

**UNIVERSIDAD PANAMERICANA**  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia  
Programa de Actualización y Cierre Académico



**Inoperancia del contrato administrativo de obra**  
-Tesis de Licenciatura-

José Pablo Munguía López

Quetzaltenango, agosto 2014

# **Inoperancia del contrato administrativo de obra**

-Tesis de Licenciatura-

José Pablo Munguía López

Quetzaltenango, agosto 2014

## **AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD PANAMERICANA**

Rector M. Th. Mynor Augusto Herrera Lemus

Vicerrectora Académica Dra. Alba Aracely Rodríguez de González

Vicerrector Administrativo M.A. César Augusto Custodio Cobar

Secretario General M.A. Adolfo Noguera Bosque

## **AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA**

Decano M. Sc. Otto Ronaldo González Peña

Coordinador de exámenes privados M. Sc. Mario Jo Chang

Coordinador del Departamento de Tesis Dr. Erick Alfonso Álvarez Mancilla

Coordinador de Cátedra M.A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán

Asesor de Tesis M.A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán

Revisor de Tesis M. Sc. Mario Jo Chang

# **TRIBUNAL EXAMINADOR**

## **Primera Fase**

Lic. Héctor Andrés Corsantes Cabrera

Lic. Mario Jo Chang

Lic. Hilda Marina Girón Pinales

Lic. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán

## **Segunda Fase**

Lic. Ricardo Bustamante Mays

Lic. Hilda Marina Girón Pinales

Lic. Víctor Manuel Moran Ramírez

Lic. Álvaro de Jesús Reyes García

## **Tercera Fase**

Lic. Javier Aníbal García Constanza

Lic. Carlos Enrique Godínez Hidalgo

Lic. Roberto Samayoa

Lic. María Victoria Arreaga Maldonado

Lic. Mario Jo Chang



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, quince de octubre de dos mil trece.-----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **INOPERANCIA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE OBRA**, presentado por **JOSÉ PABLO MUNGUÍA LÓPEZ**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), reúne los requisitos de esta casa de Estudios, es procedente **APROBAR** dicho punto de tesis y para el efecto se nombra como Tutor al Licenciado **JOAQUÍN RODRIGO FLORES GUZMÁN**, para que realice la tutoría del punto de tesis aprobado.



**M. Sc. Otto Ronaldo González Peña**  
Decano de la Facultad de Ciencias  
Jurídicas y Justicia

Sara Aguilar  
c.c. Archivo



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

## DICTAMEN DEL TUTOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **JOSÉ PABLO MUNGUÍA LÓPEZ**

Título de la tesis: **INOPERANCIA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE OBRA**

El Tutor de Tesis,

### Considerando:

**Primero:** Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

**Segundo:** Que ha leído el informe de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención realizó la investigación de rigor, atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

**Tercero:** Que ha realizado todas las correcciones de contenido que le fueron planteadas en su oportunidad.

**Cuarto:** Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

En su calidad de Tutor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 22 de enero de 2014

*"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"*

  
M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán  
Tutor de Tesis



Sara Aguilar  
c.c. Archivo



**UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA**  
"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS  
Y JUSTICIA. Guatemala, diecisiete de febrero de dos mil catorce.-----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **INOPERANCIA DEL  
CONTRATO ADMINISTRATIVO DE OBRA**, presentado por **JOSÉ PABLO  
MUNGUÍA LÓPEZ**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en  
Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia así como los títulos de Abogado(a) y  
Notario(a), ha cumplido con los dictámenes correspondientes del tutor nombrado,  
se designa como revisor metodológico al Licenciado **MARIO JO CHANG**, para  
que realice una revisión del trabajo presentado y emita su dictamen en forma  
pertinente.



**M. Sc. Otto Ronaldo González Peña**  
Decano de la Facultad de Ciencias  
Jurídicas y Justicia

Sara Aguilar  
c.c. Archivo



## DICTAMEN DEL REVISOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **JOSÉ PABLO MUNGUÍA LÓPEZ**

Título de la tesis: **INOPERANCIA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE OBRA**

El Revisor de Tesis,

### Considerando:

**Primero:** Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

**Segundo:** Que ha leído el informe de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención realizó su trabajo atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

**Tercero:** Que ha realizado todas las correcciones de redacción y estilo que le fueron planteadas en su oportunidad.

**Cuarto:** Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Licenciatura.

### Por tanto,

En su calidad de Revisor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 06 de mayo de 2014

*"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"*

**M. Sc. Mario Jo Chang**  
Revisor Metodológico de Tesis







**DICTAMEN DEL COORDINADOR GENERAL DE TESIS**

Nombre del Estudiante: **JOSÉ PABLO MUNGUÍA LÓPEZ**

Título de la tesis: **INOPERANCIA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE OBRA**

El coordinador general de tesis de Licenciatura,

**Considerando:**

**Primero:** Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

**Segundo:** Que el tutor responsable de dirigir su elaboración ha emitido dictamen favorable respecto al contenido del mismo.

**Tercero:** Que el revisor ha emitido dictamen favorable respecto a la redacción y estilo.

**Cuarto:** Que se tienen a la vista los dictámenes favorables del tutor y revisor respectivamente.

**Por tanto,**

En su calidad de coordinador general de tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 20 de mayo de 2014

*"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"*

\_\_\_\_\_  
**Dr. Erick Alfonso Álvarez Mancilla**  
Coordinador general de tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia





## ORDEN DE IMPRESIÓN DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **JOSÉ PABLO MUNGUÍA LÓPEZ**

Título de la tesis: **INOPERANCIA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE OBRA**

El Coordinador general de tesis, y el Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia,

### Considerando:

**Primero:** Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

**Segundo:** Que ha tenido a la vista los dictámenes del Tutor, Revisor, y del Coordinador General de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención ha llenado los requisitos académicos de su Tesis de Licenciatura, cuyo título obra en el informe de investigación.

### Por tanto,

Se autoriza la impresión de dicho documento en el formato y características que están establecidas para este nivel académico.

Guatemala, 05 de agosto de 2014

*"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"*

**Dr. Erick Alfonso Álvarez Mancilla**  
Coordinador General de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia



**Vo. Bo. M. Sc. Otto Ronaldo González Peña**  
Decano de la Facultad de Ciencias  
Jurídicas y Justicia

**Nota:** Para efectos legales, únicamente el sustentante es responsable del contenido del presente trabajo

## **DEDICATORIA**

### **A Dios:**

Supremo creador, que ha servido como la guía que ha dirigido mi vida.

### **A mis padres:**

Paul Eberto y Blanca Argentina, por ser pilares fundamentales en la creación de mis principios y valores que ahora culminan con este logro.

### **A mi esposa:**

Rosangela por el apoyo incondicional en cada paso, quien con mucho amor y sacrificio me supo inspirar para cumplir esta meta.

### **A mis hijos:**

José Julián y Pablo Andrés, que este triunfo sirva de un claro ejemplo, que con sacrificio pero con fe y empeño, no hay ningún obstáculo que no se pueda superar.

### **A mis hermanas:**

Wendhy y Nancy, agradecimientos por su apoyo y consejos incondicionales brindados.

**A mis cuñados y amigos:**

Gracias por los consejos que siempre me manifestaron y por exhortarme para que este triunfo fuera realidad. Especialmente a mi amigo Mario David López Wundram, por su apoyo incondicional.

**A las familias:**

Herrera Munguía, Vásquez Munguía, Méndez Flores, López Maldonado y López Wundram, por brindarme su apoyo, para obtener este grado académico.

**A usted que recibe la presente:**

Gracias por su amistad.

# Índice

Resumen	i
Palabras clave	ii
Introducción	iii
Derecho administrativo	1
Gestión administrativa	3
Administración pública	7
Administración municipal	11
Los contratos administrativos	13
La obligación	40
Medios para efectuar compras del Estado	42
Responsabilidad de los funcionarios públicos	50
Comentarios sobre los casos concretos de incumplimiento de la obligación en los contratos administrativos de obra, Municipalidad de Cunen, Departamento de Quiche	58
Conclusiones	65
Referencias	67

## **Resumen**

Se hizo necesario establecer en la presente Tesis que tiene como nombre: La Inoperancia del Contrato Administrativo de Obra para Exigir el Cumplimiento de la Obligación. Se estableció que la Ley de Compras y Contracciones del Estado de Guatemala, Decreto número 52-97 y su reglamento, necesita una reforma profunda e integral, específicamente en los contratos administrativos, ya que la misma no reviste a estos de título ejecutivo para garantizar el cumplimiento de la obligación pactada entre el contratante y el contratista, así también las responsabilidades tanto civiles como penales en que incurre el funcionario público, por el cual el presente estudio se llegó a determinar las conclusiones siguientes:

a) La inoperancia de los contratos administrativos de obra para poder exigir el cumplimiento de la obligación, se deriva de la falta de certeza jurídica que ocasionan los mismos, al momento de ser ejecutados por parte del contratista, comúnmente se trata de una cantidad líquida, exigible y de plazo vencido.

b) La falta de certeza por parte de la Contraloría General de Cuentas en una fiscalización adecuada hacia los contratos administrativos en particular, elaborados por los entes descentralizados, autónomos o estatales, específicamente en la Municipalidad del Municipio de Cunen,

Departamento de El Quiche, no asegura la solvencia en cada contrato de obra pactado, lo que permite al funcionario público poder reacomodar, pactar o transar con los contratistas el cumplimiento de la obligación contraída derivada de los contratos administrativos de obra, ya que no se revisten como títulos ejecutivos.

c) La inobservancia de parte del funcionario público y la falta de una asesoría jurídica adecuada hacia la municipalidad del Municipio de Cunén, Departamento de El Quiche, hace permisiva el incumplimiento recurrente por parte del funcionario público en responsabilidades de acuerdo a lo que se establece la Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos, Decreto número 89-2002.

## **Palabras clave**

Inoperancia, Obligación, Contrato, Administración Pública.



## **Introducción**

El presente trabajo de tesis, nace de la importancia de velar que los actos administrativos, se den en igualdad de condiciones, puesto que el contratista o deudor del estado o entidad pública al momento de no cumplir con las estipulaciones o clausulas determinadas dentro de los mismos, automáticamente es sujeto de rescisión del contrato, lo que conlleva a la ejecución de los distintos tipos de fianza a que ha sido obligado como lo estipula la Ley de Compras y Contrataciones del Estado.

