

EL ESTADO COMO CONTRATANTE: HACIA UN NUEVO MODELO DE CONTRATACIÓN GUBERNAMENTAL

ARTÍCULO

ROCÍO DE FÉLIX DÁVILA*

Introducción	1137
I. La contratación gubernamental en Puerto Rico	1138
II. El contrato de Estado: Una aproximación al concepto	1147
III. El modelo del contrato administrativo en Colombia.....	1149
IV. Hacia un modelo de contratación gubernamental en Puerto Rico	1155
Conclusión	1157

La realidad es que hay que liberar a la contratación con el Estado de las doctrinas elaboradas en el contexto de la contratación privada. Los principios de la contratación pública tienen que forjarse en el marco del mandato constitucional, descartando la noción de que el Estado cuando contrata se equipara a cualquier contratante particular.

—Michel J. Godreau Robles¹

INTRODUCCIÓN

A PESAR DE QUE LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO LIBRE ASOCIADO DE PUERTO Rico dispone que “[s]ólo se dispondrá de las propiedades y fondos públicos para fines públicos y para el sostenimiento y funcionamiento de las instituciones del Estado, y en todo caso por autoridad de ley”,² las prácticas imperantes en nuestro ordenamiento gubernamental impiden que dicha disposición opere como axioma constitucional. En lo que respecta a la contratación gubernamental, vehículo mediante el cual el patrimonio del Estado es desembolsado a entes privados, la falta de una normativa clara y coherente que atienda dicho desembolso ha tenido efectos adversos en el manejo del fisco, así como en el rol del Estado como contratante ante particulares. Si bien nuestro Tribunal Supremo ha afirmado que, como norma general, al Estado le aplican las disposiciones y doctrinas de la contratación privada contenidas en nuestro Cód-

* Editora en Jefe del Volumen 83 de la Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico; B.A., Cornell University; J.D., Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico.

¹ Michel J. Godreau Robles, *Análisis del Término 2010-2011: Obligaciones y Contratos*, 81 REV. JUR. UPR 645, 658-59 (2012).

² CONST. PR art. VI, § 9.

go Civil,³ también se ha establecido “que en la contratación por el Estado, la sana y recta administración de los fondos del Pueblo está revestida del más alto interés público, y que todo organismo gubernamental está obligado a observar cabalmente la esencia del principio consagrado [en nuestra Constitución]”.⁴ Así, mientras que los principios básicos de la contratación privada sirven como referente principal al momento de interpretar y ejecutar los contratos gubernamentales, distintas leyes han venido a suplementar esos principios mediante parámetros que rigen su perfeccionamiento. La normativa básica resultante de la combinación de esta legislación ha sido además complementada por decisiones de nuestro Tribunal Supremo, órdenes ejecutivas, opiniones del Secretario de Justicia y cartas circulares de la Oficina del Contralor.

En aras de formular una política pública que no solo aborde el imperativo constitucional, sino que, además, atienda los supuestos que implica el estado actual de nuestra economía y nuestro mercado, resulta forzoso establecer una distinción categórica entre las normas que regulan la contratación entre particulares y aquellas que operan cuando el Estado es parte de la relación contractual. De esta manera, distintos países de América Latina, así como España y Estados Unidos, han incorporado en sus ordenamientos “la doctrina de la separación entre los contratos con el Estado y los concertados entre particulares”.⁵ Este artículo tiene el propósito de estudiar el desarrollo legislativo y jurisprudencial de la contratación gubernamental en Puerto Rico con miras a contextualizar la necesidad de adoptar un modelo de contratación regido por el Derecho Público. Lejos de formular una reforma integral de la contratación pública, procuramos utilizar el Derecho Comparado como punto de partida para promover un debate crítico respecto a la contratación gubernamental en Puerto Rico.

I. LA CONTRATACIÓN GUBERNAMENTAL EN PUERTO RICO

Como norma general, los contratos suscritos entre contratantes privados y el gobierno, además de estar sujetos a la aplicación de las disposiciones del Código Civil de Puerto Rico, se rigen, también, por otras normas que establecen una serie de requisitos formales. Estos requisitos están dirigidos a proteger el interés apremiante de que los fondos públicos del Estado sean utilizados adecuadamente. Como veremos, el principio general plasmado en nuestra Constitución que exige que los fondos públicos solo sean utilizados para fines públicos y para el sostenimiento y funcionamiento de las instituciones, y en todo caso por autoridad de ley, rige la legislación relativa a la contratación gubernamental. Con este propósito, las tres ramas gubernamentales han incidido en lo que hasta ahora ha

3 De Jesús González v. Autoridad de Carreteras, 148 DPR 255, 267 (1999).

4 *Id.* en la pág. 268.

5 Véase Michel J. Godreau Robles, *Un esquema para el análisis de problemas de Derecho Civil Patrimonial*, 55 REV. JUR. UPR 9, 32 (1986) (citando a Gaspar Ariño Ortiz, *Contrato del Estado y “Common Law”*, en JOSÉ IGNACIO MONEDERO GIL, *DOCTRINA DEL CONTRATO DEL ESTADO* 6-55 (1977))

sido un desarrollo fragmentado e insuficiente de la distinción entre la contratación pública y la privada.

En lo que respecta a la Asamblea Legislativa, esta ha adoptado medidas específicas conducentes a la regulación de la contratación gubernamental. La *Ley de la Oficina del Contralor* (en adelante, “Ley 18”), en su artículo 1(a) dispone lo siguiente:

Las entidades gubernamentales y las entidades municipales del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, sin excepción alguna, mantendrán un registro de todos los contratos que otorguen, incluyendo enmiendas a los mismos, y deberán remitir copia de éstos a la Oficina del Contralor dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de otorgamiento del contrato o la enmienda.⁶

Por su parte, el inciso (d) del artículo 1 de la referida ley dispone que:

El incumplimiento con lo dispuesto en esta sección o con la disposición equivalente relacionada a registros de contratos incluidos en la sec. 4366 del Título 21, parte de la ley conocida como *Ley de Municipios Autónomos del Estado Libre Asociado de Puerto Rico*, de por sí no será causa para que un tribunal competente declare la nulidad de cualquier contrato o negocio jurídico legalmente válido. No obstante, ninguna prestación o contraprestación objeto de un contrato podrá exigirse hasta tanto se haya dado cumplimiento a lo dispuesto en esta sección.⁷

Es decir que, aun cuando un contrato gubernamental no sea invalidado por requisitos de forma, las prestaciones o contraprestaciones objeto del mismo no serán exigibles hasta tanto este no se haya registrado en la Oficina del Contralor. Así lo determinó el Tribunal Supremo de Puerto Rico cuando explicó que:

Según se dispone expresamente en la referida Ley Núm. 127, a partir de su aprobación, *los tribunales no podrán decretar la nulidad de un contrato municipal por el solo hecho de que éste no haya sido registrado ni remitido a la Oficina del Contralor*. La única *salvedad* que se hace en estos casos es a los efectos de que los contratantes *no podrán exigir ninguna de las prestaciones o contraprestaciones objeto del contrato hasta tanto éste haya sido registrado y remitido al Contralor* . . .⁸

Cabe señalar que, luego de la enmienda hecha al artículo 1 de la Ley 18, por medio de la cual se añadió el inciso (d) antes citado, la Asamblea Legislativa aprobó la *Ley para establecer los parámetros uniformes en los procesos de contratación*,⁹ la cual en su artículo 3 dispone que:

6 Ley de la Oficina del Contralor, Ley Núm. 18 de 30 de octubre de 1975, 2 LPRA § 97 (2009).

7 *Id.* Este inciso referente al incumplimiento fue añadido mediante enmienda a la ley por medio del artículo 1 de la Ley 127 de 31 de mayo de 2004.

