



ESTADO LIBRE ASOCIADO DE PUERTO RICO

Departamento de Justicia

8 de junio de 2006

Hon. Rafael Aragunde Torres
Secretario
Departamento de Educación
P.O. Box 190759
San Juan, Puerto Rico 00919-0759

Consulta Núm. 06-188-A

Estimado señor Secretario:

En la concisa comunicación remitida por el Departamento de Educación, surge la interrogante de cómo proceder cuando las personas naturales o jurídicas que interesan contratar con dicha entidad gubernamental estén siendo investigadas en el foro estatal o federal por alegado mal uso de fondos públicos. Aprovechamos la ocasión para reiterar y ampliar las normas de sana administración pública que deben imperar en toda contratación gubernamental, cuando la persona o entidad contratante sea acusada criminalmente o resulte convicta por la comisión de delitos contra el erario, la fe o la función pública. Veamos.

I. La contratación con entidades gubernamentales.

Nuestro ordenamiento jurídico ha establecido que en materia de contratos se le brinda gran libertad de acción a las partes que deseen obligarse, reconociéndose así la autonomía de la voluntad de los contratantes. Este principio permite que las partes contratantes establezcan los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por convenientes, siempre que no sean contrarios a las leyes, la moral y el orden público. Artículo 1207 del Código Civil, 31 L.P.R.A. § 3372. La doctrina vigente en Puerto Rico es clara al establecer que los contratos contrarios a la ley, la moral y el orden público son nulos e inexistentes. Trinidad v. Chade, 153 D.P.R. 280 (2001); Master Concrete Corp. v. Fraya S.E., 152 D.P.R. 616 (2000).

Como norma general, a los efectos de la aplicación de las disposiciones y doctrinas referentes a los contratos, el Estado Libre Asociado de Puerto Rico se considera similar a un contratante privado. Así pues, cuando el Estado contrata, la interpretación del contrato debe hacerse como si se tratara de una contratación entre dos personas particulares. Campos v. Cia. Fom. Ind., 153 D.P.R. 137, 149 (2001); Zequeira v. CRUV, 83 D.P.R. 878, 880-881 (1961); Rodríguez v. Municipio, 75 D.P.R. 479, 494 (1953). Ello significa que, una vez el Estado formaliza un contrato con una persona privada, ambos están obligados por las normas generales relativas a los contratos. No obstante lo anterior, cuando la contratación involucra el uso de bienes y fondos públicos, procede la aplicación rigurosa de todas las normas pertinentes a la contratación y desembolso de los fondos públicos, a los fines de proteger los intereses y dineros del pueblo. De Jesús González v. Autoridad de Carreteras, 148 D.P.R. 255 (1999).

Al interpretar el referido Artículo 1207 del Código Civil, que requiere que los contratos no sean contrarios al orden público, no se puede ignorar que en la contratación por el Estado la sana y recta administración del erario está revestida del más alto interés público, y que todo organismo gubernamental está obligado a observar cabalmente la esencia del principio consagrado en la Sección 9, Artículo VI de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, que dispone:

Sólo 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.

Art. VI, Sec. 9, Const. E.L.A., L.P.R.A., Tomo 1.

A tenor con la disposición antes transcrita, el Tribunal Supremo ha resaltado consistentemente la imperiosa necesidad de evitar el dispendio, la extravagancia, el favoritismo y la prevaricación en los contratos gubernamentales. Fernández & Gutiérrez v. Municipio de San Juan, 147 D.P.R. 824 (1999); Hatton v. Municipio de Ponce, 134 D.P.R. 1001 (1994). Ahora bien, a pesar de que, como norma general, en materia contractual el Estado es considerado como una persona privada, en nuestro ordenamiento jurídico existen disposiciones estatutarias especiales a los fines de proteger los intereses y dineros del pueblo. En atención al apremiante interés del Estado de que los fondos públicos sean adecuadamente utilizados, la Asamblea Legislativa ha adoptado medidas conducentes a su protección. A esos efectos, y en lo aquí pertinente, se aprobó la Ley Núm. 458 de 29 de diciembre de 2000, según enmendada, conocida como “Ley que prohíbe de adjudicar subastas gubernamentales a convictos de fraude, malversación o