No así al recaer sobre el Estado, la figura del incumplimiento por parte de este, impide que el contratista tenga el mecanismo legal para hacer efectivo el requerimiento y pago de lo adeudado, no sin antes haber agotado la vía administrativa, posteriormente continuar con el tramite contencioso administrativo, siendo en esta circunstancia una desigualdad notoria y existiendo la inoperancia para poder ejecutarse los contratos administrativos de obra en el cumplimiento de la obligación, basándose este estudio en la disciplina del Derecho Administrativo y su respectiva legislación, es necesario que se sienta un precedente para que las personas que en su diario vivir y en su leal saber y entender que se ven vinculadas con los contratos administrativos de obra, como es el caso de

las entidades gubernamentales, autónomas y descentralizadas, específicamente la Municipalidad del Municipio de Cunén, del Departamento de El Quiché, hagan uso de este tipo de contratos que en su mayoría no son profesionales en materia del derecho, y que garanticen una fuente de consulta de temas de importancia como lo son los contratos administrativos, por lo cual se llegó a establecer los siguientes objetivos:

a) Determinar si la Municipalidad del Municipio de Cunén, Departamento de El Quiché, incumple con la obligación pactada en los contratos administrativos de obra y las causas que originaron este incumplimiento.

b) Conocer las causas por las cuales en la Municipalidad de Cunén, Municipio de El Quiché no cumple con las obligaciones pactadas en los contratos administrativos de obra.

c) Establecer las responsabilidades a que son sujetos dentro de la administración pública los funcionarios públicos, al no cumplir con la obligación pactada en los contratos administrativos de obra.

## **Derecho administrativo**

Es el conjunto de preceptos que están sometidas las relaciones humanas en toda sociedad organizada y a cuya observancia los individuos pueden ser compelidos por la fuerza.

Para Escobar Menaldo el Derecho Administrativo es:

Conjunto de normas de derecho público que regula la estructura del estado y la relación de los particulares con la administración pública, y las relaciones con los diferentes órganos que la componen el cual instituye los procedimientos mediante los cuales da forma el acto administrativo, que establece los procedimientos para impugnar los actos administrativos ya formados cuando estos lesionan la esfera jurídica del administrado y los procedimientos mediante los cuales la propia administración hace valer sus propias pretensiones, contra los entes públicos o contra el administrado (2003:58)

Se parte de la importancia de la utilidad y de la necesidad que actualmente tiene el derecho administrativo en la sociedad y principalmente en la administración pública, con la diversidad de leyes que rigen a cada entidad estatal, autónoma o semiautónoma para su funcionamiento, ya que la amplitud del derecho administrativo es de gran trascendencia, desde un pequeño centro de salud hasta el mismo Ministerio de Salud en funciones poseen reglamentos internos para el funcionamiento; lo mismo pasa en gobierno central, como también para una municipalidad; se rigen por reglamentos internos específicos y estas regularizaciones no se podrían dar si no es por la amplitud y magnificación que posee el derecho administrativo.

## **Características**

Las características según Escobar Menaldo son:

Es un derecho público: se refiere a una función del Estado que está constituido por normas de orden público que no pueden derogarse por acuerdo de las partes y es de imperativo cumplimiento.

Es un derecho instrumental: son las normas procesales que tienen con fin la realización de las normas objetivas. (2003:58)

## **Reglas referentes a la administración y acto de administración**

Hauriou Maurice dice al respecto:

En el cuerpo del derecho administrativo, hay tres grupos de reglas de los cuales se ha tenido siempre noción de su existencia, el grupo de las reglas de fondo cuyo núcleo se ha formado a la noción del patrimonio comprendía las reglas a cerca de la personalidad jurídica del Estado, de los Departamentos, Municipios y de los establecimientos públicos, así como los referentes al dominio privado de estas diversas personas administrativas.

El grupo de las reglas del proceso contencioso formado con ocasión de los litigios suscitados por la actividad de la administración y que por otra parte como ocurre siempre de los derechos nuevos, contiene aun numerosas reglas de fondo mezcladas con las reglas de forma.

El grupo de las reglas relativas a la administración y al acto de la administración constituido el último, debe su existencia a la práctica del recurso por exceso de poder, dirigido contra las decisiones de las autoridades administrativas y comprende las reglas concernientes a las condiciones de existencia y validez de estas decisiones. La relación que existe en las reglas de fondo y de forma es fácil de comprender en todas las ramas de derecho; pues las reglas de forma concerniente a los litigios junto a las reglas de fondo, es sabido que unas sirven a la sanción de otras.

Si el derecho privado al trazar las reglas de administración y el ejercicio de los derechos no ha separado y regulado aparte el acto de administración como lo ha hecho el derecho administrativo, si no ha creado contra el recursos, se debe a que la decisión, en el caso de los particulares y las sociedades comerciales no se manifiesta

exteriormente antes de ser ejecutada mientras que en la administración pública se manifiesta y puede ser conocida antes de su ejecución.

Por consiguiente los tres grupos de normas a la que nos hemos referido en las líneas anteriores se enlazan entre sí de forma lógica, en el siguiente orden:

Las reglas de fondo referentes a las personas administrativas y sus derechos;

Las reglas a cerca de la administración o el ejercicio de los derechos,

Las reglas concernientes al contencioso o a los litigios que pueden ser provocados por el ejercicio de los derechos. (2007:2)

## **Gestión administrativa**

Esta es un tipo de acción mediante la cual se desarrolla actividades cumpliendo las fases del proceso administrativo.

La gestión administrativa según lo menciona Hauriou Maurice.

Se ha definido con frecuencia el derecho administrativo, como el que regula las relaciones de la administración y los administrados y se ha cometido el error de no conformarse siempre con esta definición, no existe dificultad alguna para analizar de esta perspectiva las relaciones administrativas, la administración se reduce a la actividad de cierto número de personas morales, el Estado, los departamentos, los municipios, los establecimientos públicos, esta actividad está mezclada con la nuestra, tiene por objeto la ejecución de los servicios públicos establecidos en nuestro beneficio. Estos entes vigilan nuestra seguridad mediante las obras públicas y contribuyen a nuestro bienestar aún más. Mediante el régimen electoral contribuimos a constituir sus elementos orgánicos.

Los Estados modernos tienen sus imperfecciones pero el fin principal es orientarlos hacia la búsqueda del bien común y en consecuencia los esfuerzos convergen con los de los administrados para que pueda surgir una sociedad. (2007:53)

Continúa manifestando Hauriou Maurice con respecto a la gestión administrativa.

Que si la administración hubiera conservado la actitud de un opresor y el administrado la de un rebelde como hubieran podido extenderse continuamente los servicios públicos, no hay duda alguna de que esta sociedad entre los administrados y el ser moral administrativo existe efectivamente y que esta se hace cada vez más estrecha día a día, ninguna duda tampoco de que tiende a constituir la base de derechos recíprocos del deber público y de los ciudadanos que en otras épocas han podido reclamarse con base a otros fundamentos. Hemos escogido la teoría de la gestión administrativa es decir la ejecución de los servicios públicos, hemos demostrado que en la gestión se establece de manera necesaria una colaboración entre la administración y el medio administrable. (2007:53)

## **Noción de la gestión administrativa**

Al respecto Hauriou Maurice menciona que la noción de la gestión administrativa es:

Es la necesidad de agrupar sistemáticamente ciertos hechos administrativos en torno a la idea de la gestión, se ha manifestado en una época relativamente reciente y ha nacido de las constataciones hechas en el curso de estudios en profundidad a cerca de la teoría de los actos de administración y respecto a las acciones de indemnización contra el Estado, llegado a dividir los actos administrativos en actos de autoridad y actos de gestión..., se ha notado también que si la jurisprudencia ordena indemnización por los perjuicios causados en la gestión administrativa reusa hacerlo por aquellos que son consecuencia de actos de autoridad. (2007:55)

De esta observación se ha concluido que existen dos formas de actividad administrativa. Una que es la vía de autoridad y otra que es la de gestión.

Al respecto Laferriere Edouard citado por Hauriou Maurice indica:

Cuando los actos y decisiones de la administración tiene carácter de actos de mando y de poder público no pueden ser revisados y reformados por la jurisdicción contencioso administrativo; el único recurso que puede dirigirse contra actos de esta naturaleza es el recurso con fines de anulación que lleva el nombre de Recurso por Exceso de Poder (2007:55)

Se concluye entonces que ha habido hasta aquí más de una tendencia instintiva de la jurisprudencia y la doctrina de crear una categoría de la gestión, que un esfuerzo razonado por organizar la teoría, ninguna monografía lo ha intentado; la noción y la definición, han permanecido vacilantes, la vía de autoridad tiene algo apreciable fácilmente, se ha buscado en ella el punto de partida y se ha dicho: hay mando donde no hay gestión cuando no hay mando hay gestión.

Al respecto Laferriere indica, “la administración es depositaria de una parte de autoridad de poder que es uno de los atributos del poder ejecutivo”. (2007:55)

Por lo tanto la gestión comprenderá los casos en que la administración no actúa como autoridad y cuando los actos no son de mando.

Por su parte Michoud señala:

En el municipio como en el estado es preciso distinguir entre los actos de gestión y los actos de autoridad, los primeros son aquellos en los cuales el representante del municipio no ejerce la potestad pública que le pertenece, comprende todos los actos en los cuales no hay infracción ni prohibición ni autorización. (2007:55)

## **Elementos de la gestión administrativa**

Con respecto a los elementos Hauriou Maurice señala:

Los elementos son el tiempo y duración, la situación de gestión que se establece para la ejecución del servicio público se ofrece bajo la forma de una colaboración, es preciso introducir los elementos del tiempo y duración. La gestión de un servicio público es la ejecución prolongada y continua del servicio que posee en este punto algunas nociones de gran precisión.

La gestión abarca el conjunto de actos de un periodo contable ya sea durante el año o durante un tiempo determinado. El ejercicio contable, es el periodo de ejecución de los servicios de un presupuesto, por en todas partes vemos la idea de duración y tiempo, la situación de gestión puede, además, establecerse mediante la colaboración de la voluntad administrativa con elementos diferentes del medio, los administrados propiamente dichos o los funcionarios. En una administración regularmente ordenada los funcionarios de carrera son colaboradores de la voluntad administrativa y cooperan al funcionamiento general.

El funcionario se encuentra en una situación de gestión por lo que todos sus efectos lógicos sin duda son los primeros resultados del establecimiento de una teoría razonada, fundamentalmente en el caso de la revocación intempestiva o injusta. (2007:57)

## **Actos de la gestión realizados por la administración**

Según Hauriou Maurice al respecto menciona que:

Los actos de la gestión administrativa los podríamos determinar, como aquellos actos que se dan directamente entre el administrado y la administración pública para poder determinar y asegurar el funcionamiento de un servicio público, por lo que en el hecho de la colaboración bipartita en la gestión administrativa y el trabajo administrativo es evidente ya que la gestión es creada por el funcionamiento de los servicios públicos y podríamos determinar que existen actos de gestión contractual, actos de gestión pecuniaria, actos de gestión oficiosa y actos de gestión forzosa, cada uno se determinara por la característica exacta de la situación en la que se encuentre el funcionario público como el requerimiento o aplicación a que deba ser objeto el administrado. Por lo que, lo importante y principal en la gestión administrativa es el efecto que pueda producir al ser requerido el administrado y de ello depende el criterio de la colaboración con la acción administrativa para poder determinar el cumplimiento o no de requerimiento hecho por el administrado. (2007:57)



## **Administración pública**

Podemos mencionar que la administración pública en nuestro país es la acción que realiza el gobierno para que se cumplan las leyes y así poder conservar el interés público, existiendo varios organismos que cumplen con estas funciones.