8 Lugo Ortiz v. Municipio de Guayama, 163 DPR 208, 219 (2004).

9 Ley para establecer los parámetros uniformes en los procesos de contratación, Ley Núm. 237 de 31 de agosto de 2004, 3 LPRA §§ 8613(a)-8613(b) (2011).

Todo contrato otorgado entre una entidad gubernamental y un contratista deberá cumplir con los siguientes requisitos:

(a) El otorgamiento de un contrato de servicios profesionales o consultivo entre un contratista y el Gobierno deberá ser prospectivo. Toda entidad gubernamental pagará únicamente por servicios rendidos.

(b) Debe formalizarse por escrito e incluirse en el texto del mismo la disposición legal que faculta a la entidad gubernamental a otorgar contratos.¹⁰

De otra parte, la *Ley de contabilidad del Gobierno de Puerto Rico* dispone en el artículo 9(a) que:

Las dependencias ordenarán obligaciones y desembolsos de sus fondos públicos únicamente para obligar o pagar servicios, suministros de materiales y equipo, reclamaciones u otros conceptos que estuvieran autorizados por ley. El Secretario contabilizará las obligaciones y efectuará y contabilizará los desembolsos a través de documentos que sometan las dependencias, los cuales serán previamente aprobadas para obligación o pago por el jefe de la dependencia correspondiente o por el funcionario o empleado que éste designare como su representante autorizado.¹¹

En relación a lo que constituye una obligación para efectos de este inciso, el artículo 3(k) de la ley dispone que una obligación es “[u]n compromiso contraído que esté representado por orden de compra, contrato o documento similar, pendiente de pago, firmado por autoridad competente para gravar las asignaciones y que puede convertirse en el futuro en deuda exigible”.¹²

De lo anterior se puede colegir que, una dependencia gubernamental podrá ordenar un desembolso para pagar servicios siempre y cuando estos estén autorizados por ley. Es decir, que se debe cumplir con las formalidades requeridas por la Ley 18 para poder exigir las prestaciones y contraprestaciones objeto de un contrato.

En relación al requisito de que el contrato se otorgue por escrito, el Tribunal Supremo, en el contexto de un contrato verbal entre un municipio y una parte privada indicó que, a pesar de que en nuestra jurisdicción es permisible que partes privadas se vinculen contractualmente mediante un acuerdo verbal, “cuando se trata de un contrato suscrito por un municipio que involucra el desembolso de fondos públicos, la norma general debe dejarse a un lado. Una sana administración pública así lo exige”.¹³

El Tribunal Supremo ha afirmado, además, que este requisito tiene que cumplirse sin excepción alguna para que lo acordado tenga validez entre las par-

¹⁰ *Id.*

¹¹ Ley de contabilidad del Gobierno de Puerto Rico, Ley Núm. 230 de 23 de julio de 1974, 3 LPRA § 283(h) (2009).

¹² *Id.* § 283(b).

¹³ *Colón Colón v. Mun. de Arecibo*, 170 DPR 718, 730 (2007).

tes.¹⁴ Así, el requisito de que los contratos con entes gubernamentales consten por escrito se ha convertido en uno de carácter formal y sustantivo, cuyo propósito principal es evitar el desembolso ilegal de fondos gubernamentales, fomentar la transparencia en la gestión pública y librar “a las partes de futuras controversias . . . sobre los términos acordados originalmente, pues éstos quedan plasmados de forma objetiva en el acuerdo escrito”.¹⁵

Recientemente, en *Alco Corp. v. Mun. de Toa Alta*, nuestro más alto foro tuvo la oportunidad de reiterar las normas relativas a la contratación gubernamental expresando que los requisitos formales que deben observarse al momento de contratar con entidades gubernamentales son: (1) que el contrato se haga “constar por escrito; (2) que se mantenga un registro fiel con miras a establecer la existencia del contrato; (3) que se remita una copia de este a la Oficina del Contralor, y (4) que se acredite la certeza del tiempo, esto es, que el contrato se otorgó quince días antes”.¹⁶

Por otro lado, en *JAAP Corp. v. Depto. de Estado*,¹⁷ el Tribunal Supremo reiteró lo decidido en el caso de *Alco Corp. v. Mun. de Toa Alta*, y determinó que no procedía el cobro de cánones de arrendamiento cuando no existía un contrato escrito vigente entre las partes. Ante un supuesto de contratación retroactiva, el Tribunal expresó que “la contratación gubernamental retroactiva hace inoperante todo *control previo* a la formación de una obligación del Gobierno”.¹⁸ Asimismo, en el contexto de un contrato de servicios profesionales, el Tribunal Supremo sancionó la improcedencia de un acuerdo verbal validado mediante el otorgamiento de un contrato retroactivo.¹⁹

A pesar de la existencia de requisitos constitutivos formales para la otorgación de contratos gubernamentales, distintas decisiones de nuestro Tribunal Supremo han sido ambivalentes en torno al dilema que se suscita cuando se intentan aplicar normas del Derecho Privado a la interpretación de contratos gubernamentales. Por ejemplo, en materia de la aplicación de las doctrinas en equidad, nuestro Tribunal ha estado dispuesto a exceptuar al Estado de las normas aplicables a la contratación privada con el fin de proteger el fisco.

En lo relativo a la doctrina de enriquecimiento injusto, por ejemplo, en *Ortiz Andújar v. ELA*, el Tribunal Supremo admitió la posibilidad de que esta aplicara contra el Estado previa satisfacción de determinados requisitos, a saber: (1) la existencia de un enriquecimiento; (2) un correlativo empobrecimiento; (3) la conexión entre empobrecimiento y enriquecimiento; (4) la falta de causa que

¹⁴ *Ríos v. Mun. de Isabela*, 159 DPR 839, 846 (2003); *Fernández & Gutiérrez, Inc. v. Mun. de San Juan*, 147 DPR 824, 833 (1999); *Hatton v. Mun. de Ponce*, 134 DPR 1001, 1006 (1994).

¹⁵ *Colón*, 170 DPR en la pág. 726.

¹⁶ *Alco Corp. v. Mun. de Toa Alta*, 183 DPR 530, 537 (2011).

¹⁷ *Jaap Corp. v. Depto. de Estado*, 187 DPR 730 (2013).

¹⁸ *Id.* en la pág. 748.

¹⁹ *Rodríguez Ramos v. ELA*, 190 DPR 448, 452 (2014).

justifique el enriquecimiento, y (5) la inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del enriquecimiento sin causa.²⁰

Al definir el alcance de la doctrina de enriquecimiento injusto, el Tribunal Supremo ha establecido que esta no será de aplicación cuando resulte contraria a una clara política pública, plasmada en un estatuto o en la Constitución. Así, se ha afirmado que “al otorgar convenios que violenten de forma abierta principios de sana administración pública plasmados en nuestras leyes, no debe invocarse la doctrina del enriquecimiento injusto, pues su efecto sería violentar principios de suma importancia encarnados en la Constitución y en las leyes del País”.²¹ En efecto, y dado lo anterior, en *Ortiz Andújar* nuestro más alto foro pareció limitar el alcance de dicha doctrina a situaciones en las que el Estado se beneficie, sin causa, a costa de un particular cuando entre ambos no exista una relación contractual previa; esto es, en relaciones extracontractuales. Después de *Ortiz Andújar* queda claro que la doctrina en cuestión no podrá utilizarse como subterfugio para evadir los rigores de la contratación gubernamental. Algo similar debería ocurrir con la posibilidad de pactar prórrogas automáticas o cláusulas potestativas.²²

²⁰ *Ortiz Andújar v. ELA*, 122 DPR 817, 823 (1988) (citando a MANUEL ALBALADEJO, COMENTARIOS AL CÓDIGO CIVIL Y COMPILACIONES FORALES 27-28 (1984)).

