

N.° 5689-E9-2024.- TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES. San José, a las trece horas con treinta minutos del nueve de agosto de dos mil veinticuatro.

CONSULTA FACULTATIVA PREVIA DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE EL PROYECTO DE LEY N.° 24.467, DENOMINADO “LEY JAGUAR PARA IMPULSAR EL DESARROLLO DE COSTA RICA”, SOBRE EL CUAL SE HA SOLICITADO AUTORIZACIÓN PARA SOMETERLO A REFERÉNDUM POR INICIATIVA CIUDADANA (EXPEDIENTE DE ESTE TRIBUNAL 320-2024).

RESULTANDO

1.- Por escrito del 30 de julio de 2024, el señor Edgar Espinoza Rodríguez solicitó que se entendiera que su voluntad no era someter a referéndum el proyecto de ley n.° 24.364 sino la iniciativa n.° 24.467, por lo que pidió modificar, en esos términos, la gestión que se tramitaba en el expediente de este Tribunal n.° 205-2024 (folios 12 a 17).

2.- El señor Alberto Cabezas Villalobos, presidente de la Asociación Agencia para el Desarrollo Accesible sin Fronteras, pidió someter a referéndum -por iniciativa ciudadana- el proyecto de ley n.° 24.467 (folios 4 a 6).

3.- Este Pleno, en resolución n.° 5513-E9-2024 y ante las gestiones de los señores Espinoza Rodríguez y Cabezas Villalobos (reseñadas en los resultandos anteriores), entendió que esos ciudadanos desistían de someter a consulta el proyecto de ley 24.364, por lo que se ordenó el archivo del expediente de este Tribunal n.° 205-2024 (legajo en el que se tramitaba esa gestión inicial: referéndum sobre la iniciativa 24.364). En ese pronunciamiento, además, se indicó que era jurídicamente inviable tramitar -en ese expediente- la nueva petición de autorización para recolectar firmas con el objetivo de someter a referéndum, por iniciativa ciudadana, esta vez el proyecto de ley n.° 24.467, denominado “Ley

jaguar para impulsar el desarrollo de Costa Rica”; por ello, se ordenó abrir este nuevo expediente (folios 18 a 21).

4.- El Magistrado Instructor, en auto de las 9:00 horas del 8 de agosto de 2024, dispuso incorporar a este legajo el proyecto de ley n.º 24.467 y, como prueba para mejor resolver, por las razones que ahí se exponen, la consulta previa de constitucionalidad que, sobre la iniciativa de ley n.º 24.364, había presentado la Contraloría General de la República el 4 de julio de este año (folio 25).

5.- Este Tribunal, en auto de las 10:45 horas del 9 de agosto de 2024, remitió copia del expediente al Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa para que, de acuerdo con lo preceptuado en el numeral 6 inciso c) de la Ley sobre Regulación del Referéndum, evalúe el proyecto n.º 24.467 desde el punto de vista formal y, luego de realizar las consultas obligatorias correspondientes, se pronuncie al respecto (folio 46).

6.- En el procedimiento se han observado las prescripciones de ley.

Redacta el Magistrado **Esquivel Faerron**; y,

CONSIDERANDO

ÚNICO.- En virtud de lo señalado por la Contraloría General de la República (órgano especializado con competencia constitucional para ejercer funciones de vigilancia en el manejo de los fondos públicos) en relación con las modificaciones a la Ley General de Contratación Pública (ley n.º 9986) y a la Ley Orgánica de la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica (JAPDEVA) (ley n.º 3091) que se pretenden con la eventual aprobación -vía referéndum de iniciativa ciudadana- del proyecto de ley n.º 24.467, así como tomando en consideración la evolución de la jurisprudencia constitucional sobre los institutos de licitación o concurso, este Tribunal Supremo de Elecciones

plantea interrogante de constitucionalidad sobre los artículos 2, 4 y 5 de la citada iniciativa que pretende someterse a consulta ciudadana.

Por ello, lo procedente es, a tenor de los ordinales 96.d) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y 6.d) de la Ley de Regulación del Referéndum, plantear la consulta facultativa previa de constitucionalidad ante la Sala Constitucional.