apropiación ilegal de fondos públicos” (“Ley Núm. 458”), la Ley Núm. 84 de 18 de junio de 2002, según enmendada, conocida como “Ley para establecer un Código de Ética para contratistas, proveedores de bienes y servicios, y solicitantes de incentivos económicos” (“Ley Núm. 84”), y la Ley Núm. 237 de 31 de agosto de 2004, conocida como “Ley para establecer parámetros uniformes en los procesos de contratación de servicios profesionales y consultivos para las agencias y entidades gubernamentales del E.L.A.” (“Ley Núm. 237”).

II. Leyes aplicables.

A. Ley Núm. 458

“Entre las mayores responsabilidades del Gobierno, figura indudablemente el deber de velar por el uso y manejo apropiado de los fondos públicos y el evitar cualquier acto o conducta que afecte negativamente el uso adecuado de tales fondos”. Exposición de Motivos de la Ley Núm. 458. Por eso, la referida ley proscribe la contratación gubernamental con personas naturales o jurídicas que hayan sido convictas o que se hayan declarados culpables en el foro estatal o federal, o en cualquier otra jurisdicción de los Estados Unidos, de ciertos delitos constitutivos de fraude, malversación o apropiación ilegal de fondos públicos. Véase Art. 1 de la Ley Núm. 458, 3 L.P.R.A. § 928. Además, dicha ley dispone que la convicción o culpabilidad por tales delitos¹ conllevará:

la rescisión automática de todos los contratos vigentes a esa fecha entre la persona convicta o culpable y cualesquiera agencias o

¹ Los delitos que activan las disposiciones contenidas en la Ley Núm. 458 son:

- (1) Apropiación ilegal agravada, en todas sus modalidades.
- (2) Extorsión.
- (3) Fraude en las construcciones.
- (4) Fraude en la ejecución de obras de construcción.
- (5) Fraude en la entrega de cosas.
- (6) Intervención indebida en los procesos de contratación de subastas o en las operaciones del Gobierno.
- (7) Soborno, en todas sus modalidades.
- (8) Soborno agravado.
- (9) Oferta de soborno.
- (10) Influencia indebida.
- (11) Delitos contra fondos públicos.
- (12) Preparación de escritos falsos.
- (13) Presentación de escritos falsos.
- (14) Falsificación de documentos.
- (15) Posesión y traspaso de documentos falsificados.

instrumentalidades del Gobierno estatal, corporaciones públicas, municipios, la Rama Legislativa o la Rama Judicial. Además de la rescisión del contrato, el gobierno tendrá derecho a exigir la devolución de las prestaciones que hubiese efectuado con relación al contrato o contratos afectados directamente por la comisión del delito.

Art. 4 de la Ley Núm. 458, 3 L.P.R.A. § 928c.

Además, dicha ley expresamente ordena que se incluya en toda contratación gubernamental una cláusula contractual que indique que se terminará el contrato en aquellos casos en los que las personas o entidades contratantes fueran declarados culpables por alguno de los delitos enumerados en la ley:

todos los contratos suscritos por cualquier agencia o instrumentalidad del gobierno, corporación pública, municipio, o por la Rama Legislativa o Rama Judicial deberán incluir una cláusula o cláusulas penales que consignent expresamente las disposiciones contenidas en el artículo de esta Ley [a los efectos de que la convicción o culpabilidad por cualquiera de los delitos enumerados, conllevará la rescisión automática del contrato]. En la eventualidad de que por omisión o inadvertencia se omita la inclusión de dicha cláusula o cláusulas en el contrato en el cual debieran haberse incluido, las mismas se tendrán por incluidas en dichos contratos para todos los efectos de ley.

Art. 6 de la Ley Núm. 458, 3 L.P.R.A. § 928e.