²¹ *ELA v. Cole*, 164 DPR 608, 634 (2005).

²² La Opinión más reciente del Tribunal Supremo con relación a los contratos gubernamentales abordó la aplicación de la figura de la tácita reconducción, según preceptuada en el artículo 1456 del Código Civil. CÓD. CIV. PR art. 1456, 31 LPRA § 4063 (1990). El Tribunal determinó que “[l]a naturaleza de la figura de la tácita reconducción no es compatible con las leyes ni la jurisprudencia que regulan la contratación gubernamental”. *Vicar Builders Development, Inc. v. ELA*, 2015 TSPR 13, en la pág. 12. Razonó el Tribunal que aplicar la figura de la tácita reconducción en ese contexto implicaría que el nuevo contrato que surge de la reconducción tácita podrá reducirse a escrito posteriormente, por lo que se avalaría la contratación retroactiva con el gobierno. Los fundamentos que sustentan la determinación del Tribunal aluden precisamente a los efectos nocivos que traería consigo la operación de la tácita reconducción en la contratación gubernamental, tal y como la falta de transparencia en esa gestión y el otorgamiento de contratos con términos mayores a los originalmente pactados. Curiosamente, la Opinión también alude a la posibilidad de incluir en un contrato gubernamental cláusulas que contemplen “bajo qué condiciones se extendería el arrendamiento, por cuánto tiempo adicional y cuál será el canon a pagar”. *Id.* en las págs. 15-16. Además, la Opinión indica que “[i]ncluso, y sin pretender ser exhaustivos, las partes cuentan con la alternativa de incluir cláusulas penales en sus contratos para evitar que una parte se vea afectada ante el incumplimiento de la otra”. *Id.* en la pág. 16. Si bien coincido con la negativa del Tribunal de aplicar la figura de la tácita reconducción, considero que la inclusión de este tipo de cláusulas en un contrato gubernamental conllevaría darle la vuelta a los rigores de la contratación gubernamental. En cuanto a cláusulas que extiendan los términos del contrato, la legislación y la jurisprudencia discutida claramente exigen que en la renovación del contrato se cumplan con todas las formalidades requeridas para el contrato original. Admitir la inclusión de este tipo de cláusula significaría, en efecto, permitirle a las partes pactar una modalidad de reconducción contractual, si bien no tácita. Así, no me parece una buena práctica la inclusión de cláusulas que contemplen la extensión del término de un contrato gubernamental, aún si ésta se condiciona. Mucho menos deberían admitirse cláusulas penales que, ante el incumplimiento por parte del Estado, podrían representar una pérdida significativa para el fisco. Ambas prácticas, suponen cierta incertidumbre con relación a los términos de un contrato. Permitir lo anterior indudablemente contravendría las exigencias legales imperantes en nuestro ordenamiento, las cuales, como hemos visto, persiguen la seguridad, la transparencia y la publicidad de la gestión gubernamental.

En *Plan de Bienestar de Salud v. Alcalde de Cabo Rojo*, el Tribunal Supremo se expresó en torno a los parámetros que deben ser evaluados siempre que se presenten controversias en cuanto a la aplicación de la doctrina de enriquecimiento injusto. En dicho caso, se enumeraron las normas que rigen el enriquecimiento sin causa y se estableció que: (1) “[l]a doctrina del enriquecimiento injusto es aplicable, dentro de determinadas situaciones, a los órganos administrativos”; (2) “[l]a aplicación de la doctrina dependerá de las circunstancias específicas de cada caso”, ya que el “Código Civil no agota las situaciones a las que la doctrina se extiende”, y (3) “[l]a doctrina del enriquecimiento injusto no es invocable cuando su efecto es vulnerar un principio importante de orden público encarnado en la Constitución o las leyes del país”.²³

Más adelante, en *Hatton v. Mun. de Ponce*, se reiteró esta norma y, al definir el alcance de la doctrina de enriquecimiento injusto, se estableció que esta “no se aplicará cuando resulte contrari[a] a una clara política pública, plasmada en un estatuto o en la Constitución”.²⁴ Asimismo, en *Mun. de Ponce v. Gobernador*,²⁵ se discutió nuevamente este aspecto limitativo de la aplicación de la doctrina y el juez asociado Rebollo López reiteró que, al otorgar convenios que violenten de forma abierta principios de sana administración pública plasmados en las leyes, no debe invocarse la doctrina del enriquecimiento injusto.

Cabe señalar que, recientemente, en *Mun. de Quebradillas v. Corp. de Salud de Lares*,²⁶ nuestro Tribunal Supremo determinó que un municipio sí podía ampararse en la doctrina de enriquecimiento injusto para reclamar una cuantía que se le adeudaba por un contrato que había advenido nulo. En ese caso, era el Municipio el que exigía una cuantía adeudada en virtud de un contrato que no había cumplido con los requisitos formales que exige la legislación. Para resolver la controversia, el Tribunal acudió precisamente a la excepción que establece que no permitir una acción de enriquecimiento injusto contravendría la política pública que requiere la sana administración de los fondos públicos.²⁷ Así, el Tribunal dio a entender que la doctrina de enriquecimiento injusto será de aplicación en los casos en que el acreedor sea el municipio o una entidad gubernamental y el deudor sea un ente privado. No será así, sin embargo, cuando el acreedor sea un ente privado y el deudor sea un ente gubernamental, pues, como se ha discutido, los supuestos que rigen la libre contratación están supeditados a las disposiciones legales anteriormente discutidas. Intereses y consideraciones de política pública justifican, hasta cierto punto, tal asimetría. En relación a este caso, sin embargo, el profesor Michel Godreau acertadamente señala que:

mental. Habrá que ver cómo nuestro Tribunal examinará la inclusión de este tipo de cláusulas en un contrato gubernamental luego de haberlas validado vía *dicta*.

23 *Plan de Bienestar de Salud v. Alcalde de Cabo Rojo*, 114 DPR 697, 703 (1983).

24 *Hatton v. Mun. de Ponce*, 134 DPR 1001, 1010 (1994).

25 *Mun. de Ponce v. Gobernador*, 138 DPR 431, 448 (1995) (Rebollo López, opinión disidente).

26 *Mun. de Quebradillas v. Corp. de Salud de Lares*, 180 DPR 1003 (2011).

27 *Id.* en la pág. 1020.

[E] recurrir a la doctrina del enriquecimiento injusto o sin causa tiene sus escollos. En primer lugar, porque conforme a esta doctrina, si desde el inicio se vislumbró que la fuente de la relación obligatoria sería el contrato pero éste no llega a perfeccionarse, no procede invocar la doctrina del enriquecimiento sin causa. En segundo lugar, mucho menos puede invocarse la doctrina si el contrato es ilegal, como ocurre en este caso.²⁸

Por lo tanto, ya que la relación entre el Municipio y la Corporación de Salud era una de carácter contractual en sus inicios, era improcedente aplicar la doctrina de enriquecimiento sin causa pues la causa era precisamente el contrato que advino nulo al incumplir con las formalidades requeridas por la ley.

Como hemos mencionado, además de la legislación especial y la jurisprudencia que se ha desarrollado, la reglamentación de la contratación gubernamental ha estado sujeta a distintos pronunciamientos de la Rama Ejecutiva. Resulta indispensable analizar dichos pronunciamientos con el fin de indagar respecto a la facultad que debe tener el poder ejecutivo al momento de definir los contornos de la contratación ejecutada por las agencias que son parte de esa rama gubernamental.