POR TANTO

Se presenta Consulta Facultativa Previa de Constitucionalidad sobre el proyecto de ley N.º 24.467, denominado “Ley Jaguar para el impulso del Desarrollo de Costa Rica”, con base en lo siguiente:

Legitimación

El artículo 96 inciso d) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional otorga legitimación a este Tribunal Supremo de Elecciones para presentar consulta de constitucionalidad previa sobre las iniciativas de referéndum en cualquiera de sus modalidades. Coincidente con esa regla, el legislador, en el numeral 6 inciso d) de la Ley sobre Regulación del Referéndum, habilitó a esta Autoridad Electoral para que *“En caso de considerar que la iniciativa [referido al texto de reforma legal que se pretende someter a consulta ciudadana] presenta posibles vicios de constitucionalidad, podrá remitirla a la Sala Constitucional para su respectivo examen.”*.

La Sala Constitucional precisó el alcance de esas normas y, puntualmente, indicó: *“se tiene que, corresponde al Tribunal Supremo de Elecciones la legitimación para interponer consulta facultativa de constitucionalidad a priori sobre proyectos de referéndum en cualquiera de sus modalidades, antes de la*

recolección de firmas (en el caso de la iniciativa ciudadana)...” (sentencia n.º 2024-0175457) (subrayado es propio).

Los ciudadanos Edgar Espinoza Rodríguez y Alberto Cabezas Villalobos, en su condición antes referida, han peticionado a este Órgano Constitucional la autorización para recolectar firmas con el objeto de llevar a referéndum -por iniciativa ciudadana- el proyecto de ley n.º 24.467, iniciativa que, como se verá, contiene artículos que podrían contrariar el Derecho de la Constitución.

Por ello y siendo que corresponde decidir sobre la pretendida autorización de recolección de firmas, este Pleno se entiende legitimado para acudir -en consulta- ante la Sala Constitucional.

Momento procesal en el que se formula consulta

De acuerdo con el artículo 6 de la Ley sobre Regulación de Referéndum, una vez constatado que los gestionantes cumplieron con los requisitos formales enlistados en los incisos a) y b) de ese numeral, este 9 de agosto la iniciativa fue enviada a evaluación del Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa (folio 46 del expediente electoral n.º 320-2024).

Según el texto expreso de la referida ley, el citado reparto del Poder Legislativo únicamente hace una evaluación de vicios formales, los cuales, de haberlos, subsanará de oficio. Sin embargo, si existieran dudas o se detectaran posibles vicios de constitucionalidad, el Tribunal al que debe acudir en consulta es la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

En consecuencia, corresponde -en esta etapa procesal- formular la respectiva consulta a la Sala Constitucional. Es fundamental el criterio del Órgano Jurisdiccional de Control de Constitucionalidad, como insumo para determinar si

procede o no la recolección de firmas, tomando en consideración el marco temporal definido en los artículos 2, 6, 11 y 17 de la citada Ley sobre Regulación del Referéndum, así como teniendo presente que es necesario contar con seguridad jurídica sobre el particular.

Sobre el fondo de la consulta

El numeral 2 del proyecto aspira a modificar el párrafo primero del artículo 12 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (CGR). Puntualmente, se busca explicitar que ese órgano *“no podrá sustituir o abarcar asuntos que corresponden exclusivamente a las competencias propias de la administración pública activa en toda su extensión y en el ejercicio de sus modalidades de función decisora, ejecutiva, resolutora, directiva u operativa...”*.

La redacción de esa propuesta normativa fue analizada por esa Sala Constitucional en la resolución n.º 2424-021375 de las 18:45 horas del 29 de julio de 2024, pronunciamiento en el que se señaló que era posible indicar que la CGR no puede sustituir o abarcar funciones de la Administración. Empero, surge la duda acerca de si la redacción del citado ordinal 2 del proyecto de ley n.º 24.467 (cuya formulación actual no ha sido sujeta de revisión constitucional) generaría una derogatoria tácita del resto de prescripciones del artículo 12 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

Por ejemplo, podría interpretarse que esa imposibilidad de abarcar funciones impide que el órgano contralor emita disposiciones, normas, políticas y directrices de acatamiento obligatorio para los sujetos pasivos, como actualmente lo prevé el párrafo segundo de ese numeral 12 (párrafo que expresamente no se modifica pero que, como se dijo, podría entenderse tácitamente derogado).

Además de esa asistematicidad interna que podría darse en un mismo artículo, surge la interrogante de si esa eventual derogatoria tácita implica una desmejora en las competencias de control de la CGR, puesto que, de ser así, se podría estar contrariando la jurisprudencia constitucional, según la cual *“el legislador común no puede rebajarlas, disminuirlas, suprimirlas o atribuírselas a otros órganos públicos [referido a las competencias de control y fiscalización de la Contraloría General de la República], cuando la modificación en este sentido, resultare contraria a los parámetros y principios constitucionales comentados.”* (sentencia n.º 0998-98 de las 11:30 horas del 16 de febrero de 1998).