### **Administración pública central en Guatemala**

Calderón Hugo dice lo siguiente:

La administración pública se encuentra dentro del ordenamiento jurídico que va desde la Constitución Política de la República de Guatemala, en donde se encuentra estructurado todo el Estado y sus organismos (Organismo Legislativo, Judicial y Ejecutivo) y todos sus órganos administrativos entre los cuales están las entidades descentralizadas y autónomas, la Universidad de San Carlos de Guatemala, el Instituto de Seguridad Social y las municipalidades, inmenso a esto encontramos también los convenios y tratados internacionales.

Encontramos en la Constitución Política de la República de Guatemala, la estructura y el funcionamiento de los órganos administrativos así también como los Organismos del Estado, regulando otros órganos administrativos como la Contraloría General de Cuentas, Ministerio Público, Procuraduría de los Derechos Humanos. Estableciendo los principios de juridicidad y legalidad, sabremos que el Estado está absolutamente e íntegramente, sometido a un orden jurídico siendo por lo tanto Estado de Derecho, podremos entonces afirmar que en la Carta Fundamental encontramos los derechos y garantías sin distinción alguna, derechos de los particulares, exigibles jurisdiccionalmente con, contra o sin ley que reglamente el derecho o conceda el recurso formalmente utilizable. (2005:3)

Entonces diremos que la superioridad constitucional consiste en que las leyes comunes no pueden derogarla, ni incumplirla por acción u omisión, la cual no puede ser violada ni alterar sus disposiciones. Cuando una ley

viola alguno de esos principios, deja de ser aplicada ante la reclamación del interesado mediante una acción de inconstitucionalidad; cuando el legislador descuida un principio o norma constitucional, es al juez a quien le corresponde aplicarla en los casos concretos.

Las leyes deben de respetar la Constitución y a su vez los actos administrativos deben respetar las leyes, los actos de gobierno deben respetar la Constitución siendo esta la máxima expresión de la juridicidad. Esta supremacía es jurídica lo que explica por qué una ley o un acto administrativo, que son expresiones de la voluntad coactiva del Estado, pueden perder validez e imperatividad en algún caso.

Es importante establecer que la Constitución es la base principal del actuar de la Administración Pública y el Estado Constitucional en los tres organismos del Estado, los cuales deben respetarla, cumplirla, cuidarla y no violarla ni con la más mínima actuación.

La ley orgánica es otra fuente importante de derecho administrativo, es la que regula la creación de órganos administrativos, mediante la que se les dota de personalidad jurídica propia, independencia en cuanto a sus funciones y se le otorga la competencia general a esta clase de órganos y en general la ley ordinaria es la única que puede otorgar la competencia administrativa. Así también el reglamento es también fuente del derecho

administrativo en el que se encuentran regulados generalmente los procedimientos a los cuales se tiene que someter la administración pública para la resolución de sus expedientes es la base para la formación del expediente administrativo.

En los convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado de Guatemala en los cuales encontramos reguladas muchas de las funciones que desarrolla la administración pública y la prestación de algunos servicios, derechos humanos, aranceles aduaneros, Registro de la Propiedad industrial, etc. La administración pública debe someter su actuación estrictamente a la ley y fundamentalmente a la aplicación de los principios de legalidad y juricidad, los órganos administrativos pueden actuar arbitrariamente pues su actuación debe estar enmarcada dentro de los límites que la misma le otorga, la administración tiene una finalidad primordial que es el bien común y el medio para lograr ese bienestar es el servicio público.

## **Administración pública regional en Guatemala**

Calderón Hugo menciona al respecto:

La administración pública es de suma importancia para que la misma pueda tener un funcionamiento eficaz para los gobernados, ya que al contar con una administración pública regional estamos hablando de los que son los departamentos y por ende de los municipios, que cada uno de estos goza de una administración municipal en este caso, se refiere a las corporaciones municipales y los gobernadores ya que a través de ellos

el pueblo delega por medio del voto popular la administración pública regional en Guatemala.

La función administrativa que tiene el gobierno de Guatemala a través de la regionalización es descentralizar a través de los órganos colegiados tal y como lo estipula en la Ley de Consejo Urbano y Rural para que de esta manera se puedan alcanzar un nivel de mejoramiento de calidad de vida de cada uno de los habitantes de los distintos departamentos, doctrinariamente descentralizar se entiende como dotar de independencia de carácter técnico a los órganos y entidades de la administración, sin perderse el control de parte de la administración centralizada. Es también el proceso mediante el cual el Estado transfiere parte de su capacidad de decisión a instancias menores de sus organizaciones ubicadas en diferentes partes del territorio nacional. (2005:129)

Podemos decir entonces que el propósito esencial de la descentralización es incorporar a la población al proceso de desarrollo y se deberá adoptar a la instancia descentralizada de presupuesto propio y competencia de ejecución de sus propios planes y metas, para la búsqueda de la satisfacción de sus necesidades.

Nuestro ordenamiento jurídico legal vigente específicamente en la Constitución Política de la República de Guatemala en el artículo 224 en su párrafo primero y segundo preceptúa “el territorio de la república se divide para su administración en departamentos. El Congreso podrá modificar la división administrativa del país, estableciendo un régimen de departamento y municipios...” , es de hacer notar que debido al incremento de la población solo en el presente año dos mil catorce el congreso de la república de Guatemala ha efectuado la modificación

territorial administrativa creando tres municipios y con ello enmarcar lo que nuestra Carta Magna indica en el artículo mencionado anteriormente. Así mismo la regionalización de conformidad con el decreto No 70-86 del Congreso de la Republica Ley Preliminar de Regionalización, en su artículo 1 indica: con el objeto de desarrollar la administración pública y lograr que las acciones del gobierno se lleven a cabo con forme a las necesidades de la población se establecen regiones de desarrollo.

## **Administración municipal**

### **El municipio**

El municipio es uno de los pilares fundamentales de toda sociedad, puesto que representa el segundo grado por la relaciones de vecindad que genera, el primer grado es la familia.

Según Fernández citado por Calderón Hugo el municipio representa.

Un fenómeno universal caracterizado como una forma de relación social fincada en la organización vecinal con miras a dar solución a los problemas de la comunidad, mismos que, en opinión de diversos autores surgió hace muchos milenios de manera natural y espontánea, tras el tránsito de la vida nómada a la sedentaria y de la evolución de la familia hacia organizaciones sociales más amplias las cuales fueron la curia, la fratria y la tribu. (2005:225)

## **Definición legal**

En el Decreto 12-2002 Código Municipal, establece en su artículo 2 lo siguiente: es la unidad básica de la organización territorial del Estado y espacio inmediato de participación ciudadana en los asuntos públicos. Se caracteriza primordialmente por sus relaciones permanentes de vecindad, multiétnicidad, pluriculturalidad y multilingüismo organizado para realizar el bien común de todos los habitantes de su distrito.

Como se ha venido citando es necesaria la delimitación territorial que se pueda tener específicamente en los municipios, ya que con esto las autoridades encargadas de la administración pública específicamente del municipio pueden brindar un servicio de calidad al vecino a través del Situado Constitucional y de los aportes que realizan los vecinos es por eso que la importancia del municipio es de gran trascendencia por el beneficio para los habitantes y la certeza para los gobernantes.

## **Autonomía**

La autonomía es la capacidad de autogobierno o de cierto grado de independencia en referencia a municipios o regiones, potestad o poder de establecer sus propias normativas o decisiones.

Según el diccionario jurídico de Ossorio Manuel, establece lo siguiente:

Estado y condición del pueblo que goza de entera independencia política... Potestad que, dentro del estado pueden gozar municipios, u otras entidades de él para regir intereses peculiares de su vida interior, mediante normas y órganos de gobiernos propios... se trata de una simple descentralización administrativa y política..., (1981:74)

Además en el Decreto 12-2002 Código Municipal es su artículo 3 indica lo siguiente: En ejercicio de la autonomía que la Constitución Política de la República garantiza al municipio, éste elige a sus autoridades y ejerce por medio de ellas, el gobierno y la administración de sus intereses, obtiene y dispone de sus recursos patrimoniales, atiende los servicios públicos locales, el ordenamiento territorial de su jurisdicción, su fortalecimiento económico y la emisión de sus ordenanzas y reglamentos. Para el cumplimiento de los fines que le son inherentes coordinará sus políticas con las políticas generales del Estado y en su caso, con la política especial del ramo al que corresponda. Ninguna ley o disposición legal podrá contrariar, disminuir o tergiversar la autonomía municipal establecida en la Constitución Política de la República.

La autonomía es fundamental y para que exista una autonomía completamente es el goce de independencia ya que sin independencia no puede existir autonomía por que la autonomía nos permite actuar como administradores de la función pública de una manera objetiva y bajo el principio de igualdad y percibiendo uno de los ordenamientos jurídicos

constitucionales que es el Bien Común, la autonomía en la administración pública permite dar independencia en la toma de decisiones para el beneficio de la población.

### **Importancia de la administración municipal**

Se puede señalar que la administración pública, en la reunión de las condiciones necesarias para un mejoramiento con la calidad de vida de sus habitantes el bienestar general de todos sus habitantes y el municipio como institución constituye la instancia más importante para el cumplimiento de estas finalidades, la administración municipal es la que se encarga del gobierno y el municipio y las facultades administrativas comunales son dentro de una formula general, todas aquellas que necesariamente deben ejercer las administraciones municipales para la satisfacción de los intereses locales.

Según Cansí José citado por Hugo Calderón

Se tiene como parte de la administración pública el conjunto de principios normas y acciones que determinan la acción entre gobernantes y gobernados, tenemos que reconocer que la administración municipal es la instancia de la administración que reúne y aplica esos elementos ya que es el ámbito municipal donde tiene lugar la relación más próxima y directa que se establece entre estado y sociedad, de tal forma que la administración municipal es un momento de la acción del estado de la sociedad y las sociedad presente en el estado, considerados como un momento y un espacio de la organización política de la sociedad y de la actividad de Estado, al municipio y su administración le corresponde atender todo lo concerniente a la vida local y de ninguna manera a intereses generales. De acuerdo con esta consideración la administración municipal aparece entonces como una instancia subordinada a los principios políticos fundamentales de la nación. (1983:12)



La importancia del municipio en las necesidades de descentralizar la administración pública de tal manera que esta pueda ejercer sus atribuciones de una manera más eficaz, en beneficio de sus habitantes se puede concluir que el municipio se crea para manejar los intereses colectivos de su población y por tanto a este le queda otorgada la facultad de administrar la prestación de los servicios públicos municipales.

### **Origen del municipio**

Tiene su nacimiento en la época romana, como expresión de comunidad, su nacimiento se remonta a miles de años.

Para Fernández Jorge citado por Calderón Hugo. “Al emerger con el sedentarismo y la aparición de organizaciones sociales de mayor amplitud y fuerza que la familia las primeras manifestaciones de las comunidades vecinales para resolver los problemas de carácter general”. (2005 229).