La Orden Ejecutiva Núm. 23 de 22 de junio de 2006,²⁹ emitida por el exgobernador Aníbal Acevedo Vilá, reconoció, bajo circunstancias específicas, la contratación informal, siempre y cuando los principios básicos de contratación previstos en el Código Civil —consentimiento, objeto y causa— fueren satisfechos.³⁰ Dicha Orden Ejecutiva dispuso que, en situaciones de emergencia en las que fuese imposible cumplir con los requisitos formales de la contratación gubernamental, podría recurrirse al otorgamiento de contratos retroactivos. Específicamente, la referida orden dispuso que:

La utilización, por parte de las agencias e instrumentalidades públicas, de contratos formales con vigencia retroactiva que incorporan los términos y condiciones de contratos informales que fueron debidamente perfeccionados por la autoridad competente mediando certificación de fondos y justificación previa, es válida en casos excepcionales donde la prestación inmediata de los servicios es esencial y no puede postergarse al cumplimiento previo con el proceso formal completo de contratación y registro en la Oficina del Contralor.³¹

La orden también dispuso que los servicios que prestase un contratista sin que se hubiese otorgado un contrato formal debidamente registrado en la Oficina del Contralor solo serían pagados en aquellos casos verdaderamente excep-

²⁸ Michel Godreau, *supra* nota 1, en la pág. 658.

²⁹ Boletín Administrativo Núm. OE-2006-23.

³⁰ *Id.* en la pág. 3.

³¹ *Id.* en la pág. 2. Previo a esta orden ejecutiva, los contratos retroactivos habían sido objeto de contundentes señalamientos por parte de la Oficina del Contralor y el Departamento de Justicia. Véase, e.g., Oficina del Contralor, *Carta Circular Núm. OC-98-01, Resoluciones de reconocimiento retroactivo de deuda conocidas como "nunc pro tunc"*, 8 de julio de 1997; *Op. Sec. Just. Núm. 2001-14*, 2 de julio de 2001.

cionales en los cuales existiera la debida justificación y en que se hubiese perfeccionado un contrato informal.³² Finalmente, se estableció que, en casos de emergencia extrema, se podría proceder con el desembolso de fondos por servicios prestados siempre y cuando dichos servicios fuesen:

[N]ecesarios para evitar daños a la integridad corporal, a la vida o a los derechos civiles de una persona, o algún otro tipo de daño extraordinario e irreparable al patrimonio del ELA o de una persona a causa de un caso fortuito o fuerza mayor, o de una orden judicial³³

En esos casos, será preciso hacer constar en el contrato formal que se otorgue con posterioridad las circunstancias extraordinarias presentes al momento de desembolsar los fondos y las razones detrás de la imposibilidad de perfeccionar un contrato en ese momento.³⁴ Claramente, dicha orden supuso una excepción, por vía del poder ejecutivo, a la normativa aplicable a la contratación gubernamental.

Por su parte, la Orden Ejecutiva Núm. 27 de 30 de junio de 2008,³⁵ la cual enmendó la Orden Ejecutiva de 2006, tuvo el efecto de ampliar el poder conferido a los jefes de agencias e instrumentalidades gubernamentales para otorgar de manera retroactiva —del 1 de julio de 2006 y hasta el 31 de diciembre de 2008—, contratos informales en casos meritorios que requirieran ofrecer algún servicio o mantener su estructura operativa. Además, facultó al Secretario de la Gobernación a aprobar transacciones y contratos que no cumplieren con los requisitos formales establecidos mediante legislación.³⁶

La Oficina del Contralor, por su parte, reaccionó a lo preceptuado en ambas órdenes ejecutivas en una Carta Circular emitida el 11 de agosto de 2008. En dicha misiva, el entonces Contralor, Manuel Díaz Saldaña, indicó que:

Entendemos que estas *órdenes ejecutivas* son contrarias a las disposiciones de la *Ley Núm. 18*, según enmendada por la *Ley Núm. 127*, de la *Ley Núm. 237* y la jurisprudencia interpretativa de nuestro Tribunal Supremo. Por ello, emitimos esta *Carta Circular* para informarles que en el descargo de nuestra facultad constitucional, en los procesos de auditoría, nuestra Oficina examinará, con su acostumbrada independencia y objetividad, todas las transacciones en armonía con el estado de derecho prevaeciente. Toda vez que no puede darse ninguna prestación o contraprestación ni emitirse pago alguno hasta tanto se registre y remita copia del contrato a la Oficina del Contralor de Puerto Rico, emitiremos los

³² Id. en la pág. 5.

³³ Id. en la pág. 8.

³⁴ Id.

³⁵ Boletín Administrativo Núm. OE-2008-27.

³⁶ Id. en la pág. 3.

hallazgos correspondientes y se podrá recomendar, entre otras cosas, el recobro de los fondos públicos de incumplirse con tal obligación.³⁷

Cabe destacar, que la oposición del Contralor a dichas órdenes ejecutivas respondió a las funciones que le han sido delegadas a este, tanto por la Constitución, como por la Ley Núm. 9 de 24 de julio de 1952, según enmendada, la cual dispone que este funcionario:

[T]endrá las funciones que se le asignan en el art. III, sec. 22, de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, y las ejercerá tanto con respecto a las cuentas, los fondos, los ingresos, los desembolsos y las propiedades del Gobierno como a los que se tuvieren en fideicomiso. En el ejercicio de estas funciones el Contralor podrá emplear normas generalmente aceptadas o métodos que estén de acuerdo con las prácticas corrientes en el examen de cuentas.³⁸

No obstante las funciones que se le reconocen al Contralor —quien le es responsable principalmente a la Asamblea Legislativa— en una Carta Circular emitida por el Secretario de Justicia, el 12 de junio de 2009, se contemplaron nuevamente situaciones en las que no hubiese mediado un contrato escrito y se recomendó revisar la legislación vigente para atender situaciones en que la entidad gubernamental se viera obligada a requerir que se prestaran servicios pero, por razones justificadas, no se hubiese podido otorgar y registrar un contrato conforme a la normativa aplicable. Se recaló que “[c]ualquier enmienda a [la legislación vigente] deberá contener suficientes controles y garantías, de modo que no se frustre el propósito cardinal de la legislación”.³⁹ En una Carta Circular posterior, emitida el 26 de enero de 2012, se reiteraron los requisitos formales de la contratación gubernamental, enfatizando la prospectividad de los contratos y la necesidad de que los mismos constaran por escrito, derogando expresamente el mecanismo excepcional para el otorgamiento de contratos retroactivos dispuesto en la Carta Circular de 2009.⁴⁰ No obstante, el 30 de abril de 2012, otra Carta Circular intentó atender las dudas e inquietudes relacionadas al otorgamiento de contratos en situaciones de emergencia.⁴¹ La misiva precisó que la normativa vigente no abarcaba “todos los escenarios posibles ni la diversidad de situaciones

³⁷ Oficina del Contralor, *Carta Circular Núm. OC-09-10, Disposiciones legales aplicables a la contratación gubernamental*, 11 de agosto de 2008 (derogada por Oficina del Contralor, *Carta Circular Núm. OC-15-13, Normas legales recientes aplicables a la contratación gubernamental*, 16 de enero de 2015).

³⁸ Ley para crear y organizar la Oficina del Contralor de Puerto Rico, Ley Núm. 9 de 24 de julio de 1952, 2 LPRA § 73 (2009).

³⁹ Departamento de Justicia, *Carta Circular Núm. 2009-04, Medidas en torno a la prospectividad y a la formalidad de los contratos otorgados con las entidades gubernamentales*, 12 de junio de 2009, en la pág. 13.

⁴⁰ Departamento de Justicia, *Carta Circular Núm. 2012-01, Prospectividad y formalidad de contratos*, 26 de enero de 2012.

