuando circunstancias especiales y justificadas obliguen a reinterpretar la normatividad (*Cfr.* con resoluciones de Improcedencia de 23-VII-2004 y de 7-VII-2005, pronunciadas respectivamente en los procesos de Inc. 20-2004 y 31-2005).

3. Al hilo de las sentencias de 25-VIII-2010 y 18-IX-2013, Inc. 1-2010 y H.C. 260-2013R, respectivamente, esta Sala ha admitido como circunstancias válidas para modificar un precedente o alejarse de él: estar en presencia de un pronunciamiento cuyos fundamentos normativos son incompletos o erróneamente interpretados; el cambio en la conformación subjetiva del Tribunal; y que los fundamentos fácticos que le motivaron han variado sustancialmente al grado de volver incoherente el pronunciamiento originario, con la realidad normada; los cuales se explican de la siguiente forma:

A. Error interpretativo.

La ruptura del *auto precedente* sugiere un expreso señalamiento de los errores interpretativos de la decisión anterior que se plantea como precedente. Señalar la parcialidad del contexto de la anterior interpretación es una condición necesaria para dotar a la nueva decisión de

fuerza argumental y para que satisfaga el estándar de justificación que el cambio de jurisprudencia reclama.

En estos casos, la delimitación del grado del error pasa por analizar si la decisión previa (o precedente) no ha tomado en consideración la eventual concurrencia de otra disposición constitucional que varíe el contexto normativo sobre el cual se basó el pronunciamiento. Tampoco quiere ello decir que la decisión que haya de tomarse en el cambio de precedente sea la única correcta, sino que cuando menos pueda considerarse admisible dentro de los límites y presupuestos normativos constitucionales íntegramente considerados. De lo que se trata, entonces, es de expresar el cambio de contexto o la parcialidad del anterior en la interpretación que el precedente expresa, la norma que concretiza mediante aquella interpretación o el desarrollo jurisprudencial del derecho invocado.

B. Cambios en la realidad normada.

La labor jurisdiccional, al igual que el Derecho y como fuente creadora del mismo, no es estática, sino que un cambio en las valoraciones fácticas puede implicar la reorientación y adecuación de criterios que hasta ese evento se mantenían como definidos. No está de más afirmar que este supuesto acarrea una carga argumentativa fáctica, en la medida en que exige que esos cambios de la realidad normada estén razonablemente acreditados dentro del proceso de inconstitucionalidad.

C. Cambio de la conformación subjetiva del Tribunal.

Los tribunales que componen el Órgano Judicial –al igual que los otros entes estatales– se entienden como medios jurídicos para la realización de los fines del Estado, y por tanto se valen también de la actividad de personas naturales para el ejercicio de sus respectivas atribuciones y competencias. Así, junto a las exigencias objetivas de predeterminación legal del juzgador, la Constitución también exige que la composición subjetiva del Órgano jurisdiccional venga determinada por ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente.

Estas tres circunstancias, no taxativas, requieren siempre de una especial justificación para habilitar el cambio de autoprecedente, en la medida en que significan la comparación argumental y dialéctica de las viejas razones –jurídicas o fácticas– con el reconocimiento actual de otras más coherentes.

4. Siguiendo el orden propuesto, conviene referirse al contenido normativo del art. 25 letra c) LACAP.

A. En la sentencia de 12-VIII-2015, Amp. 418-2012 –autoprecedente–, este Tribunal sostuvo que entre las diferentes prerrogativas de la Administración Pública derivada de los contratos administrativos, se encuentra “... la facultad de extinguir los contratos por medio de la caducidad, la cual procede en caso de incumplimiento por el particular de las obligaciones pactadas o de los términos fijados en el contrato, razón por la cual constituye una manifestación de la potestad sancionadora de la Administración Pública en materia contractual”. De ello deriva

–según la sentencia citada–, “... la posibilidad de que la Administración Pública imponga sanciones accesorias al particular cuando se haya demostrado que incurrió en alguna de las causales de caducidad del contrato, siempre y cuando dicha consecuencia jurídica se encuentre contemplada en la LACAP y sea aplicada en los términos establecidos en el referido cuerpo normativo”.