Según Muñoz citado por Calderón Hugo.

El origen del municipio es sumamente remoto y se pierde en la profundidad de los tiempos antiguos aun cuando hay indicios de suficiente validez como para afirmar que en los pueblos de algo grado de civilización se desarrolló como forma de organización político social. (2005:229).

Las sociedades mencionadas se conocieron con diferentes denominaciones forma de agrupación de los miembros de un pueblo de los que puede afirmarse que prefiguraron los rasgos distintivos en la institución, por ello es improbable establecer una época menos una fecha determinada del surgimiento del municipio, pero como institución político jurídica especialmente su denominación de municipio más que todo el nombre tiene sus orígenes en la civilizaciones más desarrolladas, como Roma y Grecia.

## **Teorías que dan origen al municipio**

### **Teoría del origen divino**

Inicialmente se atribuía el origen del municipio a la voluntad divina, Dios creador del universo, del cielo y la tierra, y todo lo que en ella se encuentra, teoría que actualmente lo señala Fernández Jorge citado por Calderón Hugo.

El origen inmediato o próximo que se interpreta como resultado de la voluntad humana; en su estudio de la institución municipal de Estado Unidos de América realizado en la primera mitad del siglo IX concluyo diciendo que la sociedad comunal existen todos los pueblos cuales quiera que sean sus usos y sus leyes, el hombre es el que forma los reinos y crea las repúblicas, la comuna parece salir directamente de las manos de Dios. (2005:230)

## **Teoría iusnaturalista**

Se relaciona con la sociología, partiendo que el municipio es un fenómeno natural sustentado en relaciones vecinales que represente un nivel intermedio de las sociedades básicas del ser humano: la familia, el municipio y el Estado, la concepción iusnaturalista en el municipio tienen un ámbito de actuación propia no delegado. Está dotado de facultades originarias para realizar su cometido de manera natural y autónoma aunque se encuentra subordinado a un ente superior como lo es el Estado, para los iusnaturalistas el municipio no es una mera circunscripción territorial un objetivo en naturaleza política es por el contrario una comunidad integrada por familias para la consecución de fines esenciales para la vida en común. (Calderón, 2005:231)

## **Teoría jurídica**

Esta teoría Calderón Hugo hace mención:

A través de la norma jurídica se puede crear, fusionar, disolver, darle su estructura y su competencia al municipio... Consecuentemente primero es territorio, después de un grupo de personas humanas que se asientan, no basta, si no tiene implícita la normativa jurídica que va regularla, para estas teorías formalistas, el propio Estado, tiene que darle al municipio el Ordenamiento Jurídico para su existencia, el ente municipal y su autoridad u órganos administrativos tienen que tener una estructura jurídica y lo más importante la competencia, recordemos que las competencias son facultades que únicamente la ley puede otorgar.

Esta estructuración y como sistema de organización administrativa queda regulado en la Constitución Política de la República de Guatemala, en el Código Municipal y la posibilidad que las municipalidades puedan generar su propio reglamento.

La Constitución le dota de autonomía al municipio, el código municipal lo estructura y le otorga las competencias necesarias para poder operar y los reglamentos distribuyen las competencias administrativas. (2005:231)

## **Teoría administrativa**

Manifiesta Calderón Hugo con respecto a esta teoría:

El municipio es producto de la descentralización administrativa territorial de acuerdo a los sistemas, técnicas de organización administrativas que representan una forma de organización con forma a la cual a un ente se le confiere personalidad jurídica propia a

una entidad con un ámbito de competencia territorial determinado dotándole de actividades administrativas a través de la competencia, las teorías administrativas distan mucho de alcanzar una aceptación general a su interpretación del municipio como producto de la descentralización... (2005:233)

## **Elementos del municipio**

Los elementos principales y esenciales que se encuentran determinados en la doctrina, según la diversidad y unificación de criterios de los distintos tratadistas y autores nacionales y extranjeros mencionan los siguientes: la población, el territorio, la autoridad, la comunidad organizada, la capacidad económica, el ordenamiento jurídico.

Por lo que al referirnos a cada uno estos elementos mencionados anteriormente atendiendo a su grado de importancia y complemento.

### **La población**

Grupo de personas que se integran para formar una sociedad, Calderón Hugo indica: “sin duda el elemento más importante del municipio es el elemento humano, es decir la población porque un territorio sin habitantes no puede ser municipio” (2005:238)

“Acción y efecto de poblar, un territorio o país, provincia u otra comarca o sitio en que se vive en estabilidad, al menos relativa, también cualquier ciudad o pueblo” (Ossorio, 1981:737).

Partiendo de lo que indica Calderón, se puede decir que para que exista la población debe ser una agrupación de personas que persigan lo que indica nuestro ordenamiento jurídico constitucional que es el bien común a efecto de poder darle el funcionamiento necesario al municipio sin distinción de credo, religión, raza o grupo social, por lo que sale alusión lo que indica nuestro Código Civil guatemalteco, Decreto Ley 106 que podríamos decir que la vecindad es la circunscripción municipal por medio de la cual una persona la adquiere por el ánimo de permanencia mínima de un año con el ánimo de permanecer en el no perdiendo de vista al grupo de transeúntes que únicamente están en un lapso determinado de tiempo por una situación específica y concreta.

### **El territorio**

Lugar donde se encuentran asentadas un determinado grupo de personas conviviendo entre sí.

Para Calderón Hugo:

El territorio constituye la circunscripción territorial en donde se asienta la población del municipio. Un elemento esencial del municipio es el territorio, es el ámbito espacial de vigencia del orden jurídico municipal y de asentamiento de la población este espacio territorial debe ser propio y exclusivo. (2005:239)

Para Ossorio Manuel en su diccionario jurídico menciona que territorio es, “superficie terrestre en que ejerce soberanía o jurisdicción un Estado, provincia o municipio”. (1981:938).

Lo que nos indica Calderón, se puede determinar que la autonomía del municipio es tan amplia y reconocida plenamente por el Estado de Guatemala que podemos ejemplificar claramente dicha autonomía con las diversos decretos legislativos emitidos por el Honorable Congreso de la República de Guatemala en la cual atendiendo a peticiones de grupo de vecinos organizados en un territorio determinado han creado nuevos municipios y por ende el territorio ha cambiado.

### **La autoridad**

Calderón Hugo menciona que: “la actividad ejercida por la autoridad municipal en representación de los habitantes tanto por el concejo municipal como por las autoridades tradicionales propias de las comunidades municipales se realizan estrictamente dentro de sus circunscripción territorial” (2005:240).

Según Ossorio Manuel, en su diccionario jurídico establece que autoridad es:

En sentido genérico, es la potestad que ejerce una persona sobre otra u otras, y entonces se habla de autoridad del jefe del Estado, del padre de familia, del marido, del maestro, del patrono, cada uno de ellos dentro de sus atribuciones legalmente establecidas. En sentido más restringido o corriente, la potestad que tiene una persona o corporación para dictar leyes, aplicarlas o ejecutarlas, imponiéndolas a los demás. (1981:99).

Debido a lo manifestado anteriormente, la autoridad como elemento del municipio no se puede determinar en la actualidad a lo que establece el tratadista ya que por la descentralización que ha sufrido por parte del estado las distintas dependencias de gobierno podemos encontrar dentro del municipio autoridades como el Registrador del Registro Nacional de las Personas, el delegado de la Superintendencia de administración Tributaria, la subregistradora del Archivo General de Protocolos y otros.

### **La comunidad organizada**

Hace mención Calderón Hugo a lo siguiente: “la organización comunitaria que es la organización que realizan los vecinos, de tipo civil, no lucrativos, que tiene vida jurídica para colaborar con el desarrollo del municipio” (2005:329)

Se puede observar con el transcurrir del tiempo y con los distintos acuerdos que se han emitido por parte del organismo ejecutivo que se ha tratado de brindarle mayor certeza y seguridad a los grupos de vecinos que se constituyen en asociaciones con finalidades lucrativas o no, ya que a partir del año 2005 deja sin potestad a las municipalidades de los distintos departamentos para poder hacer las inscripciones y otorgar la personería jurídica a estas entidades, en ese afán y marco de legalidad traslada la potestad al Ministerio de Gobernación exclusivamente al Registro de Personas Jurídicas de esta dependencia ya que dicha

instancia cuenta con grupo de profesionales encargado de darles certeza y seguridad a los vecinos que así hagan requerimientos de las distintas asociaciones, fundaciones e iglesias que así lo requieran.

## **La capacidad económica**

Calderón Hugo menciona lo siguiente:

Cuando la norma establece que uno de los requisitos del municipio es la capacidad económica no se refiere estrictamente al ente municipal, sino a la capacidad que los habitantes tienen para aportar a través de los arbitrios y tasas municipales para el sostenimiento operativo del ente municipal, sino también para la realización de obras de infraestructura y la prestación de los servicios públicos que requiere la población (2005:241)

Lo anterior se refiere a que de los 332 municipios constituidas en nuestro ordenamiento jurídico, se puede determinar que más del 90% se sostiene, distribuyen y compromete sus recursos con el Situado Constitucional 10% que se hace efectivo mensualmente a cada una de las municipalidades de los diferentes municipios gobierno central, por lo que los municipios de reciente creación que son cuatro, afrontan un problema mayor porque actualmente de la circunscripción municipal de donde fueron desligados se decrementa una parte proporcional para la subsistencia de este nuevo municipio de conformidad con su extensión territorial y su población.



## **El ordenamiento jurídico municipal**

Calderón Hugo hace mención:

Se trata de un elemento esencial del municipio constituido por su orden jurídico específico integrado en primer lugar, por su puesto, por la Constitución Política de la República de Guatemala, especialmente el Código Municipal, otras leyes aplicables al municipio, los reglamentos, las ordenanzas, y los acuerdos de aplicación general y especial del Concejo Municipal de observancia general en el ámbito del municipio (2005:242)

Para Fernández Jorge, citado por Calderón Hugo:

El municipio no podría sobrevivir sin el orden jurídico porque la población no tendría obligación exigible de contribuir a los gastos municipales, la autoridad municipal carecería de competencias, o mejor dicho no podría erigirse por lo que el orden público resultaría imposible establecerse (2002:47)

## **Los contratos administrativos**

La definición de contrato administrativo Escolá lo define como:

Aquellos contratos celebrados por la administración pública con una finalidad de interés público y en los cuales, por tanto, pueden existir cláusulas exorbitantes del derecho privado o que coloquen al contratante de la administración pública en una situación de subordinación respecto de ésta. (1990:614)

Según Godínez Rafael, citado por Calderón Hugo define el contrato administrativo de la siguiente manera;

Es una declaración de voluntad del Estado, a través de sus órganos centralizados y entidades autónomas y descentralizadas, con una persona individual o colectiva, privada o pública, nacional o internacional, con el compromiso del primero de pagar honorarios o un precio por la actividad, servicio o bien, que le presta el contratante, bajo las condiciones establecidas en las leyes de orden público y sometidos en caso de

conflicto o incumplimiento a la jurisdicción privativa de lo contencioso administrativo. (2006:387)

La definición anterior consideramos que es muy acorde al ámbito guatemalteco, pues de acuerdo a los artículos uno y dos de la Ley de Contrataciones del Estado, se encuentran inmersas las características de la definición anterior.