⁴¹ Departamento de Justicia, *Carta Circular Núm. 2012-02, Precisiones en torno a la formalidad de los contratos*, 30 de abril de 2012.

que se suscitan en el contexto gubernamental. La misma no dispone, por ejemplo, sobre la viabilidad de recurrir a procesos alternos en verdaderos casos de emergencia”.⁴²

Así, la Carta Circular dispuso que situaciones de emergencia que ameritaran un procedimiento distinto al establecido por la legislación y la jurisprudencia deben ser aquellas “que requiera[n] acción inmediata y que esté[n] relacionada[s] con servicios esenciales, tales como la salud, la seguridad y el bienestar público”.⁴³

A esos efectos, la Carta estableció que la instrumentalidad gubernamental debía establecer la necesidad real de una contratación exenta del trámite regular. Además, se preceptuó que la contratación informal debía cumplir con los requisitos básicos de todo contrato y que los fondos necesarios para la contratación debían estar disponibles. La formalización posterior del acuerdo debería también enviarse a la Oficina del Contralor.⁴⁴ Finalmente, en una reciente Opinión del Secretario de Justicia,⁴⁵ se reiteró la importancia de que los contratos gubernamentales constaran por escrito mas, sin embargo, se aludió expresamente al mecanismo contemplado en la Carta Circular 2012-02 advirtiéndole a la agencia, en este caso la Administración para el Sustento de Menores, que recurrir a dicho mecanismo no la eximiría de un señalamiento del Contralor.⁴⁶

Los pronunciamientos de la Rama Ejecutiva en torno a la irretroactividad de la contratación gubernamental han sido un tanto ambivalentes en cuanto al reconocimiento de excepciones, ya sean temporales o permanentes, a la normativa plasmada en la jurisprudencia y la legislación en relación a la contratación gubernamental. En última instancia, los preceptos legislativos no deberían estar sujetos a los vaivenes de las administraciones de turno, lo que hace aún más imperiosa la adopción de una legislación de carácter unitario que atienda el tema de la contratación gubernamental de forma coherente y consistente y que impida, además, la intromisión constante de la Rama Ejecutiva en los contratos otorgados por sus propias agencias.

II. EL CONTRATO DE ESTADO: UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO

El tema de la contratación gubernamental supone una dicotomía entre el concepto de la autonomía de la voluntad que debe imperar entre contratantes en igualdad de condiciones y la primacía de los intereses del Estado por encima de

⁴² *Id.* en la pág. 3.

⁴³ *Id.* en la pág. 4. Nótese que la *Ley de procedimiento administrativo uniforme* contempla un procedimiento similar en lo que respecta a la aprobación de Reglamentos. Véase *Ley de procedimiento administrativo uniforme*, Ley Núm. 170 de 12 de agosto de 1988, 3 LPRÁ §2133 (2011). No obstante, en esos casos la emergencia deberá estar debidamente certificada por el Gobernador, limitando así el ámbito de discreción de las agencias gubernamentales.

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ *Op. Sec. Just. Núm. 2013-2*, 6 de marzo de 2013.

⁴⁶ *Id.* en la pág. 11.

los intereses de los particulares. En atención a esta dicotomía, distintas jurisdicciones han decidido delimitar el concepto de contrato gubernamental,⁴⁷ con el fin de diferenciarlo del contrato privado y establecer parámetros que rijan su otorgamiento e interpretación dentro del campo del Derecho Público. La posibilidad de delimitar un concepto de contrato gubernamental o administrativo, empero, ha sido objeto de debate.

Por un lado, aquellos que se oponen al concepto plantean que, en una relación contractual entre el Estado y un ente privado, el primero “actúa en una posición de supremacía, a veces muy ostensible”,⁴⁸ por lo que la falta de la debida igualdad entre las partes impide la creación de un vínculo contractual. También se ha planteado que la autonomía de la voluntad que caracteriza la contratación privada no es posible en el contexto de la contratación administrativa. Esto, porque “la Administración sólo puede actuar con arreglo a las normas que la rigen y, en cuanto a los particulares, porque éstos sólo pueden aceptar o rechazar los términos fijados por la Administración, resultantes del orden normativo vigente, sin posibilidad de discutirlos, alterarlos o dejarlos sin efecto”.⁴⁹ Finalmente, se arguye que el concepto unitario del Derecho, el cual “rechaza la existencia de la dualidad derecho público-derecho privado, impide distinguir entre contratos civiles y contratos administrativos”.⁵⁰

Por otro lado, los proponentes del concepto del contrato administrativo argumentan que estos existen siempre que una de las partes contratantes sea la Administración Pública —esto es, el Estado— en tal capacidad.⁵¹ Se plantea, además, que los contratos administrativos deben considerarse en atención “a la observancia de ciertas formas muy especiales que se cumplen para su concertación, como la existencia de pliegos y condiciones, la exigencia de licitación, etc.”.⁵² Finalmente, se arguye que los contratos administrativos se fundamentan en los fines que persigue su otorgamiento, como por ejemplo, la prestación de un servicio público o la administración de una utilidad pública. En algunos países, los contratos administrativos son distinguibles, además, por “la inserción, en sus disposiciones, de cláusulas exorbitantes del derecho privado, es decir, de cláusulas que no concebirían ni se admitirían en un contrato de derecho privado”.⁵³

⁴⁷ Para efectos de este escrito, el concepto de contrato gubernamental es equivalente al llamado contrato administrativo.

⁴⁸ I JULIO RODOLFO COMADIRA & HÉCTOR JORGE ESCOLA, CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO 725 (2012).

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ Comentan Comadira y Escola que esta concepción ha sido objeto de críticas al no precisar cuándo se celebra un contrato administrativo y cuándo no. Habrá instancias, por ejemplo, en las cuales el Estado fungirá como contratante privado, por lo que es preciso delimitar el concepto de un contrato en el que el interés público requiera que los intereses del Estado prevalezcan sobre aquellos de un particular. Véase *id.* en las págs. 725-26.

⁵² *Id.* en la pág. 726.

⁵³ *Id.*

Para la adopción de un esquema reglamentario que atienda las particularidades de la contratación gubernamental, resulta imprescindible diferenciar el contrato administrativo del contrato de Derecho Privado. Esta diferenciación, no obstante, debe trascender el hecho de que es la Administración Pública quien otorga el contrato pues dicho criterio resulta insuficiente y debe atender el objeto de la contratación. Es importante señalar que, mientras que “el derecho privado se caracteriza por referirse a relaciones jurídicas de coordinación, . . . el derecho público trataría de las relaciones que se establecen bajo la forma de la supraordinación o subordinación, correspondiendo la posición preeminente, como es obvio, a la Administración Pública, al Estado”.⁵⁴ Así, el contrato administrativo no es otra cosa que “aquella actividad estatal cuyo objeto es la realización de los cometidos estatales que requieren ejecución práctica, mediante actos jurídicos y operaciones materiales”.⁵⁵ Consecuentemente, los contratos administrativos deben tener el fin primordial de satisfacer las necesidades colectivas y el interés público.

Fundamentalmente, mediante la contratación con el sector privado, el Estado deriva actividad económica propia mientras provee a los ciudadanos bienes y servicios que de otra manera podrían ser inasequibles. La relación que resulta de un contrato gubernamental es inherentemente distinta a aquella que surge de un contrato entre entes privados. Ya que la naturaleza misma de la relación contractual, así como la personalidad de uno de los contratantes implican una desigualdad poco característica de la contratación privada, el Estado tiene un deber de “garantizar el equilibrio económico, a fin de no desestimular a los contratistas particulares que contribuyen en esta forma al logro del interés general de la comunidad”.⁵⁶

Por último, a pesar de que el contrato administrativo no se diferencia estructuralmente del contrato en el Derecho Privado, particularidades relativas a su finalidad, los intereses que atiende y el patrimonio que queda sujeto al vínculo contractual exigen un modelo singular que preceptúe las normas aplicables a la formación de la autonomía pública y la ejecución de la misma.