Consecuentemente, esta Sala aseveró que, “... en el ejercicio del *ius puniendi*, [el Estado] tiene la facultad de sancionar a los contratistas que hayan incumplido las cláusulas de los contratos, a fin de reprender y corregir los comportamientos que no solo atentan contra los recursos estatales, sino también contra el interés general”. Argumentación que llevó a esta Sala a afirmar que “[l]a restricción al ejercicio de la libertad económica en cuestión constituye una sanción accesoria que se encuentra justificada en el incumplimiento por parte del particular de sus obligaciones contractuales, la cual es impuesta por la Administración Pública en el ejercicio de su potestad sancionadora, con la finalidad de garantizar y proteger el interés general que se pretende satisfacer con la contratación...”, lo que implicó entender que el artículo impugnado tiene “... la modalidad de una sanción administrativa”.

B. El planteamiento argumental anterior conlleva un error interpretativo del art. 25 letra c) LACAP, al otorgarle una característica normativa que no es predicable a tal precepto legal. Tal posición tiene basamento en las siguientes consideraciones:

a. En primer lugar, los arts. 92 y 93 LACAP prescriben las formas de terminación de los contratos administrativos: la *primera* de carácter normal –cesación de los efectos del contrato–; y, la *segunda* de manera anormal –la extinción–; en esta última institución se agrupan las causales siguientes: (i) la caducidad; (ii) la resciliación; (iii) la revocación; (iv) el rescate; y, (v) las demás causas que se determinen contractualmente.

Como se observa, la caducidad indicada en el art. 25 letra c) LACAP es una modalidad de terminación contractual anticipada adoptada por la Administración en forma unilateral con efectos ejecutorios, que se produce como consecuencia de un incumplimiento de las obligaciones asumidas por el sujeto privado que contrata (Sentencia de 11-X-2007, Inc. 8-2006, y Sentencia pronunciada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de 10-XII-2014, referencia 250-2009), lo cual difiere de una sanción administrativa, pues *no tiene vinculación con algún castigo por infracción a normas administrativas, sino con una forma anormal de extinción de los contratos administrativos*.

b. Por otro lado, según lo expresado por este Tribunal en Sentencia de 28-IX-2015, Inc. 64-2013, en la que se explicitó que el procedimiento por medio del cual se declara *la caducidad de los contratos administrativos no tiene naturaleza sancionatoria*, ya que no evidencia una finalidad represiva, retributiva o de castigo por parte del Estado en uso del *ius puniendi*, sino que es un procedimiento cuya finalidad u objeto de “litigio” es la verificación de si las razones que dieron lugar a contratar se mantienen y con ellas, las obligaciones que dicho contrato ampara; en otros términos, no se trata de sancionar al administrado por el “cometimiento de una infracción”, sino

revisar si el vínculo contractual debe continuar surtiendo efectos entre las partes o no; a partir de lo anterior, se concluyó que el procedimiento contemplado en el art. 81 Reglamento de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (por medio del cual se declara la caducidad) no es de naturaleza sancionatoria, ya que la ley regula específicamente infracciones y sanciones en otros apartados –arts. 151 a 153 LACAP– para las cuales sí establece un procedimiento sancionatorio específico –art. 156 LACAP–.

c. Por último, los presupuestos constitucionalmente exigibles para la imposición de una sanción administrativa son la realización del ilícito administrativo y su imputabilidad, lo cual no se configura en el art. 25 letra c) LACAP. En efecto, tal disposición no ha sido configurada de forma que prescriba la conducta administrativamente prohibida (*Cfr.* con Sentencias de 13-VI-1999 y 25-XI-2002, Amps. 419-98 y 375-2002, respectivamente); en otras palabras, de la estructura lingüística –y normativa– del art. 25 letra c) LACAP, no se tipifica: (i) una conducta (acción u omisión) prohibida; ni, (ii) una sanción que correspondería ante la infracción; elementos fundamentales para el establecimiento de infracciones y sanciones en el orden jurídico administrativo.