B. Ley Núm. 84

Por su parte, en forma análoga a la Ley Núm. 458, la Ley Núm. 84 establece un Código de Ética que complementa las disposiciones contenidas en la Ley Núm. 12 de 24 de julio de 1985, según enmendada, conocida como la “Ley de Ética Gubernamental”. El referido estatuto va dirigido a contratistas, proveedores de bienes y servicios, y solicitantes de incentivos económicos, con el propósito de contribuir a la transparencia, probidad e integridad en los procesos de contratación con el gobierno y sus municipios, “así como enaltecer la moral e incrementar las probabilidades de que los problemas éticos sean prevenidos, o en su defecto, identificados y resueltos de una forma responsable e íntegra”: Véase Exposición de Motivos de la Ley Núm. 84.

De esta manera se imposibilita la contratación con entidades gubernamentales cuando la persona o entidad contratante haya sido convicta por delitos contra el erario, la fe o la función pública, o que involucren el mal uso de los fondos o propiedad pública. Art. 5(p) de la Ley Núm. 84, 3 L.P.R.A. § 1756(p). Asimismo, se especifica que en todo contrato gubernamental se incluirá una cláusula de resolución, en caso de que el contratista resulte convicto, en la jurisdicción estatal o federal, por delitos contra el erario. Id.

C. Ley Núm. 237

Ahora bien, es necesario indicar que, el 31 de agosto de 2004, la Asamblea Legislativa aprobó la Ley Núm. 237. De la Exposición de Motivos de la mencionada pieza legislativa surge que la misma se estableció para:

[C]onsolidar en un solo estatuto los requisitos de contratación de servicios profesionales o consultivos que otorgan las entidades gubernamentales por concepto de servicios profesionales o consultivos a individuos y entidades privadas.

Exposición de Motivos de la Ley Núm. 237. A tenor con el propósito de su aprobación, el Artículo 2 del referido estatuto regula el procedimiento a seguir en el otorgamiento de contratos de servicios profesionales o consultivos entre cualquier entidad gubernamental y algún contratista². En su Artículo 5, dicha ley exige que toda entidad gubernamental vele porque al otorgar un contrato se cumpla con la reglamentación y las leyes especiales que sean de aplicación a los servicios a contratarse. También se enumera en este Artículo una serie de cláusulas mandatorias que deben ser incluidas en todo contrato de servicios profesionales, entre las que se encuentra la siguiente:

El contratista deberá certificar en el contrato de servicios profesionales que no ha sido convicto de delitos contra la integridad pública según definido en el Código Penal o malversación de fondos públicos y que no se ha declarado culpable de este tipo de delito en los Tribunales del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, en los

² El Inciso B del Artículo 1 de la referida legislación define “contratistas” como “[t]oda persona natural o jurídica a quien una entidad gubernamental le haya otorgado, o esté en vías de otorgarle, un contrato de servicios profesionales.” Artículo 1(B) de la Ley Núm. 237. Asimismo, el inciso D del Artículo 1, precisa que “servicios profesionales o consultivos” serán “[a]quellos cuya prestación principal consista del producto de la labor intelectual, creativa o artística, o en el manejo de destrezas altamente técnicas o especializadas.” Artículo 1(D) de la Ley Núm. 237.

Tribunales Federales o los Tribunales de cualquier jurisdicción de los Estados Unidos de América. De resultar culpable de los delitos antes mencionados, el contrato de servicios profesionales quedará resuelto.

Art. 5(Ñ) de la Ley Núm. 237.

III. Discusión y análisis.

Como surge de las disposiciones estatutarias antes citadas, existe la política pública de condicionar la contratación con las agencias e instrumentalidades del gobierno a que la persona o entidad contratante tenga un expediente transparente o libre de infracciones en lo que a delitos contra la integridad pública se refiere. En armonía con las sanas normas de administración pública y contratación gubernamental, queda firmemente establecido que, cuando la persona contratante con entidades públicas resulte convicta de delitos contra el erario, la fe o la función pública, procede, sin más, la resolución (o la rescisión, según sea el caso) del contrato.

Por último, valga mencionar que existe una Opinión del Secretario de Justicia que atendió una controversia similar a la del caso de autos. No obstante, hay que aclarar que dicha Opinión se emitió **antes** de haberse aprobado las distintas leyes a las que hemos hecho referencia. Aclarado lo anterior, discutiremos lo expresado en la Op. Sec. Just. Núm. 8 de 1999.