III. EL MODELO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA

En Colombia, el reconocimiento de los contratos administrativos ha resultado en el desarrollo de un régimen jurídico especial que, aunque no descarta por completo la aplicación del Derecho Privado, establece criterios uniformes para la formalización e interpretación de los mismos. Durante la década de los sesenta, por influencia del Derecho francés, la consideración de los contratos administrativos como contratos de Derecho Privado comenzó a cuestionarse. Hasta el año 1975, el tema de los contratos administrativos estuvo sujeto a criterios jurisprudenciales.

54 *Id.* en la pág. 732.

55 *Id.* (citando a I ENRIQUE SAYAGÜES LASO, TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO 46 (1953)).

56 LUISA FERNÁNDEZ MEJÍA, LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO 3 (1987).

denciales y “solo excepcionalmente y en forma muy parcial la ley se ocupaba de él”.⁵⁷ Mediante la Ley 28 de 1974, se le confirieron al poder ejecutivo facultades extraordinarias para dictar normas en materia de estos contratos procurando un “régimen armónico y global sobre la materia”.⁵⁸ Finalmente, en el año 1993, se estableció el régimen actual de contratación de la administración pública mediante la Ley 80 de 1993, según enmendada (en adelante, “Ley 80”). Dicho estatuto denomina los contratos administrativos como contratos estatales, los cuales son definidos como “todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades [estatales], previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad”.⁵⁹ La ley específicamente contempla los siguientes tipos de contratos estatales: (1) contrato de obra; (2) contrato de consultoría; (3) contrato de prestación de servicios; (4) contrato de concesión, y (5) encargos fiduciarios y fiducia pública.⁶⁰ La ley, además, provee mecanismos para la solución de controversias contractuales entre las entidades estatales y los contratistas tal y como cláusulas compromisorias, el arbitraje y la transacción.⁶¹ Asimismo, el artículo 75 de la referida ley establece que, sin perjuicio de los mecanismos de solución directa antes mencionados, el juez competente para conocer controversias derivadas de la contratación estatal y el cumplimiento o ejecución de los contratos estatales será un juez administrativo de los tribunales administrativos o del Consejo de Estado.⁶²

El régimen prevalente en Colombia, además, reúne las siguientes reglas especiales para la contratación con el Estado:

1. La capacidad de los particulares para contratar está limitada por una serie de causales de inhabilidad en incompatibilidad y por la obligación, salvo excepciones, de estar inscrito en el registro único de proponentes;
2. La capacidad para contratar por parte de las entidades públicas está regida por normas de derecho público;
3. La escogencia de los contratistas, contrariamente a la situación del derecho privado, está fuertemente limitada hasta el punto de que la regla general es que la administración no puede escoger libremente a su contratista, sino que esa escogencia debe someterse a una especie de procedimientos de estricto cumplimiento;
4. Además de las cláusulas sobre objeto, valor y término, que puede decirse que son las únicas obligatorias en los contratos de los particulares, en los de la administración deben incluirse necesariamente otras que son especiales para estos contratos;
5. Algunas clases de contratos están sometidos a normas especiales, diferentes de las que rigen el mismo tipo de contrato en el derecho privado;

57 LIBARDO RODRÍGUEZ, DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL Y COLOMBIANO 505 (18va ed. 2013).

58 *Id.*

59 L. 80/93, 28 de octubre de 2006, DIARIO OFICIAL [D.O.] (Colom.), art. 32.

60 *Id.*

61 Véase *id.* arts. 68 & 70.

62 *Id.* art. 75.

6. El nacimiento legal del contrato, es decir, su perfeccionamiento, está sometido a requisitos especiales, así como lo están los requisitos de ejecución del contrato;
7. Fuera de las causales comunes de nulidad, existen causales especiales para estos contratos;
8. Existe la figura de la liquidación, reglamentada de manera especial y obligatoria para algunos casos;
9. Las responsabilidades civiles emanadas de estos contratos también presentan ciertas particularidades, y
10. El estatuto consagra una serie de principios de la contratación estatal, regulados por normas propias.⁶³

Además, el régimen atiende los principios de transparencia, economía, responsabilidad, ecuación contractual, interpretación de la contratación estatal y el de selección objetiva de contratistas. De particular importancia resulta el principio de transparencia, contenido en el artículo 24 de la ley. Conforme a este principio rector, toda actividad contractual estatal debe realizarse de manera pública e imparcial con el propósito de garantizar igualdad de oportunidades a los contratistas y la selección objetiva de los mismos. La transparencia preserva de igual manera la legitimidad del Estado como contratante. La transparencia exige la publicidad de todos los procesos de licitación y permite, además, la celebración de audiencias públicas en la selección de los contratantes. Exige, también, que todas las actuaciones de las autoridades gubernamentales sean públicas y que los expedientes que las detallen estén abiertos al público. Finalmente, la transparencia exige que se indiquen en los pliegos de condiciones o términos de referencia los requisitos objetivos necesarios para ser parte del proceso de selección, estableciendo reglas objetivas y claras que permitan la confección de contratos de manera objetiva.⁶⁴

En lo que respecta a los requisitos para la celebración de los contratos estatales, el artículo 41 de la Ley 80 dispone que estos se perfeccionan cuando se logra un acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y ese acuerdo es elevado a escrito. La exigencia de que el contrato debe constar por escrito, no obstante, contempla una excepción: casos de situaciones de urgencia manifiesta que no permitan la suscripción del contrato escrito. En estos casos, se podrá prescindir del contrato y bastará con dejar constancia escrita de la autorización impartida por la entidad gubernamental contratante. En estas instancias, la contraprestación económica por parte del Estado se acordará con posterioridad al inicio de la ejecución de los servicios u obras contratadas. De no llegarse a un acuerdo respecto al valor de dicha contraprestación, el mismo será determinado por el justiprecio objetivo de la entidad u organismo respectivo que tenga el carácter de cuerpo consultivo del gobierno o, a falta de este, un perito convenido por las

63 RODRÍGUEZ, *supra* nota 57, en las págs. 510-11.

64 L. 80/93, 28 de octubre de 2006, DIARIO OFICIAL [D.O.] (Colom.), art 24. Véase también RODRÍGUEZ, *supra* nota 57, en las págs. 528-29.

partes.⁶⁵ Por su parte, el artículo 42 de la Ley 80 define una urgencia manifiesta de la siguiente manera:

Existe urgencia manifiesta cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro; cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción; cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, en general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o concurso públicos.

La urgencia manifiesta se declarará mediante acto administrativo motivado.⁶⁶

Asimismo, los contratos celebrados con base a una urgencia manifiesta, serán fiscalizados mediante el mecanismo dispuesto en el artículo 43 de la ley, el cual exige al funcionario u organismo encargado del control fiscal en la agencia que suscriba el contrato pronunciarse dentro de los dos meses siguientes al otorgamiento de este, detallando los hechos y circunstancias que conllevaron la contratación de urgencia. Además, al artículo 43 dispone que “[s]i fuere procedente, dicho funcionario u organismo solicitará al jefe inmediato del servidor público que celebró los referidos contratos o a la autoridad competente, . . . la iniciación de la correspondiente investigación disciplinaria y dispondrá el envío del asunto a los funcionarios competentes para el conocimiento de las otras acciones”.⁶⁷ Una contratación indebida bajo estas circunstancias será causal de mala conducta.⁶⁸ Es decir, el funcionario será amonestado por razón de su actuación ilegal. Esto, independientemente de las repercusiones que tenga su actuación sobre las partes y el contrato en sí.