## **Principios del contrato administrativo**

Como lo indica Lira Ubidia, en el documento web, folleto denominado los contratos públicos menciona los principios que rigen al contrato administrativo y se describen a continuación:

### **Legalidad**

Este principio de la administración pública, indica que sólo puede hacer lo que la ley expresamente le permite, en su forma y a los términos que ella determina, la cual hace que se funde en el derecho vigente; dejando al momento de faccionarse el contrato administrativo sujeto a un régimen jurídico determinado.

### **Moralidad**

Este principio constituye una base fundamental para la contratación administrativa, ya que a través de éste, las partes actúan conforme a la buena fe que debe al momento de la negociación y celebración del contrato administrativo.

### **Libre competencia**

Este principio busca una forma objetiva e imparcial de participación de personas en los procesos de cotización y licitación como lo indica la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

### **Continuidad**

Este principio describe que la ejecución de los contratos administrativos específicamente los de obra, no deben suspenderse ni tampoco retrasarse de acuerdo a las cláusulas mencionadas en dichos contratos, y así poder alcanzar la finalidad para la cual fueron faccionados estos contratos.

### Imparcialidad

La administración pública debe actuar de conformidad a la ley al momento de que los oferentes presenten sus ofertas. Se debe dar una igualdad a todos, y su tratamiento fundamentarse en criterios puramente legales que demanden, los cuales deben ser calificados de manera objetiva, por parte de las juntas ya sea de cotización o de licitación.

### Transparencia

Este principio consiste en que todos los actos deben de ser transparentes ante los oferentes, para lo cual se debe garantizar la publicidad de sus actuaciones, tanto para las partes contratantes como para la ciudadanía en general.

### Economía

La administración pública al momento de contratar bienes y servicios debe realizarlo a precios y costos adecuados. Y siempre se debe regir por los principios de simplicidad, austeridad, concentración y ahorro en el uso de los recursos en todas las etapas del proceso.

### Trato justo e igualitario

Este principio indica que la administración pública debe velar cual es la oferta más favorable y conveniente para los interés ya sea del Estado o es este caso de las Municipalidades y así garantizar el bien o el servicio

### Igualdad del Estado frente a particulares

La administración pública debe actuar con igualdad frente a los oferentes para poder celebrar los contratos

### Manifestación de voluntad

Principio que menciona que para poder celebrar contratos administrativos debe existir la manifestación tanto del particular como de la administración pública.

### Cumplimiento de formalidades

Para que el contrato administrativo tenga validez, éste debe ser celebrado de conformidad con todos aquellos requisitos establecidos en la ley, caso contrario acarrearía en un vicio de nulidad.

### Cumplimiento de los procedimientos

Para que pueda suscribirse un contrato administrativo, previamente deben seguirse los procedimientos legales, ejemplo la licitación y cotización.

### Cumplimiento de las finalidades del Estado

Este principio indica que el deber ser del Estado es la realización de sus fines y deberes, todas sus actuaciones deben ser encaminadas hacia ellos. Por lo tanto el contrato administrativo, es un instrumento por medio del cual el Estado obtiene bienes, servicios y suministros; debe ser encaminado también hacia esos fines

### Equilibrio financiero

Este principio indica que se debe mantener el equilibrio financiero establecido en el momento de la celebración, con la finalidad de que no resulten cuestiones perjudiciales para las partes contratantes.  
.http://www.gestiopolis.com/recursos/documentos/fulldocs/eco1/contrapublico.htm,  
recuperado 27.03.2014

Las contrataciones que realiza la administración pública revisten gran importancia, pues para que éstas puedan realizar sus actividades y alcanzar sus fines obligadamente deben obtener los bienes, suministros y servicios que les sean necesarios. La contratación pública guatemalteca está normada por el Decreto número 52-97, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, Acuerdo Gubernativo número 1056-92 y la Resolución número 100-2004. En la normativa citada, están regulados los procesos y formas de contrataciones que las instituciones, unidades ejecutoras y unidades de compras de la administración pública deben observar, porque de lo contrario, es decir, no observar esa normativa, serían sancionadas por la Contraloría General de Cuentas.

## **Reglas contractuales de los contratos administrativos**

Para Gaston Jéze menciona sobre las reglas contractuales lo siguiente:

Las leyes y reglamentos, aplican muy raramente por sí mismo el principio fundamental. Es la jurisprudencia del concejo de Estado, la que por sus pronunciamientos concretos ha elaborado paulatinamente y continua laborando el régimen jurídico aplicable, no sin haber contradicciones, vacilaciones y obscuridades como se menciona anteriormente la finalidad de los contratos celebrados por la administración pública es para asegurar el funcionamiento de un servicio público o el

bien común y que estas se rijan por reglas especiales distintas de las que se puedan practicar de los particulares entre sí, se consideraría para poder enumerar las principales reglas que se relacionan con la administración, administrado y específicamente en los contratos administrativos son:

- ✓ la forma de los contratos.
- ✓ La facultad que tiene la administración para obtener unilateralmente la ejecución fiel y regular la prestación convenida.
- ✓ Facilidades dadas a el contratista para el cumplimiento de la obligación
- ✓ La norma específica que regula la competencia para juzgar los litigios que se susciten entre la administración y los proveedores, (2007:520)

No son estas las únicas reglas especiales, pero la mayoría se relaciona directa e indirectamente con las mencionadas anteriormente para que estas se puedan aplicar, no basta con la simple celebración del contrato administrativo sino además los documentos técnicos y legales, tal es el caso de las declaraciones juradas, la fianza de sostenimiento de oferta, fianza de garantía, fianza de conservación de obra, que son las que garantizan el funcionamiento de la prestación del servicio público, específicamente en el contrato administrativo de obra.

## **Características de los contratos**

De la definición brindada por Godínez Bolaños, encontramos las siguientes características:

- a) Es una declaración de voluntad del Estado. La declaración de voluntad del Estado consiste en que, son las instituciones públicas las que de acuerdo a sus necesidades, convocan a celebrar determinados contratos, bajo las condiciones que ellas impongan.

- b) La celebración de la contratación se realiza a través de sus órganos centralizados y de sus entidades descentralizadas y autónomas. El Estado, como sabemos actúa mediante sus diferentes instituciones centralizadas, como los Ministerios de Estado y éste a través de sus dependencias; descentralizadas como la Superintendencia de Administración Tributaria y autónomas como los municipios, quienes celebran contratos, como dijimos de acuerdo a sus necesidades y presupuesto.
- c) El Estado celebra contratos con una persona individual o colectiva, privada o pública, nacional o internacional. Es decir, por regla general no importa si el proveedor es persona jurídica o no, lo importante es que reúna las condiciones solicitadas por la administración para la celebración del contrato administrativo; el contratante puede ser una entidad privada o pública, lo frecuente es que sea una entidad privada, pero de acuerdo al artículo dos de la Ley de Contrataciones del Estado, se permite o se autoriza la adquisición de bienes o de servicios entre los organismos del Estado, instituciones autónomas y descentralizadas y asimismo, el Estado puede celebrar contratos con empresas internacionales, esto de acuerdo al Tratado de Libre Comercio entre Centro América, Estados Unidos y República Dominicana; con la ayuda del Sistema de Información de Contrataciones y Adquisiciones del Estado de Guatemala.
- d) El Estado tiene la obligación de pagar un precio u honorarios. Como en toda contratación, una de las partes se compromete a realizar el pago por un bien o servicio, y la otra se obliga a prestar el servicio o la entrega de un bien, el Estado por lo general es quien paga y la otra parte quien entrega el bien o servicio.
- e) En caso de conflicto o de incumplimiento de la obligación, las partes se someten a la jurisdicción privativa de lo contencioso administrativo: quiere decir que si derivado de las obligaciones de la contratación surge algún problema o inconveniente entre las partes, éstas deben apegarse a lo establecido en la Ley de lo Contencioso Administrativo, según lo preceptuado en el segundo párrafo del Artículo 101 de la Ley de Contrataciones del Estado. (2006:127)

## **Forma de los contratos administrativos**

El artículo 49 del Decreto número 57-92, del Congreso de la República, Ley de Contrataciones del Estado establece que: “los contratos deberán faccionarse en papel membretado de la dependencia interesada o en papel simple con el sello de la misma”. Cuando tengan que inscribirse o

anotarse en los registros, deberán constar en Escritura Pública, autorizada por el Escribano de Gobierno. Sin embargo, el contrato podrá autorizarlo otro notario, siempre que los honorarios profesionales que se causen no sean pagados por el Estado.

El plazo dentro del cual deben celebrarse los contratos administrativos es de 10 días, contados a partir de la adjudicación definitiva, según el artículo 47 de la Ley citada. El mismo artículo establece que debe suscribirlos en representación del Estado, en el supuesto de las dependencias sin personalidad jurídica por el ministro del ramo, quien puede delegar en los viceministros la suscripción de los contratos, que en la práctica así se hace, es decir un viceministro es el encargado de conocer estos procesos.

Cuando los contratos administrativos son celebrados por instituciones descentralizadas o municipalidades, la autoridad competente es la que designe la Ley Orgánica o el Código Municipal respectivamente. Cuando se trate de una negociación de las dependencias de la Presidencia de la República, el encargado de suscribir el contrato es el Secretario General de la Presidencia.

Existe una excepción para la suscripción del contrato administrativo en una negociación de la Administración Pública, la cual está regulada en el artículo 50 de la Ley de Contrataciones, la cual indica: cuando se trate de mercancías, obras, bienes o servicios que sean adquiridos en el mercado local o entrega inmediata, podrá omitirse la celebración del contrato escrito, siempre que el monto de la negociación no exceda de cien mil quetzales (Q.100,000.00), debiéndose hacer constar en acta todos los pormenores de la negociación, agregando las constancias del caso al expediente respectivo.

Las actas a que se refiere el artículo citado, deben de faccionarse en hojas o en libros autorizados por la Contraloría General de Cuentas. En estas actas las entidades públicas, deben hacer constar todas las circunstancias y particularidades del proceso. Entendemos que la celebración del acta es para acelerar el proceso que lleva a la contratación.