En aquella ocasión, entendimos que era necesario pronunciarnos debido a que la Corporación Redondo Construction (“Redondo”), entidad que tenía múltiples contratos con el Gobierno de Puerto Rico, se declaró culpable en un caso criminal ante el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Puerto Rico por delitos contra el erario federal. El Departamento de Transportación y Obras Públicas tenía varios contratos suscritos con Redondo, y tenía dudas en cuanto a la vigencia de los contratos en vista de la declaración de culpabilidad de dicha corporación. Luego de hacer un estudio exhaustivo, nos percatamos que ni la Constitución, ni ninguna ley, orden ejecutiva o carta circular vigente en aquel momento tenía disposición alguna que impidiera que una persona o entidad convicta de delito fuera parte contratante con el gobierno. Ante esta situación, y en vista de la importancia que revestía el tema, entendimos prudente proceder a discutir y recomendar medidas que todos los jefes de agencias ejecutivas e instrumentalidades públicas debían implementar en cuanto a Redondo y cualquier persona o entidad que se encontrara en la misma situación.

A esos efectos, recomendamos, en aquel momento, que todas las agencias adoptaran mediante reglamento unas guías básicas para evitar y atender situaciones cuando el contratista resultara convicto o se declarara culpable de la comisión de delitos contra el erario, como la situación que estaba enfrentando el Departamento de Transportación y Obras Públicas con Redondo. Entre las recomendaciones se encontraba: (1) prohibir por un tiempo razonable la contratación con personas que fueran encontradas culpables por delitos contra la fe y el erario público; (2) incluir en los contratos una cláusula que proveyera para la resolución de los mismos en los casos en que el contratante resultara o se declarara culpable de tales delitos; y (3) requerir a los licitadores que certificaran que no habían sido convictos de ningún delito contra la fe y el erario público, y que no estaban siendo investigados por delitos de este tipo.³

Como ya hemos mencionado, la situación actual es muy diferente y dista del estado de derecho vigente cuando emitimos la referida opinión. La Asamblea Legislativa ha tomado medidas cautelares, adoptando leyes que establecen los parámetros para que las agencias ejecutivas e instrumentalidades gubernamentales puedan evitar contratar con personas o entidades convictas por delitos contra el erario, y que puedan resolver o rescindir los contratos en los casos en que la convicción surja después de otorgarse los mismos.

Sin embargo, hay que advertir que las leyes antes mencionadas se limitan a lidiar con situaciones en las que haya una convicción o declaración de culpabilidad, sin hacer mención de los casos en los que la persona contratante está siendo investigada o haya sido acusada por delitos contra el erario, la fe o la función pública. Ésta es precisamente la situación acaecida en el Departamento de Educación y que da margen a la presente consulta. Ante la ausencia de legislación al respecto, entendemos que es necesario brindarle al Departamento de Educación y a todas las agencias e instrumentalidades públicas una guía de cómo atender su futura contratación y cómo enmendar sus contratos vigentes, de modo que se establezca ciertas garantías que permitan proteger los fondos públicos cuando las personas o entidades contratantes, luego de formalizado un contrato, se conviertan en objeto de una investigación o sean acusados en un proceso criminal que involucre alegaciones de delitos y acciones contra el erario.⁴

³ Precisa señalar que en la Carta Circular Núm. 00-01 de 4 de diciembre de 2000 se enmendaron las recomendaciones hechas en la referida opinión a los efectos de sustituir el requisito de certificación a los efectos de que la persona contratante no estaba bajo investigación por la comisión de delitos contra el erario, por una certificación a los efectos de que no ha sido acusado por los delitos mencionados.