Al contrario, el contenido normativo del precepto legal cuestionado más bien establece *los requisitos para la configuración de la capacidad contractual de las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que pretendan ofertar y contratar con la Administración Pública*, los cuales son: (i) la capacidad legal para obligarse, entiéndase la aptitud legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra –art. 1316 del Código Civil–; y, (ii) no incurrir en las circunstancias enunciadas por el art. 25 letra c) LACAP; de ello se sigue que la capacidad exigida –por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones de la Administración Pública– para los oferentes y contratistas, no se consolida únicamente con la capacidad para obligarse, sino también con las *condiciones habilitantes acumulativas* descritas en el precepto legal. De forma *ejemplificativa*, una persona que pretende ofertar y contratar con la Administración Pública puede tener capacidad legal para obligarse, pero a la vez, estar insolvente en el cumplimiento de las obligaciones fiscales, municipales y de seguridad social –art. 25 letra d) LACAP–, lo cual implica su imposibilidad para contratar, pues no reúne uno de los requisitos establecidos en la disposición legal en comento.

Y es que, de acuerdo con la libertad de opción de la Asamblea Legislativa, ésta tiene la atribución de regular los aspectos más significativos de la contratación pública, por ejemplo, cláusulas excepcionales, la clasificación de los contratos estatales, los deberes y derechos de las partes contratantes, la competencia y capacidad para contratar, principios fundamentales, nulidades, control de la gestión contractual, responsabilidad contractual, solución de las controversias contractuales etc., todo lo cual se encuentra sometido a los límites constitucionales.

De este modo, se advierte que uno de los aspectos que merece especial interés es la selección del contratista, es decir, de la persona natural o jurídica, nacional o extranjera que brindará los bienes o servicios a la Administración Pública; por ello, es indudable que, de la

apropiada escogencia del particular que colaborará en el logro de los cometidos estatales, depende en gran medida el éxito de la gestión contractual del Estado y, por ende, la debida satisfacción de las necesidades públicas; en ese orden, la selección que está regida por criterios objetivos, es decir, que excluye toda motivación de carácter subjetivo, representa una exigencia derivada del significado instrumental que tiene la contratación de la Administración Pública, en cuanto atiende a la realización de los fines que justifican el Estado Social de Derecho, pero también de los principios de igualdad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y transparencia que guían la función administrativa.

d. A partir de todo lo expuesto, *esta Sala rectifica la interpretación contenida en el planteamiento argumental expuesto en la sentencia pronunciada de 12-VIII-2015, Amp. 418-2012, en el sentido que el art. 25 letra c) LACAP, no contempla una sanción administrativa, sino una de las condiciones habilitantes que debe tener la persona que pretenda ofertar y contratar con la Administración Pública.*

5. Advertido lo anterior, corresponde analizar las exigencias derivadas del subprincipio de necesidad.

A. El precitado subprincipio se encuentra inserto dentro del principio de proporcionalidad, el cual es una de las herramientas que objetiva la graduación entre el control de constitucionalidad y la libertad de configuración legislativa. Dicho principio, a diferencia de otros países, no ha recibido una tipificación expresa en nuestra Ley Fundamental, es decir, no existe en el texto constitucional declaración previa sobre la exigencia de proporcionalidad en el desarrollo legislativo. Empero, ello no implica que se trate de un concepto vacío u oscuro, por el contrario, el principio de proporcionalidad está dotado de una racionalidad lógico-operacional.

Sin embargo, a tales efectos, el art. 246 Cn., establece como límite a la intervención legislativa en el desarrollo de las disposiciones constitucionales, no alterar los derechos y principios que en ellas se consagran. Prescripción normativa con la cual el Constituyente ha pretendido racionalizar las concreciones legislativas que sobre las disposiciones constitucionales se realicen.