El artículo 4 de la iniciativa que pretende someterse a consulta ciudadana modificaría el numeral 67 de la Ley General de Contratación Pública (ley n.º 9986); en esencia, se *“busca dar claridad total al uso de la figura de arrendamiento operativo”* explicitándose que *“la Administración podrá adquirir o arrendar inmuebles tanto por construir, en proceso de construcción o contruidos sobre terrenos públicos, de acuerdo con el interés público y que, en estas compras o arrendamientos, la Administración podrá incluir servicios de diseño, construcción y obra que se requieran para la mejor consecución del bienestar general.”* (exposición de motivos del expediente legislativo n.º 24.467).

Esa variación, según lo indica la Contraloría General de la República (CGR), *“abriría -indiscriminadamente- la posibilidad de desarrollar obra pública (diseño y construcción), incluso sobre terrenos del Estado...”* (folio 41 vuelto de este expediente). Adicionalmente, el órgano constitucional encargado de fiscalizar la hacienda pública considera que la *lege ferenda* -en este punto- contravendría el principio de licitación o concurso (también desarrollado en los precedentes como “principio de contratación administrativa”), previsto en el ordinal 182 constitucional;

correlativamente, a criterio de la instancia contralora, el diseño normativo propuesto afectaría otros principios de constitucional relevancia: *“admitir la contratación de diseño y construcción de obra pública bajo este mecanismo excepcional, sin los controles y requisitos esenciales de este tipo de contratos, pone en riesgo la transparencia, la equidad y la eficiencia en el uso de recursos públicos, y puede resultar en obras de baja calidad o incluso en fallos en su ejecución.”* (folio 42 vuelto de este expediente).

La jurisprudencia constitucional en punto a los alcances del numeral 182 del Texto Político Fundamental ha tenido diversas etapas. En un primer momento, la Sala Constitucional estableció que la modalidad de licitación pública era la regla general para la contratación administrativa y que solo excepcionalmente se admitirían otras formas de contratación, siempre que estuvieran previstas en la ley y fueran razonables y proporcionales (sobre esta postura pueden consultarse sentencias como las números 2101-91, 2341-91, 1490-92, 2633-93, 078-7-94, 3348-95 y 1205-96).

Durante los años 90 del siglo anterior, las Magistraturas Constitucionales sostuvieron que “la contratación del Estado debe verificarse mediante el procedimiento de la licitación, por constituir el medio idóneo para la selección del cocontratante con la Administración, en aras de proteger el interés público, concretamente en lo que respecta al control de la hacienda pública, al promover una sana administración de los fondos públicos, en virtud de los principios de publicidad, igualdad y libre concurrencia -entre otros- que orientan el concurso.” (voto n.º 2005-13910).

En lo que podría entenderse como un segundo momento jurisprudencial, el Tribunal Constitucional reconoció la posibilidad de que se introdujeran -en la ley

ordinaria- otras formas de licitación; de hecho, en la sentencia n.º 2005-13910 se argumentó que: *“si bien, en efecto la licitación pública, resulta ser un medio favorecido por el Constituyente, ello no implica la necesidad jurídica de excluir que -de forma igualmente ordinaria- pueda acudirse a las demás modalidades de licitación establecidas, las cuales, también forman parte del conjunto de modos normales de contratación administrativa amparados por el artículo 182 Constitucional, aún cuando por su propia dinámica conlleven una atenuación -que resulta ser constitucionalmente válida- de los principios constitucionales que informan la contratación administrativa”.*

En ese período se reconoce que también es posible prever en la ley ordinaria (aplica el principio de reserva de ley en esta materia) escenarios en los que se haga una contratación directa; eso sí, a decir del Tribunal Constitucional costarricense, esa modalidad es excepcional, de aplicación restrictiva. Puntualmente, sobre contrataciones no concursadas se dijo *“La razón de ser de esta excepción y su particular caracterización tiene como se indicó un fundamento sistémico constituido por el hecho de ser una válvula de escape exigida por el carácter instrumental que tiene el concurso para la contratación administrativa y que hace que se le deba conceptuar como un medio para el logro de un fin, mas no el fin en si mismo. Aun cuando no se diga expresamente, lo que se logra con esta disposición legal es que el mecanismo de la contratación directa se constituya en una salida jurídica válida cuando las modalidades de concurso ordinario se tornan en un obstáculo insalvable para el logro del fin perseguido. Se trata pues de casos excepcionales en los que el concurso (como instrumento ordinario de contratación) resulta una carga excesiva y no justificable frente al fin que se persigue, pero obviamente no en cualquier grado sino a uno tal que lo pone en*

riesgo de no poderse cumplir; asimismo, y como parece evidente de lo que viene expuesto, existe una necesaria reserva de ley para la existencia de estas excepciones que además son de interpretación restrictiva.” (resolución de la Sala Constitucional n.º 13910 - 2005).