⁴ En el caso de contratos **ya otorgados** con personas que **ya** han sido convictas o que **ya** se han declarado culpables de delitos contra el erario, la fe o la función pública, se debe proceder de acuerdo con las disposiciones legales antes

Así pues, tomando en consideración la política pública de velar cautelosamente por la adecuada utilización de fondos públicos, así como las normas de sana administración pública en la contratación gubernamental, entendemos prudente y válido contar con unas guías que garanticen la transparencia en la prestación de los servicios gubernamentales. Todas las agencias e instrumentalidades públicas deberán adoptar, en todos sus contratos, las siguientes salvaguardas:

- Requerir una certificación a los efectos de que la persona a contratar, ya sea natural o jurídica, no ha sido convicta, ni se ha encontrado causa probable para su arresto, por ningún delito contra el erario, la fe o la función pública; contra el ejercicio gubernamental; o que involucre fondos o propiedad pública, en el ámbito federal o estatal.
- En caso de que se trate de una persona jurídica, requerir una certificación a los efectos de que ni ella ni ninguno de sus accionistas, socios, oficiales, principales, empleados, subsidiarias o compañías matrices ha sido convicto, ni se ha encontrado causa probable para su arresto, por ningún delito contra el erario, la fe o la función pública; contra el ejercicio gubernamental; o que involucre fondos o propiedad pública, en el ámbito federal o estatal.
- Incluir una cláusula contractual a los efectos de que se resolverá el contrato, en caso de que contra el contratista se determine causa probable para el arresto por la comisión de algún delito contra el erario, la fe o la función pública; contra el ejercicio gubernamental; o que involucre fondos o propiedad pública, en el ámbito federal o estatal.
- Requerir que el contratista reconozca su deber de informar de manera continua durante la vigencia del contrato cualquier hecho que se relacione con la conducción de cualquier investigación por la comisión de un delito contra el erario, la fe o la función pública; contra el ejercicio gubernamental; o que involucre fondos o propiedad pública, en el ámbito federal o estatal. Esta obligación deberá ser de naturaleza continua durante todas las etapas de la contratación y ejecución del contrato.

discutidas, según cada una de éstas sea aplicable a cada contrato en particular. Por otra parte, en el caso de contratos **ya otorgados** con personas que, **al presente**, estén siendo investigadas o hayan sido acusadas, pero aún no convictas ni declaradas culpables, de delitos contra el erario, la fe o la función pública, sólo se podrá tomar aquellas medidas que contractualmente estén permitidas. En estos casos, la entidad gubernamental deberá evaluar individualmente cada contrato y analizar si alguna cláusula del mismo permite la resolución o la imposición de alguna penalidad contra el contratante investigado o acusado.

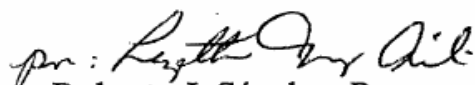
- Requerir una certificación a los efectos de que, durante los diez años anteriores a la formalización del contrato, la persona o entidad contratante no ha cometido ningún delito contra el erario, la fe o la función pública; contra el ejercicio gubernamental; o que involucre fondos o propiedad pública, en el ámbito federal o estatal.⁵

IV. Conclusión

En aras de implementar la más sana administración pública, la norma imperante requiere que el Estado vele celosamente por el uso adecuado de los fondos públicos. Por eso, todo organismo gubernamental está obligado a observar cabalmente la esencia del principio consagrado en la Sección 9 del Artículo VI de la Constitución de Puerto Rico, en cuanto al hecho de que los fondos públicos sólo pueden gastarse para fines públicos legítimos. El gobierno, como parte contratante, debe evitar la mera apariencia de contrataciones que se alejen de los principios de pulcritud en la administración pública.

Esperamos que los comentarios anteriores le sean de utilidad.

Cordialmente,


Roberto J. Sánchez Ramos

⁵ Cabe mencionar que el Departamento de Justicia está en las etapas finales de la preparación de una Carta Circular sobre las cláusulas contractuales que debe incluir todo contrato gubernamental. La misma pretende uniformar la contratación gubernamental a tenor de las leyes vigentes, y servir como asesoramiento legal en materia contractual a las distintas entidades gubernamentales. Además, con dicha Carta Circular se estará circulando unos contratos modelo que incluyen las mencionadas cláusulas más importantes que todo contrato gubernamental debe contener. Entre éstas, se encuentran los términos y requisitos establecidos en la presente opinión.