## **Clasificación de los contratos administrativos**

Calderón Hugo señala que en la doctrina y la legislación existen muchas clases de contratos administrativos, siendo los más importantes los siguientes:



- a) Contrato de suministro: Los contratos de suministros son aquellos que celebra la Administración Pública para la obtención de accesorios de equipo de cómputo, muebles y materiales para oficina;
- b) Concesión de servicios públicos: Este contrato consiste en que, el Estado faculta a algún particular la prestación de un servicio público, como por ejemplo: el servicio de transporte público;
- c) Contrato de servicios al Estado. Es aquel contrato por medio del cual un particular realiza algún servicio al Estado, por ejemplo: el servicio de mantenimiento a equipo de cómputo o maquinaria de diferente clase.
- d) Contrato de consultoría especial: Este contrato se celebra con empresas especializadas que se dedican a realizar actividades como: estudios de factibilidad, de pre inversión; ya que por algún motivo el Estado no cuenta con entidades que realicen estas actividades,
- e) Contrato de explotación y exploración de recursos no renovables: Tiene como objetivo, facultar a empresas nacionales o extranjeras a que exploren y exploten determinadas áreas para la obtención de hidrocarburos.
- f) Contrato de obra pública: Son aquellos que están dirigidos a la construcción de carreteras, puentes, hospitales. (2006:388)

## **Contrato de Obra**

Gaston Jéze indica;

Que el contrato de obra o suministro que tiene por objeto una obra o un suministro simple para asegurar el funcionamiento de un servicio público en los que el proveedor está asociado, en forma accidental a la gestión del servicio este es el caso de los contratos que tienen por objeto una obra o una provisión aislada única aquí las consecuencias del incumplimiento son generalmente menos graves para el servicio público. De ordinario la administración podrá con bastante facilidad hacer frente a este incumplimiento mediante medidas inmediatas eficaces. Pero esto no siempre es posible. (2007:651)

Lo que establece el artículo 2000 del Decreto Ley 106, Código Civil: por el contrato de obra o empresa, el contratista se compromete a ejecutar y entregar una obra que le encarga otra persona, mediante un precio que esta se obliga a pagar.

En la actualidad, para un mejor control del fraccionamiento de los mismos contratos, las distintas entidades estatales, municipales, autónomas llevan el registro de cada uno de los contratos celebrados ya sea de obra, suministros, de servicios profesionales, contratos servicios, en los libros autorizados por la Contraloría General de Cuentas con una numeración y foliación correlativa en hojas membretadas de las distintas instituciones, lo que hace prácticamente imposible la falsificación de las hojas autorizadas por parte de la Contraloría General de Cuentas por lo cual se garantiza el cumplimiento de las formalidades exigidas para la elaboración este tipo de contratos y por supuesto tanto para el administrado como para la administración brinda certeza de los contratos plasmados en estos libros autorizadas para este efecto.

Aunado a ello en el contrato de obra, particularmente se establecen diferentes requisitos esenciales para que pueda nacer a la vida este contrato, tal es el caso en procedimientos administrativos de cotización de obra pública, para que se pueda perfeccionar el contrato de obra es

necesario que se adjunte al expediente administrativo que dará vida posteriormente al contrato de obra lo siguiente.

1. Opinión jurídica en la cual se establece que el procedimiento ha cumplido con los requerimientos técnicos y legales para la adjudicación del mismo.

2. Dictamen técnico requerido por un profesionales de arquitectura o ingeniería en la que conste que las especificaciones técnicas han sido elaboradas de conformidad con normas procedimentales.

3. Dictamen por parte de la unidad de presupuesto, Constancia de Disponibilidad Presupuestaria CDP, donde conste que existe partida presupuestaria para garantizar la adjudicación del evento publicado en Guatecompras.

4. Dictamen financiero por parte de la Dirección Financiera, Constancia de Disponibilidad Financiera CDF, .que garantiza la disponibilidad financiera para el cumplimiento de la obligación.

## **La ineficacia del contrato de obra para el cumplimiento de la obligación**

De acuerdo a lo que determina la ley de Compras y Contrataciones de Estado, Decreto 57-92 en sus artículos 47 al 50 y artículo 91.

Artículo 47 Suscripción del Contrato. Los contratos que se celebren en aplicación de la presente ley, serán suscritos dentro del plazo de diez (10) días contados a partir de la adjudicación definitiva en representación del Estado cuando las negociaciones sean para las dependencias sin personalidad jurídica por el respectivo ministro del ramo... Cuando los contratos deban celebrarse con las entidades descentralizadas y las municipalidades, serán suscritos por la autoridad que corresponda de acuerdo con su Ley Orgánica o conforme el Código Municipal, supletoriamente en aplicación del párrafo primero del presente artículo.

Artículo 48 Aprobación del Contrato. El contrato a que se refiere el artículo anterior, será aprobado por la misma autoridad que determina el artículo 9 de esta ley.

Artículo 49 De la Forma del Contrato. Los contratos deberán faccionarse en papel membretado de la dependencia interesada o en papel simple con el sello de la misma. Cuando tengan que inscribirse o anotarse en los registros, deberán constar en Escritura Pública, autorizada por el

Escribano de Gobierno. Sin embargo, el contrato podrá autorizarlo otro notario, siempre que los honorarios profesionales que se causen no sean pagados por el Estado.

Artículo 50 Prórroga Contractual. A solicitud del contratista, el plazo contractual para la terminación de las obras, la entrega de bienes y suministros o la prestación de los servicios podrán prorrogarse por caso fortuito o causa de fuerza mayor o por cualquiera otra causa no imputable al contratista. El reglamento de esta ley, establecerá la forma y el trámite a seguir.

Artículo 91 Cláusulas obligatorias. Además de las cláusulas propias de un contrato administrativo, en los contratos de concesión deberá estipularse:

1. Que el plazo de duración no podrá ser superior a veinticinco (25) años... tomando en cuenta el interés nacional y el de los usuarios.
2. Que el reglamento para la utilización de la obra, bien o prestación del servicio, forma parte del contrato.

Y los artículos del Reglamento del Decreto 57-92

Artículo 26. Suscripción y aprobación del contrato. La suscripción del contrato deberá hacerla el funcionario de grado jerárquico inferior al de la autoridad que lo aprobará... El contrato deberá ser aprobado en todos los casos, dentro de los diez (10) días calendario contados a partir de la presentación por parte del contratista de la garantía del cumplimiento a que se refiere el artículo 65 de la Ley. Para los efectos de la aprobación del contrato y la aplicación del párrafo tercero del artículo 47 de la Ley.

Artículo 27. Prórroga por caso fortuito o causa de fuerza mayor o por cualquier otra causa no imputable al contratista. Cuando por caso fortuito o causa de fuerza mayor se solicitare prórroga del plazo, el contratista dentro del plazo de diez (10) días de ocurrido el hecho... Cuando la entidad contratante ordene la ejecución de cantidades de trabajo adicionales, en el documento que se emita se hará constar la prórroga al plazo contractual. Igual procedimiento se seguirá cuando se ordenen cambios de diseño que afecten el desarrollo normal de los trabajos.

Artículo 28. Variaciones del monto del contrato. Los documentos a que se refiere el artículo 52 de la Ley, se definen así:

1. Orden de Cambio: Orden aprobada por la autoridad administrativa superior de la entidad interesada para que se efectúe cualquier cambio o modificación a los planos o especificaciones o bien para suprimir o

disminuir las cantidades de trabajo de uno o más renglones, pudiendo dar derecho al contratista a una compensación económica, para lo cual éste deberá presentar los cálculos de costos que la justifiquen.

2. Orden de Trabajo Suplementario: Orden aprobada por la autoridad administrativa superior a la entidad interesada para la ejecución de unidades adicionales en cualquiera de los renglones, a los precios unitarios del respectivo renglón.

3. Acuerdo de Trabajo Extra: Acuerdo entre la entidad o dependencia interesada y el contratista, aprobado por la autoridad administrativa superior de la entidad interesada.

Tal como lo establece la norma anteriormente descrita, existió parte del Organismo Ejecutivo a través del acuerdo Gubernativo correspondiente en el cual le da vigencia a la Ley de Compras y contrataciones del Estado se dejó establecido con bastante claridad todo lo referente a los contratos, a las cláusulas y a la falta de cumplimiento de la obligación por el oferente pero es desproporcional el acuerdo gubernativo en mención, al establecer que el adjudicatario quien posteriormente se convierte en contratista para poder reclamar el pago en este caso el cumplimiento de la obligación, no es operante, el simple hecho de poseer un contrato

administrativo bien perfeccionado y con todas sus formalidades descritas en los artículos anteriores.

Se menciona que para el efecto de poder requerir de pago a la entidad o unidad ejecutora, dependencia interesada o contratante, establece que aparte de los recursos que se encuentran estipulados en los artículos 99, 100 y 101 de la Ley de Contrataciones del Estado en donde nos indica que anteriormente a cualquier acción legal debe agotarse la vía administrativa, y es más específico en lo que se determina en el artículo 102 de la ley en la cual indica:

Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Salvo lo dispuesto en el artículo 3 de esta ley, toda controversia relativa al incumplimiento, interpretación, aplicación y efectos de los actos o resoluciones de la entidades a que se refiere el artículo 1 de la presente ley, así como en los casos de controversias derivadas de contratos administrativos, después de agotada la vía administrativa y conciliadora, se someterse a la jurisdicción del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Es de hacer notar que el Organismo Ejecutivo al emitir el decreto fue eminentemente pensado, aplicado y regulado para beneficios de la entidad, dependencia o unidad ejecutora, y es tácito así como el artículo anterior se menciona que es jurisdicción de lo contencioso



administrativo... los casos de controversias derivadas de los contratos administrativos.

Es por ello que el contrato de obra tienen una total inaplicabilidad para el requerimiento del cumplimiento de la obligación dineraria, ya que, este contrato no funciona como título ejecutivo o como documento perfecto legal, que sirva por el solo hecho que las partes se hallan sometido voluntariamente a la regularización dada en la ley de Compras y Contrataciones del Estado, ya que se menciona anteriormente, si el oferente que posteriormente pasa a ser adjudicatario y luego a ser contratista debe, para poder reclamar alguna divergencia o controversia acudir a la jurisdicción del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y por ente para poder llegar a ella hay que agotar la vía administrativa con antelación.

Se puede determinar entonces que el contratista está en una desigualdad abrumante ante las entidades, dependencias y unidades ejecutoras contratantes, en cuanto a exigir el cumplimiento de una obligación derivada de los contratos.

Por tanto, para el contratista se hace un trámite tedioso, largo y engorroso, porque a los contratos según la ley no se le reviste para efectos favorables de fuerza ejecutiva.

Mientras que para el Estado, entidades y unidades ejecutoras, el no cumplimiento por parte del contratista de realizar la obra contratada, indicada mediante el perfeccionamiento del contrato, solo basta cumplir con lo mencionado en los artículos anteriores es de hacer efectiva la fianza dada por el contratista.

## **La obligación**

Es el conjunto de relaciones, por lo común patrimoniales, que establecen vínculos entre dos o más personas, por el deber jurídico de dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Observando elementos esenciales. En primer lugar, el vínculo jurídico, este es el nexo que vincula a las dos partes de la relación jurídica, que implica la facultad del acreedor para exigir a su deudor el cumplimiento de la prestación y el deber de este último de pagar lo ofrecido.