Y es que, la disposición constitucional en comento, si bien habilita el desarrollo legislativo –regular el ejercicio– de los derechos, principios y obligaciones constitucionales, también tiene el cuidado de prohibir su alteración, es decir, la perturbación o trastorno de la esencia de un concepto jurídico, en tanto que su desarrollo no desnaturalice la disposición constitucional que lo contiene (Sentencia de 21-III-2006, Inc. 11-2004).

En ese sentido, el principio de proporcionalidad se plantea como el mecanismo argumental que determina si un contenido constitucional ha sido alterado. Efectivamente, este principio se define esencialmente como una estructura, un criterio estructural que sirve para articular las tensiones entre las disposiciones constitucionales –de poca densidad normativa– y las concreciones interpretativas sobre las mismas. Dicho principio irradia una vinculación de tipo normativo que se proyecta sobre los poderes públicos –el Legislativo, principalmente– que exige

que la limitación de derechos no sea desproporcionada, de lo contrario se debe declarar su inconstitucionalidad.

B. Así, a partir de la jurisprudencia nacional y la doctrina mayoritaria se advierte que el principio de proporcionalidad (en sentido amplio) es el parámetro para determinar la validez constitucional en la intervención lícita en los derechos fundamentales, mediante la evaluación de tres subprincipios de *idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto*, los cuales exigen la máxima realización posible, relativa tanto a las posibilidades fácticas como a las posibilidades jurídicas, es decir, como principios y no simplemente como reglas; de esta manera, para el *primero*, es indispensable la adecuación de la medida para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo; en otras palabras, la medida debe ser idónea para conseguir un fin reconocido expresa o implícitamente en la Ley Suprema por tender naturalmente a ello; el *segundo* indica la existencia (o inexistencia) de medidas alternativas que tengan la misma o mayor eficacia para lograr el fin propuesto, produciendo una afectación menos intensa de los principios o derechos objeto de intervención; en resumen, la medida adoptada debe afectar en lo mínimo posible al derecho fundamental en cuestión; y, el *tercero* (llamado también “ponderación”), se relaciona con el análisis de la intensidad de la afectación (positiva o negativa) de cada uno de los principios constitucionales en tensión; es decir, la decisión legislativa debe producir cualitativamente un beneficio para el fin constitucional mayor o igual al perjuicio que ocasiona al derecho fundamental.

C. En torno al subprincipio de necesidad –y de acuerdo al motivo de inconstitucionalidad argüido–, toda medida legislativa debe ser –entre las igualmente eficaces– la menos gravosa; lo cual conlleva el mandato del medio alternativo menos lesivo, esto es, que el sacrificio impuesto sea necesario –que no exista otro menos restrictivo– para preservar otro derecho o un bien constitucionalmente protegido.

a. *El examen de necesidad presupone la existencia de, por lo menos, un medio alternativo con el cual comparar la medida adoptada.* En esta comparación se examina si alguno de los medios alternativos logra cumplir dos exigencias: en primer lugar, si reviste por lo menos el mismo grado de idoneidad que la medida legislativa para la obtención del fin inmediato; y, en segundo lugar, si afecta al derecho fundamental en un grado menor. Si existe un medio alterno –aun hipotético– que llene estas dos exigencias, la medida legislativa debe ser declarada inconstitucional.

Sin embargo, vale aclarar que no se busca la existencia de una medida más idónea, sino de una menos gravosa. Es decir, la mayor idoneidad de un medio alternativo no es por sí solo un dato que implique la inconstitucionalidad de la medida legislativa adoptada, sino que debe cumplirse con la exigencia constitucional de ser una intervención de menor intensidad a la examinada. En esta fase, el Tribunal Constitucional efectúa una comparación entre la medida legislativa y los medios alternativos, para determinar si alguno de estos medios no afecta negativamente al derecho

fundamental o lo hace en un grado menor a la medida adoptada (Sentencia de 21-III-2006, Inc. 11-2004 --ya citada--).