Otros requisitos relativos a la celebración, perfeccionamiento y ejecución del contrato bajo la Ley 80 reflejan los principios de transparencia, economía, selección objetiva y equilibrio patrimonial o ecuación contractual que caracterizan el esquema de contratación gubernamental en Colombia. En primer lugar, el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 (en adelante, “Ley 1150”), enmendado por decreto de ley en 2012, dispone que todos los contratantes privados que aspiren a otorgar contratos con el Gobierno deberán inscribirse en el registro de proponentes de la Cámara de Comercio de la jurisdicción de su domicilio. La Cámara de Comercio verificará los documentos presentados para la inscripción y publicará el acto de inscripción del contratista, el cual podrá ser impugnado por cualquier ciudadano dentro de los diez días posteriores a la publicación. Además, el registro será pú-

⁶⁵ Véase *id.* art. 41.

⁶⁶ *Id.* art. 42.

⁶⁷ *Id.* art. 43.

⁶⁸ *Id.*

blico y cualquier persona podrá consultarlo y solicitar certificaciones sobre las inscripciones y clasificaciones de los contratistas privados en él contenidas.⁶⁹

El propósito de dicho registro es limitar la selección de contratistas privados por parte de entidades gubernamentales a aquellos que hayan sometido la documentación requerida. Así, cuando la administración decida celebrar un contrato estatal, deberá escoger de entre los contratantes inscritos y clasificados por el registro. Para esta selección, el artículo 2 de la Ley 1150 dispone que existen cinco mecanismos: (1) la licitación pública; (2) la selección abreviada; (3) el concurso de méritos; (4) la contratación directa, y (5) la contratación de mínima cuantía.⁷⁰ Cada uno de estos mecanismos atiende necesidades particulares de la contratación pública y permite al Estado seleccionar de manera objetiva a aquellos entes particulares con los que contratará. En lo que respecta al procedimiento de licitación, el mismo exige que la entidad pública contratante formule públicamente una convocatoria y cumpla con ciertos requisitos establecidos por legislación. Entre estos destaca un estudio previo sobre la oportunidad y conveniencia del contrato, la elaboración de un pliego de condiciones que detalle con especificidad los aspectos relativos al objeto del contrato y los derechos y obligaciones de las partes, un estudio comprensivo de las propuestas presentadas y una adjudicación por parte del jefe de la entidad contratante.

Por otro lado, los mecanismos de selección abreviada, concurso de méritos, contratación de mínima cuantía y contratación directa suponen excepciones al procedimiento ordinario de licitación gubernamental. Todos, sin embargo, promueven la economía y la selección objetiva de bienes y servicios mediante normas que detallan los procedimientos a seguirse. En el caso de la contratación directa, esta representa un vehículo de contratación que, hasta cierto punto, ofrece a las entidades gubernamentales mayor discreción en la selección del contratista privado.⁷¹ No obstante, este mecanismo de contratación gubernamental es de carácter excepcional y solamente puede efectuarse bajo las siguientes circunstancias, entre otras: (1) en caso de urgencia manifiesta, según esta se define en el artículo 42 de la Ley 80; (2) cuando se trate de contratos de empréstitos; (3) cuando se trate de contratos interadministrativos directamente relacionados con el objeto de la entidad gubernamental contratante;⁷² (4) cuando se trate de contratación de bienes y servicios en el sector de defensa y en la Dirección Nacional de Inteligencia, los cuales requieren reserva para su adquisición; (5) cuando se trate de contratos para el desarrollo de actividades científicas o tecnológicas; (6)

69 L. 1150/07, 16 de julio de 2007, DIARIO OFICIAL [D.O.] (Colom.), art. 6.

70 *Id.* art. 2.

71 RODRÍGUEZ, *supra* nota 57, en la pág. 552.

72 Se exceptúan los contratos de seguro, de obra, de suministro o prestación de servicios de evaluación conforme a normas o reglamentos técnicos y cuando la entidad contratante sea una institución de educación superior pública, o una sociedad de economía mixta con participación mayoritaria del Estado.

cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado, y (7) cuando se trate de arrendamiento o adquisición de bienes inmuebles.⁷³

A pesar de que el mecanismo de contratación directa ofrece a las entidades gubernamentales mayor flexibilidad y discreción en la selección de contratistas, el principio de la selección objetiva, según dispuesto en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, y modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011, exige a las agencias que la selección del contratista se fundamente en criterios que impidan la “consideración de factores de afecto o de interés, y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva”.⁷⁴ A esos efectos, las agencias deben considerar criterios relativos a la capacidad jurídica, experiencia, capacidad financiera, favorabilidad de la oferta, verificación de requisitos habilitantes para el proceso de selección, análisis de costo-beneficio para la entidad y una ponderación precisa y detallada de los pliegos de condiciones. El principio de la selección objetiva impone un deber de conducta a las agencias que impide que factores subjetivos influyan en la contratación:

Lo que se quiere, entonces, es lograr que siempre que celebre un contrato la Administración Pública, ésta busque la mejor manera de satisfacer sus necesidades y sus finalidades y . . . que los criterios de elección del contratista se orienten hacia ese objetivo y no hacia el beneficio de uno o algunos, lo cual contradice la razón de ser de la existencia de la Administración Pública.⁷⁵

En lo que respecta a la aplicación de principios de equidad para resolver controversias que pueden suscitarse entre el gobierno y los particulares que con él contratan, una sentencia reciente, del 19 de abril de 2012, afirmó que el principio general de enriquecimiento injusto no puede aplicarse ante el desconocimiento de las solemnidades substanciales de los contratos estatales, pero concibe tres casos en los que sería aplicable. La sentencia además recalcó el hecho de que “[l]a situación que da lugar al enriquecimiento sin causa, como es natural, tampoco puede tener origen en un contrato, aunque ello no se opone que pueda existir uno”.⁷⁶

El modelo colombiano, según dispuesto en la Ley 80 y en legislación posterior, ha implantado en Colombia un esquema de contratación gubernamental que establece una única categoría de contratos estatales, estableciendo una “pauta a partir de la cual se busca reducir el casuismo de las normas, brindando al mismo tiempo herramientas efectivas para que . . . el juez las aplique a los casos concretos, y pueda así resolverlos de manera relativamente uniforme y coheren-

⁷³ L. 1150/07, 16 de julio de 2007, DIARIO OFICIAL [D.O.] (Colom.), art. 2.

⁷⁴ RODRÍGUEZ, *supra* nota 57, en la pág. 538.

⁷⁵ Juan Carlos Expósito Vélez, *El deber de selección objetiva*, en CONTRATACIÓN PÚBLICA: DOCTRINA NACIONAL E INTERNACIONAL 403 (2013).

⁷⁶ José Luis Benavides, *Enriquecimiento sin causa y contratos públicos*, en CONTRATACIÓN PÚBLICA: DOCTRINA NACIONAL E INTERNACIONAL 444 (2013).

te”.⁷⁷ Además, “[l]a intención que subyace a todo lo largo del estatuto contractual es el logro de mayores niveles de eficiencia administrativa en la contratación pública . . .”.⁷⁸ Por último, la contratación gubernamental en Colombia se rige por un esquema jurídico mixto en el que prepondera el Derecho Público como punto de partida para la formalización y ejecución de los contratos estatales.