Para Pothier, citado por Osterling Felipe y Castillo Mario:

La palabra obligación tiene dos significaciones, En sentido lato, *latu sensu*, es sinónima de deber y de comprender las obligaciones imperfectas lo mismo que las obligaciones perfectas, en segundo lugar el vínculo de derecho *vinculum juris*, donde existe un deber de conciencia, no solamente de derecho de exigir su cumplimiento sino en el deber de cumplirla. (2005:72)

Para Ossorio Manuel en su diccionario jurídico menciona:

La obligación, es un deber jurídico normativamente establecido de realizar u omitir determinado acto, y a cuyo incumplimiento por parte del obligado es imputada, como consecuencia, una sanción coactiva; es decir un castigo en un acto de fuerza física organizada..., (1987:634)

## **Naturaleza jurídica de la obligación**

Como lo menciona Osterling Felipe y Castillo Mario:

El concepto de obligación determina que necesariamente deba existir un crédito y una deuda, es imposible concebir esta categoría jurídica sin esas calidades. Forzosamente hay en toda obligación un sujeto activo y un sujeto pasivo, lo que permite poner de relieve el predominio humano sobre los elementos materiales. Esta reciprocidad, deuda y crédito, corresponde a la misma prestación. Entre los dos requisitos hay una verdadera equivalencia jurídica, ambos conceptos están vinculados existiendo una relación jurídica exigible entre estas. (2005: 112)

Según Pothier, citado por Osterling Felipe y Castillo Mario, “El ordenamiento jurídico no se conforma, por lo general, con imponer al deudor una obligación y reconocer con ello al acreedor un derecho a las prestaciones; se preocupa también de que en caso necesario pueda el acreedor realizar su derecho”. (2005:113)

## **Elementos de la Obligación**

Como lo menciona Osterlin Felipe y Castillo Mario:

La obligación tiene tres elementos:

- Los sujetos, es decir, por lo menos un sujeto “pasivo” llamado deudor y también por lo menos un sujeto “activo” llamado acreedor.

- Un vínculo jurídico o relación jurídica entre deudor y acreedor,
- Un objeto, este debe ser posible, lícito, determinado o determinable y patrimonial.

Analizando los elementos de la obligación Pothier citado por Osterlin Felipe y Castillo Mario menciona al respecto del primer elemento de la obligación:

Sujetos de la obligación: “no hay obligación sin la existencia de dos personas, una que sea la que contrae la obligación y otra en favor de quien se haya contraído. Acreedor y Deudor”. (2005:140)

Para Wayar citado por Osterlin Felipe y Castillo Mario indica al respecto del segundo y tercer elemento:

Vínculo jurídico: en la obligación se establece una relación jurídica, es el elemento que revela el carácter personal de la relación crédito-deuda y que explica porque el acreedor tiene el derecho de exigir y el deudor el deber de cumplir.

Objeto de la obligación: son las cosas o los servicios y aquello que le preocupa al acreedor la satisfacción de su interés. El objeto que por muy material que sea no solo debe referirse a una cosa o a un derecho existente o que debiera existir, sino que debe presentar una utilidad para el acreedor. (2005:143)

## **Medios para efectuar compras del Estado**

Estos son los diversos medios que el Estado de Guatemala, ministerios, entidades centralizadas, descentralizadas, autónomas utiliza para efectuar compras y hacer contrataciones.

## **Régimen de licitación pública**

De acuerdo al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el concepto, “licitación proviene del latín *licitatio onis*, que significa acción o efecto de licitar”; y a su vez licitar significa ofrecer precio por algo en subasta o almoneda. El autor mexicano Jorge Fernando Ruiz, indica que en algunas legislaciones como la mexicana se ha utilizado el concepto licitación como sinónimo de subasta, concurso y remate, pero que en el ámbito jurídico administrativo este concepto tiene un mayor alcance.

## **Fundamento legal de la licitación pública**

El régimen de licitación pública en Guatemala, está regulada en el Título III, Capítulo I, de la Ley de Contrataciones del Estado y el Título II, Capítulo I, del Acuerdo Gubernativo 1056-92, Reglamento del Decreto número 57-92 del Congreso del República, Ley de Contrataciones del Estado. Este proceso se debe realizar cuando el monto o valor de los bienes, suministros y obras que las instituciones públicas necesiten contratar excedan de Q.900,000.00, de acuerdo a lo regulado en el artículo 38 de la Ley citada.

## **Definiciones de licitación pública**

Para tener claro lo que es el proceso de licitación pública, a continuación presentamos las siguientes definiciones:

Es un procedimiento administrativo, que tiene por objeto seleccionar al contratante de la administración pública, evaluando las condiciones técnicas y económicas, a efecto de determinar la idoneidad del sujeto elegido, verificando que ofrezca las condiciones más convenientes (sobre todo el precio), para el órgano convocante”. (López-Elías, 2007:23)

El profesor argentino Gordillo Agustín, citado por Farrando Ismael y Martínez Patricia indican que: “es un procedimiento administrativo cuya finalidad es seleccionar en concurrencia la mejor oferta para celebrar un contrato; constituye un pedido de ofertas efectuado en forma general al público”. (1999:302)

En relación a lo mencionado anteriormente, licitación pública es, un proceso administrativo, que se realiza por un órgano administrativo en nombre del Estado, cuando el costo de los bienes, obras o suministros que se van a adquirir exceden de cierta cantidad de dinero establecida en la Ley, con el fin de seleccionar a un oferente de entre varios, el cual debe ofrecer las mejores condiciones para los intereses del Estado, para posteriormente suscribir un contrato administrativo.

## **Principios jurídicos de la licitación pública**

Según Marienhoff, citado por Farrando Ismael y Martínez Patricia, hace mención que los principios jurídicos de la licitación pública son tres:

La publicidad, la igualdad y la libre concurrencia, Estos principios son los tres pilares de la licitación pública”.

a) La publicidad. Consiste en que todos los actos realizados en el proceso de licitación pública, deben ser conocidos por los interesados y en general por todas las personas.

b) La igualdad. Se debe entender que la aplicación de este principio consiste en que, a todos los oferentes se les debe dar iguales oportunidades y condiciones y tratar de la misma manera, es decir, bajo este principio no se debe favorecer a ningún oferente.

c) Libre concurrencia. La pretensión de la Ley es que la administración pública, al realizar un proceso de licitación, concurren la mayor cantidad de oferentes posibles, con el propósito de obtener la mejor oferta para el Estado, por lo que no se le deben poner obstáculos o requisitos excesivos a los oferentes.(1999:310)

En la legislación guatemalteca, el primer principio que es la publicidad, está fundamentado en el artículo 23 del Decreto número 57-92 del Congreso de la República, Ley de Contrataciones del Estado, y el artículo ocho de su Reglamento, Acuerdo Gubernativo número 1056-92, el cual indica: “...Asimismo, los organismos del Estado, sus entidades descentralizadas y autónomas, unidades ejecutoras, las municipalidades, las empresas públicas estatales o municipales y todas las entidades sujetas a la Ley, previamente al procedimiento establecido en la Ley y su Reglamento, publicarán y gestionarán en el Sistema de Información de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, denominado Guatecompras.

Como podemos apreciar en este artículo se establece que se debe publicar toda la información relacionada con el proceso, desde su convocatoria hasta su finalización, asimismo, que toda la información es pública, y que al publicar la información en Internet, en cualquier país del mundo puede observarse.

El segundo principio de igualdad de forma tácita aparece en los artículos 12 y 13 del Decreto número 57-92 del Congreso de la República, Ley de Contrataciones del Estado, los cuales indican las causas por las que no podrán ser miembros de la junta de licitación; por ejemplo, que sean parientes del oferente o cuando tengan amistad íntima o relaciones con alguna de las partes, que según las circunstancias hagan dudar de la imparcialidad de la junta de licitación.

Y el tercer principio que es el de libre concurrencia, en nuestra legislación guatemalteca tiene una excepción y es el que se encuentra regulado en los artículos 71 y 72 del Decreto número 57-92 del Congreso de la República, Ley de Contrataciones del Estado, en donde se estipula lo relacionado a los registros de precalificados de obras y de consultores, es decir, para realizar determinadas obras o consultorías, las bases de licitación pueden solicitar que los oferentes estén inscritos en estos registros.



Como indicamos anteriormente, estos son los tres principios que generalmente acepta la doctrina, como fundamentos para el proceso de licitación pública, pero para nosotros existe un principio más que se debe tomar en cuenta, el principio del interés del Estado, el cual se encuentra inmerso en el artículo 33 del Decreto número 57-92 del Congreso de la República, Ley de Contrataciones del Estado; porque el proceso de licitación pública se desarrolla precisamente, con el ánimo de obtener un bien, una obra o servicio de la mejor calidad a un buen precio, en donde se plasma que debe prevalecer el interés del Estado.

## **Régimen de cotización pública**

En la doctrina al proceso de cotización se le conoce como licitación privada; veremos a continuación sus principales características.

### **Definición**

Hasta antes que existiera el sistema de GUATECOMPRAS, el proceso de cotización se realizaba de forma limitada, es decir, las instituciones públicas escogían un número determinado de empresas y les formulaban invitación para que éstas participaran en el proceso, de esa cuenta en la doctrina se le define como:

La licitación privada es aquella licitación que se caracteriza por el hecho de que el número de los oferentes está restringido, por la circunstancia de que sólo pueden formular ofertas en ella aquellas personas, físicas o jurídicas, que hayan sido invitadas al efecto por la Administración pública. (Escolá, 1990:663)

Como indicamos al inicio de este tema, antes que existiera el sistema de Guatecompras, el proceso de cotización, era un proceso restringido, en el que se invitaba a ciertas empresas, pero, al publicarse los eventos de contrataciones públicas a través del Internet, por el sistema recién mencionado, éste proceso se torna público, donde pueden ofertar todas las empresas que así lo deseen y que llenen los requisitos solicitados en las bases.

### **Fundamento legal**

Su base legal la encontramos siempre en el Decreto número 57-92 del Congreso de la República, Ley de Contrataciones del Estado, a partir del artículo 38 y en el Acuerdo Gubernativo 1056-92, reglamento de la mencionada Ley, en su artículo 14. Es de hacer notar que para este proceso rigen supletoriamente algunas etapas del proceso de licitación pública, de acuerdo a lo señalado por el artículo 42 de la Ley citada.

El Decreto número 57-92 del Congreso de la República, Ley de Contrataciones del Estado, determina cuándo se debe llevar a cabo éste proceso.

El artículo 38 del Decreto citado establece: cuando el precio de los bienes, o de las obras, suministros o la remuneración de los servicios exceda de treinta mil quetzales (Q.30, 000.00) y no sobrepase los siguientes montos, la compra o contratación podrá hacerse por el sistema de cotización, así:

- Para las municipalidades que no exceda de novecientos mil quetzales (Q.900, 000.00).
- Para el Estado y otras entidades, que no exceda de novecientos mil quetzales (Q900, 000.00)....

De acuerdo a lo establecido, a éste proceso se le puede definir como: el proceso administrativo de contratación, que se realiza cuando el valor de los bienes, servicios y suministros excede de treinta mil quetzales y no sobrepase los novecientos mil quetzales y cuyo objeto es seleccionar la oferta que convenga a los intereses del Estado.