Con todo, es pertinente advertir que el examen de la intervención que se practica sobre los medios alternativos tiene dos características peculiares; en primer lugar se trata de un examen hipotético, pues, a diferencia de la medida legislativa, los medios alternativos no han sido adoptados en la práctica (Cfr. con Sentencia de 29-VII-2010, Inc. 61-2009); y, en segundo lugar, en este examen no solo debe averiguarse si los medios alternativos habrían presentado y representarían una intervención en el derecho fundamental, sino también, la intensidad de la misma. El aspecto más relevante en esta etapa del análisis consiste en la comparación entre la intensidad con que la medida del Legislador interviene en el derecho fundamental y la intensidad de la intervención que los medios alternativos hubieran ocasionado sobre el derecho fundamental.

b. Ahora bien, en el desarrollo del examen de necesidad, el Tribunal Constitucional debe, por una parte, respetar la facultad de configurar el ordenamiento jurídico que posee el Legislador; y por otra, la de promover programas y ejecutar las políticas públicas de los órganos administrativos; por ende --en principio--, no corresponde a la jurisdicción constitucional efectuar una investigación integral sobre todos los medios alternativos concebibles, ni imponer a los órganos políticos y administrativos la implantación de aquellos que puedan acarrear costos exorbitantes por razones técnicas; por ello, al efectuarse el juicio de necesidad, se parte de conocimientos empíricos básicos, disponibles a toda la sociedad, para evaluar si existen medios que hipotéticamente, tengan la misma potencialidad de satisfacer el propósito legislativo, restringiendo en menor medida el derecho constitucional afectado.

c. Como el juicio de proporcionalidad es un test progresivo, se colige que, acreditada la idoneidad de la medida prescrita por el legislador, el análisis continúa con la aplicación del subprincipio de necesidad; en esta etapa, se lleva a cabo una *comparación entre la medida enjuiciada y otros medios alternativos atendiendo a los siguientes parámetros*: (i) la medida legislativa adoptada por el legislador se reputará necesaria cuando no exista un medio alternativo que, siendo igualmente idóneo, al mismo tiempo resulte más benigno desde la perspectiva de los derechos fundamentales objeto de intervención; en ese orden, (ii) el juicio de necesidad se configura como un examen de su eficiencia, es decir, de su capacidad, en comparación con otros medios, de alcanzar la finalidad propuesta con el menor sacrificio posible de otros principios en juego.

d. De todo lo anterior, se entiende que, para realizar el juicio de necesidad se requiere una *comparación de la intensidad entre las diferentes opciones que pueden existir para alcanzar el fin constitucional que se pretende cumplir a través de la intervención legislativa*; lo cual supone, indefectiblemente, que las prescripciones normativas deben ser *equiparables*, no siendo viable el cotejo de medidas desiguales.

6. Establecida la correcta interpretación del art. 25 letra c) LACAP, distinta, como se explicó, de la realizada en la decisión de 12-VIII-2015, Amp. 418-2012, y las obligaciones

derivadas del subprincipio de necesidad (entre las cuales se encuentra la comparación de la intensidad entre las diversas medidas que pudieran ser menos restrictivas de un derecho fundamental, en aras de la consecución de un fin constitucional), es insoslayable referirse al contraste internormativo planteado.

A. En primer lugar, este Tribunal ha entendido que el motivo de inconstitucionalidad alegado consiste en que, *el art. 25 letra c) LACAP establece una medida contraria al subprincipio de necesidad, al determinar la incapacidad contractual de aquellas personas naturales o jurídicas, ya sean nacionales o extranjeras, a quienes se les haya extinguido un contrato con alguna entidad de la Administración Pública, por razones atribuibles al contratista, lo cual restringe el derecho a la libertad de contratación –art. 23 Cn.–, ya que el art. 158, apartado II letra c) LACAP contempla una medida igual de efectiva, más benigna y revestida de todas las garantías que configuran el debido proceso previsto en el art. 160 de la aludida ley.*