Ahora bien, los cambios en los contextos social, institucional y económico llevaron a lo que podría entenderse como un tercer estadio jurisprudencial. La Sala Constitucional ha validado la existencia de regímenes diferenciados de contratación administrativa que excepcionen los procedimientos de concurso público, siempre que estén objetivamente justificados, se prevean en una ley en sentido formal y material, respeten los demás principios de contratación y mantengan inalterables *“los controles y evaluaciones del órgano contralor y las exigencias de transparencia”* (sentencia n.º 2016-007360).

La CGR, según lo ha definido la Magistratura Constitucional, es el órgano constitucional especializado y con *“competencia para ejercer funciones de vigilancia en el manejo de los fondos públicos y en la gestión financiera de los empleados públicos, y específicamente, para intervenir en las licitaciones (contratación administrativa)”* (sentencia de la Sala Constitucional n.º 2008-010450). Desde su perspectiva técnica, esa instancia especializada considera que la metodología de contratación que se pretende en el proyecto violentaría el parámetro constitucional, por lo que la objeta.

En ese sentido, este Tribunal Supremo de Elecciones se plantea la duda acerca de si hay una afectación al bloque de constitucionalidad o si, por el contrario, la redacción propuesta en el proyecto de ley n.º 24.467 habilita una de las excepciones al régimen de contratación pública concursada que la

jurisprudencia constitucional ha calificado de legítimas, por afincarse en criterios objetivos y razonables.

Ahora bien, en cuanto al artículo 5 de la *lege ferenda* (cuyo fin es modificar el numeral 5bis de la Ley Orgánica de JAPDEVA), la exposición de motivos del proyecto indica que esa institución podrá “desarrollar proyectos de infraestructura”, aspiración que la CGR califica de “*regresión del modelo de control en materia de contratación pública, diseñado por el Constituyente.*” (folio 44 de este expediente). La autorización legal para que JAPDEVA pueda celebrar alianzas público-privadas para el desarrollo de obras de infraestructura supone, a decir del órgano contralor, una ilegítima excepción al procedimiento de licitación constitucionalmente previsto.

La postura del citado órgano constitucional, como instancia especializada en el tema de control de las contrataciones públicas, genera la interrogante acerca de si las alianzas público-privadas contrarían el precepto constitucional según el cual “los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren (...) las instituciones autónomas [JAPDEVA es institución autónoma según el ordinal 3 de su ley orgánica], las compras que se hagan con fondos de esas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a las mismas, se harán mediante licitación...” (artículo 182 de la Constitución Política). Esa duda se funda en que, además, las excepciones al régimen de contratación (validadas por la jurisprudencia constitucional) suelen estar justificadas en el monto del contrato, baremo que no está presente en el proyecto de ley.

Pretensión

Por los razonamientos anteriormente expuestos, se solicita a la Sala Constitucional opinión consultiva en punto a si los numerales 2, 4 y 5 del proyecto de ley n.º 24.467 transgreden del Derecho de la Constitución.

Notificaciones

Se señala como lugar para recibir notificaciones la Secretaría del Tribunal Supremo de Elecciones, ubicada en el sexto piso del edificio principal de esta institución, frente al costado oeste del Parque Nacional, o bien al correo electrónico: secretariatse@tse.go.cr

Preséntese esta consulta a la Sala Constitucional y notifíquese a los señores Espinoza Rodríguez y Cabezas Villalobos.

Eugenia María Zamora Chavarría

Max Alberto Esquivel Faerron

Zetty María Bou Valverde

***Exp. 320-2024
ACT.-***

TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES

El suscrito Luis Guillermo Chinchilla Mora, Secretario General del Tribunal Supremo de Elecciones, hace constar que esta resolución se encuentra firmada de manera ológrafa por las señoras Magistradas Zamora Chavarría y Bou Valverde, así como por el señor Magistrado Esquivel Faerron. Ese documento original se encuentra debidamente agregado en el expediente n.º 320-2024. San José, 9 de agosto de 2024.