IV. HACIA UN MODELO DE CONTRATACIÓN GUBERNAMENTAL EN PUERTO RICO

En Puerto Rico, los contratos gubernamentales representan una de las principales causales de corrupción gubernamental y del mal uso de los fondos públicos.⁷⁹ Indudablemente, el esquema actual que rige la contratación gubernamental ha sido infructífero al momento de reducir el desembolso ilegal de fondos públicos a contratantes privados. Así, la exigencia de cumplimiento con los distintos requisitos formales que exige la doctrina imperante en nuestro ordenamiento no atiende el problema que atañe el otorgamiento de contratos por razones ajenas al bienestar de la ciudadanía y el manejo adecuado de los fondos públicos. En la práctica, consideraciones político-partidistas, favoritismos, favores políticos y la falta de una fiscalización real e integrada tienden a dominar el ámbito de la contratación entre el gobierno y el sector privado. En una encuesta realizada a funcionarios públicos por el Departamento de Economía de la Universidad de Puerto Rico, el sesenta y un por ciento “opinó que la otorgación de contratos en el gobierno está influenciada por pagos extra-oficiales con bastante o mucha frecuencia”.⁸⁰ Resulta imprescindible, entonces, repensar los contratos gubernamentales en Puerto Rico a la luz de los postulados y exigencias de un Estado social y democrático de Derecho, donde el bienestar general de la ciudadanía y la protección del patrimonio público deben vincular toda acción gubernamental. Después de todo, nuestra propia Constitución provee el contexto indispensable para ello.

Como se anticipó, atender el problema de la corrupción gubernamental, según se manifiesta en la celebración de contratos entre las distintas entidades gubernamentales y el sector privado, requiere la adopción de un régimen legal comprensivo y unitario que: (1) distinga categóricamente el contrato guberna-

⁷⁷ ANDRÉS MUTIS VANEGAS & ANDRÉS QUINTERO MÚNERA, LA CONTRATACIÓN ESTATAL: ANÁLISIS Y PERSPECTIVAS 21 (2000).

⁷⁸ *Id.* en la pág. 27.

⁷⁹ De acuerdo a la Encuesta de Empresarios realizada por el Departamento de Economía de la Universidad de Puerto Rico y auspiciada por la Oficina del Contralor como parte del *Proyecto sobre el mal uso de los recursos del gobierno*, “[l]a otorgación de contratos parecer [sic] ser la médula de la corrupción pública en su interacción con el sector privado”. EILEEN V. SEGARRA ALMÉSTICA & MARÍA E. ENCHAUTEGUI ROMÁN, PATRONES Y TENDENCIAS EN EL MAL USO DE FONDOS PÚBLICOS EN PUERTO RICO 27 (2010), <http://economia.uprrp.edu/iPatrones.pdf>.

⁸⁰ Véase EILEEN V. SEGARRA ALMÉSTICA, FACTORES QUE INCIDEN EN EL MAL USO DE LOS RECURSOS DEL GOBIERNO Y LA CORRUPCIÓN EN PUERTO RICO 26 (2010), <http://economia.uprrp.edu/5Factores.pdf>.

mental del contrato entre entes privados; (2) reglamente los procesos que deben anteceder la celebración de un contrato gubernamental; (3) establezca mecanismos de contratación que se adapten a las necesidades de los distintos organismos gubernamentales; (4) promueva la fiscalización de la gestión pública y del desembolso de fondos públicos a contratantes privados; (5) provea garantías a los contratantes privados y legitime el rol del gobierno como contratante, y (6) reconozca la posición particular del Estado como fiduciario del patrimonio público. Dicho esquema reglamentario, por supuesto, debe tener como propósito cardinal combatir la malversación y el despilfarro de los fondos públicos.

Un modelo integrado de contratación gubernamental no supondría el total abandono de las doctrinas del Derecho Privado, sino más bien la adaptación de éstas a la situación tan particular que representa el acto de contratación por parte del Estado. Después de todo, como señala el profesor Michel Godreau:

Puede ser que en determinados casos la justicia requiera que la solución de una controversia patrimonial en la que esté involucrado el Estado como parte contratante se estructure en forma similar a las soluciones que ofrece el Código Civil. En otros, las peculiares funciones del Estado moderno, como depositario de un patrimonio público, administrado por unas personas que dispendian riqueza aunque no les pertenece —pues los funcionarios públicos no son dueños del patrimonio objeto de la contratación—, la justicia podría requerir soluciones distintas a las pautadas en el Código.⁸¹

Resulta imperativo, entonces, definir el contrato gubernamental en Puerto Rico como aquel mediante el cual el Estado dispensa fondos públicos a un ente privado con el propósito de llevar a cabo un acto de administración dirigido a adelantar los intereses del público en general. En su acepción más simple, el contrato gubernamental se distinguiría del contrato privado en lo que respecta a la naturaleza de una de las partes contratantes, la causa de la relación contractual y el patrimonio que conforma la contraprestación por parte del ente gubernamental. Así, siempre que la prestación del particular tenga por objeto la administración de un servicio público, se entenderá que nos encontramos ante un contrato gubernamental. Un nuevo modelo de contratación no supone, sin embargo, la concertación de contratos de adhesión por parte del Estado para adelantar intereses públicos, sino más bien la formulación de un esquema de contratación que tenga como norte la protección del fisco y la adopción de los principios de transparencia, economía y selección objetiva que han guiado el esquema prevalente en Colombia.

Si bien es cierto que algunos de los mecanismos establecidos mediante legislación en Colombia existen en nuestro ordenamiento, tal y como los procesos de subasta y licitación, así como requisitos formales inherentes a la contratación gubernamental, la falta de cohesión doctrinaria en el acercamiento a este tipo de

⁸¹ Michel J. Godreau Robles, *Análisis del término del Tribunal Supremo en materia de Derecho Civil Patrimonial 1994-1995*, 65 REV. JUR. UPR 773, 797 (1996) (énfasis omitido) (citando a Godreau Robles, *supra* nota 5, en las págs. 30-32).

contratación, así como la falta de una legislación unitaria que atienda el problema de la corrupción y el derroche de los fondos públicos, ameritan que revaluemos nuestro esquema actual. En primer lugar, resulta necesario diseñar un mecanismo de contratación que sea efectivo y que garantice la transparencia en los procedimientos, así como la selección objetiva y desvinculada de consideraciones político-partidistas. Además, consideramos fundamental que las únicas entidades a cargo de estos procedimientos sean la Rama Legislativa, en conjunción con la Oficina del Contralor.

CONCLUSIÓN

La convergencia de estatutos e intervenciones de las distintas ramas gubernamentales en la contratación gubernamental en Puerto Rico ha generado incertidumbre respecto a la naturaleza de los contratos gubernamentales y el rol de las cortes al momento de interpretarlos y determinar su validez. Visto el contrato gubernamental como un intercambio patrimonial por parte del Estado con un ente privado, la distinción entre la contratación entre partes privadas y la contratación gubernamental estriba, en esencia, en la naturaleza propia de la relación contractual. El contrato gubernamental, por su parte, supone una “relación de sumisión jurídico pública” en la que,⁸² más que un acto de intercambio, se lleva a cabo un acto de administración. Es decir, el Estado no debe buscar, como parte contratante, lucrarse mediante la adquisición de bienes y servicios sino más bien administrar estos para el público general mediante convenios pactados con contratantes privados. No se trata entonces de un acuerdo de voluntades individuales, pues el Estado no actúa como ente individual, sino como representante de una voluntad colectiva.⁸³ El contrato gubernamental tampoco debe ser un vehículo para favorecer a ciertos contratantes afines con el gobierno de turno mediante el desembolso de fondos sin la debida fiscalización. Por tal razón, debe ser una prioridad auscultar alternativas mediante el estudio de otros sistemas de contratación gubernamental que suponen una administración más transparente y eficaz de los fondos públicos. Las tensiones y los dilemas en torno a la participación del Estado en el mercado actual deben atenderse por vía de legislación comprensiva que ponga en manifiesto el compromiso de todas las ramas gubernamentales con el mandato constitucional.

⁸² I EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA & TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO 702-03 (2011).

⁸³ *Id.*