B. En consecuencia, es patente que el ciudadano Álvarez Argueta considera inconstitucional el objeto de control porque al realizar la comparación de intensidad entre los arts. 25 letra c) y 158, apartado II letra c) LACAP, colige que ésta última disposición legal representa una medida menos gravosa (más benigna) en relación con la primera, respecto de la libertad de contratación. Dicho argumento no es idóneo para analizar el contraste internormativo planteado, postura que tiene basamento en las siguientes consideraciones:

a. Como ya fue explicado, *el artículo objeto de enjuiciamiento constitucional no implica la imposición de una sanción accesoria de carácter administrativo, sino más bien, una condición o presupuesto habilitante*, ya que: (i) la configuración lingüística –y normativa– no sugiere la descripción de una conducta (acción u omisión) prohibida, es decir, la infracción por la cual se aplicará la subsecuente sanción; (ii) su origen no se produce en razón de una sanción principal, sino de una forma anormal de extinción de los contratos administrativos –la caducidad–; y (iii) no existe un procedimiento que tenga por objeto la aplicación de la norma que contiene el art. 25 letra c) LACAP, requisito indispensable para imponer cualquier clase de sanción, ya sea penal, disciplinaria o administrativa.

b. Consecuentemente, el accionante estima la inconstitucionalidad del objeto de control porque parte de un desarrollo equívoco del juicio de necesidad, pues *compara la intensidad de una condición habilitante para contratar –art. 25 letra c) LACAP– y la sanción administrativa de inhabilitación –art. 158, apartado II letra c) LACAP–*, lo cual evidencia una confrontación entre la intensidad de dos medidas legislativas desiguales o diferentes, incurriéndose en un error insubsanable; y es que, debe recordarse, que las medidas comparadas deben ser equiparables con el objeto de determinar cuál de ellas es la menos gravosa a efecto de alcanzar el fin constitucional propuesto.

En esa línea, este Tribunal emite sus actuaciones en respuesta a las peticiones concretas que le plantean los legitimados para ello; por lo tanto, no es posible que se configure de oficio el objeto de control sobre el que debe recaer su decisión. En consecuencia, es claro que la fijación de

los componentes de la pretensión de inconstitucionalidad está a cargo, exclusivamente, del demandante, no de esta Sala, la cual –como cualquier otro órgano jurisdiccional– está sujeto al principio de imparcialidad, previsto en el art. 186 inciso 5º Cn. (Auto de 6-V-2015, Inc. 14-2015).

C. Así, se concluye que no es procedente efectuar el juicio de necesidad propio del principio de proporcionalidad, dado que el actor ha comparado la intensidad o grado de afectación de dos medidas legislativas disímiles, lo cual impide efectuar el *test* antes descrito. Debido a ello, debe *sobreseerse* por la presunta vulneración que existe en el art. 25 letra c) LACAP al derecho a la libertad de contratación establecido en el art. 23 Cn., específicamente en su faceta positiva en cuanto a poder celebrar un contrato, de manera contraria al principio de proporcionalidad, concretamente en relación con el subprincipio de necesidad.

III. Por tanto, con base en lo expuesto y en los arts. 6 n° 2 y 3, y 31 n° 3 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, esta Sala **RESUELVE**:

1. *Sobreseése* en el presente proceso con respecto a la inconstitucionalidad del – art. 25 letra c) LACAP, de la demanda presentada por la ciudadana Gabriela María Castellanos Aparicio, pues la demanda se admitió indebidamente respecto de ella, ya que no configuró adecuadamente la pretensión de inconstitucionalidad, al *no* subsanar las prevenciones que se le hiciera.

2. *Sobreseése* en el presente proceso la pretensión de inconstitucionalidad relativa al art. 25 letra c) LACAP, por la aparente violación a la libertad de contratación garantizada en el art. 23 Cn., de manera – – – – contraria al principio de proporcionalidad, concretamente en relación con el subprincipio de necesidad, ya que el demandante ha realizado el juicio de necesidad de manera errónea, al comparar dos medidas legislativas totalmente diferentes.

3. *Notifíquese*. Testados:Valen.–