### **Características**

a) Es un proceso público; como ya indicamos, al ser divulgado a través del sistema de información de contrataciones y adquisiciones del Estado de Guatemala, Guatecompras, este proceso se convierte en público,

porque su desarrollo puede ser monitoreado por quienes tengan interés en hacerlo, desde el mismo ente fiscalizador hasta la sociedad en general.

b)Es de carácter general: pues en él, pueden intervenir todas las personas individuales o jurídicas que deseen hacerlo, sin ninguna restricción o limitación más que las establecidas en las bases de cotización.

c)Es un proceso de cuantía determinada: porque la Ley señala los montos o valores de dinero, dentro del cual se debe realizar el proceso de cotización.

## **Responsabilidad de los funcionarios públicos**

Todo funcionario que goce de la investidura que por derecho le ha sido otorgada es sujeto de derechos pero también de obligaciones de esta manera el funcionario este enterado de que el obrar por el ejercicio o razón de su cargo siempre va ser sujeto de responsabilidad y a la vez es procesado de conformidad con la ley ya que una inobservancia de la ley trae aparejada una sanción y es ahí donde es aplicable el articulado que a continuación se detalla.

Como lo menciona el artículo 6 de la ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos.

- a) El cumplimiento estricto de los preceptos constitucionales y legales;
- b) El ejercicio de la función administrativa con transparencia;
- c) La preeminencia del interés público sobre el privado;
- d) La prudencia en la administración de los recursos de las entidades del Estado, y demás entidades descentralizadas y autónomas del mismo;
- e) La promoción e implementación de programas de capacitación y la difusión de valores, imparcialidad y transparencia de la gestión administrativa;
- f) Publicitar las acciones para generar un efecto multiplicador que conlleve a la adquisición de valores éticos por parte de la ciudadanía;
- g) El apoyo a la labor de detección de los casos de corrupción a través de la implementación de los mecanismos que conlleven a su denuncia;
- h) La actuación con honestidad y lealtad en el ejercicio del cargo o empleo o prestación de un servicio;
- i) La incorporación de una estructura de incentivos que propenda a que en la administración pública ingresen, asciendan y permanezcan las personas más idóneas, mediante la valorización de su desempeño en un

cargo o empleo público a través del fortalecimiento del sistema de calificaciones, de remuneraciones y de reconocimientos;

j) El fortalecimiento de los procedimientos para determinar la responsabilidad de los servidores públicos; y

k) El establecimiento de procedimientos administrativos que faciliten las denuncias por actos de corrupción.

## **Funcionarios públicos**

“Quien Desempeña algunas de las funciones públicas. El órgano o persona que pone en ejercicio el poder público”. (Ossorio, 1987:430)

Se consideran funcionarios públicos todas aquellas personas, dignatarios, autoridades, empleados y funcionarios públicos que por elección popular, nombramiento, contrato o cualquier otro vinculo presten sus servicios en el estado, sus organismos, los municipios, sus empresas y entidades descentralizadas y autónomas. Así mismo quedan comprendidos quienes presten sus servicios al Estado de Guatemala en el exterior del país en cualquier ramo.

## **Sujetos de responsabilidad**

Como lo menciona el artículo 4 de la ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos.

Son responsables de conformidad de las normas contenidas en esta ley y serán sancionados por el incumplimiento o inobservancia de la misma. Conforme a las disposiciones del ordenamiento jurídico vigente en el país. Todas aquellas personas investidas de funciones públicas permanentes o transitorias, remuneradas o gratuitas especialmente:

a) Los dignatarios, autoridades, empleados y funcionarios públicos que por elección popular, nombramiento, contrato o cualquier otro vínculo presten sus servicios en el estado, sus organismos, los municipios, sus empresas y entidades descentralizadas y autónomas.

## **Responsabilidad de las personas al servicio del Estado**

Según los artículos del 8 al 14 de la ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos.

## **Responsabilidad administrativa**

La responsabilidad es administrativa cuando la acción u omisión contraviene el ordenamiento jurídico administrativo y las normas que

regulan la conducta del funcionario público, asimismo, cuando se incurriere en negligencia, imprudencia o impericia o bien incumpliendo leyes, reglamentos, contratos y demás disposiciones legales a la institución estatal ante la cual están obligados a prestar sus servicios; además, cuando no se cumplan, con la debida diligencia las obligaciones contraídas o funciones inherentes al cargo, así como cuando por acción u omisión se cause perjuicio a los intereses públicos que tuviere encomendados y no ocasionen daños o perjuicios patrimoniales, o bien se incurra en falta o delito.

### **Responsabilidad civil**

Genera responsabilidad civil la acción u omisión que con intención o por negligencia, imprudencia, impericia o abuso de poder se cometa en perjuicio y daño del patrimonio público, independiente de la responsabilidad penal que se genere. Los daños y perjuicios provenientes de la responsabilidad civil se harán efectivos con arreglo al Código Civil y demás disposiciones legales vigentes sobre la materia, salvo que la acción civil se decida dentro de la acción penal en forma conjunta.



## **Responsabilidad penal**

Genera responsabilidad penal la decisión, resolución, acción u omisión realizada por las personas a que se refiere el artículo 4 de esta ley y que, de conformidad con la ley penal vigente, constituyan delitos o faltas.

## **Grados de responsabilidad**

La responsabilidad es principal cuando el sujeto de la misma esté obligado por disposición legal o reglamentaria a ejecutar o no ejecutar un acto, y subsidiaria cuando un tercero queda obligado por incumplimiento del responsable principal.

## **Responsabilidad por cumplimiento de orden superior**

Ninguna persona sujeta a la aplicación de la presente Ley será revelada de responsabilidad por haber procedido en cumplimiento de orden contraria a la ley dictada por funcionario superior, al pago, uso o disposición indebidos de los fondos y otros bienes de que se a responsable. El funcionario que emita la orden de pago o empleo ilegal, será responsable administrativamente, sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil que pudiere corresponderle por la pérdida o menoscabo que sufran los bienes a su cargo.

## **Responsabilidad solidaria**

Los miembros de juntas directivas o de cuerpos colegiados y comités, asociaciones, fundaciones, patronatos y demás organizaciones no gubernamentales encargados de la administración y manejo del patrimonio público a que se refiere el artículo 4 de la presente Ley, incurren solidariamente en responsabilidad administrativa cuando concurre con sus votos a la aprobación del registro de operaciones o de pagos ilegales de fondos y uso indebido de bienes, valores, enseres o productos, sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil que de tales acuerdos pudieran derivarse. Esta disposición será aplicable a los concejos Municipales.

Incurren igualmente en la responsabilidad a que se refiere el párrafo anterior, los funcionarios que hubieren autorizado tales pagos, salvo que hubieren objetado previamente por escrito la orden respectiva.

## **Instituciones tutelares de la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos**

La verificación y el cumplimiento de la presente Ley, corresponde a las siguientes instituciones estatales:

- a) Congreso de la República de Guatemala, de conformidad con sus atribuciones establecidas en la Constitución Política de la República y su Ley Orgánica.
  
- b) Ministerio Público, que de conformidad con la Constitución Política de la República y las leyes específicas es responsable del ejercicio de la acción penal.
  
- c) Procuraduría General de la Nación; que de conformidad con la Constitución Política de la República y las leyes específicas es el representante legal del Estado y, en consecuencia, responsable de velar por su patrimonio;
  
- d) Contraloría General de Cuentas, que de conformidad con la Constitución Política de la República y su Ley Orgánica es responsable de la fiscalización de los ingresos, egresos y en general, de todo interés hacendario de los organismos del Estado, los municipios, entidades descentralizadas y autónomas.
  
- e) Autoridades nominadoras y de los distintos organismos del Estado, municipalidades y sus empresas y entidades descentralizadas y autónomas.

## **Régimen de los funcionarios públicos**

Según el artículo 15 de la ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos. Cargos públicos. Los ciudadanos guatemaltecos que no tengan impedimento legal y que reúnan las calidades necesarias, tienen derecho a optar a cargos y empleos públicos de conformidad con la ley. Para su otorgamiento no se atenderá más que a razones fundadas de méritos de capacidad, idoneidad y honradez. Ninguna persona podrá desempeñar más de un cargo o empleo público remunerado, excepto quienes presten servicios en centros docentes o instituciones asistenciales y siempre que haya compatibilidad en los horarios.

## **Comentarios sobre los casos concretos de incumplimiento de la obligación en los contratos administrativos de obra, Municipalidad de Cunén, Departamento de Quiché Contratos Administrativos Números 32, 33, 34, 35-2010**

Domingo Camaján Santay, Alcalde municipal

Alirio Demetrio Macario Sajhin Representante Legal Constructora Construarq.

En referencia a los contratos administrativos descritos anteriormente, se puede observar que todos se encuentran legalmente elaborados en tiempo, modo y lugar, los mismos describen la obligación tanto del administrado como del administrante y por ser contratos de obra, entre el contratante y el contratista que en estos casos figura la municipalidad del Municipio de Cunén del Departamento del Quiché como contratante y el señor Alirio Demetrio Macario Sajhin representante legal de la empresa constructora “Construarq” debidamente inscrita en el registro Mercantil de la República de Guatemala y en el Registro de Precalificados para Obras, adscrito al Ministerio de Comunicaciones Infraestructura y Vivienda.

Los contratos descritos anteriormente están suscritos y fundamentados según se establece en la Ley de Contrataciones del Estado y en su Reglamento.

Se puede apreciar que el incumplimiento tácito recurrente por parte del contratante para hacer efectivo el pago de la obligación contraída aduciendo de esta manera que la deuda fue contraída sin el soporte presupuestario que en ley deben de tener antes de contratar la ejecución de la obra pública.

En los casos específicos descritos el contratista se ve imposibilitado para que de una manera rápida y eficaz pueda promover la ejecución de los contratos administrativos perfeccionados con forme a la ley para el cumplimiento de la obligación, ya que si bien es cierto el contratante le asiste el derecho de ejecutar las distintas fianzas que se mencionan en los contratos tales como Fianza de anticipo, Fianza de Cumplimiento, Fianza de conservación de obra, Fianza de saldos deudores, y el contratista únicamente posee el contrato debidamente perfeccionado por las partes, pero nuevamente se ve en desigualdad al querer ser retribuido por el incumplimiento de parte del contratante, es por eso que la ineficacia de los contratos administrativos de obra realizados en las distintas municipalidades del país, entidades autónomas, descentralizadas y centralizadas y específicamente en la Municipalidad de Cunén del Municipio de Quiché no tiene la fuerza ejecutiva necesaria para poder ejecutar el cumplimiento de la obligación.

Esta desigualdad proviene de las ambigüedades y de la falta de regularización de una materia específica que sirva únicamente para regular lo contenido en cuanto a la ejecución de los contratos administrativos, ya que nuestro ordenamiento jurídico legal vigente únicamente contempla, que para que el contratista pueda ejecutar un contrato en este caso de obra primero tiene que agotar la vía administrativa, siendo esta interposición de la petición por escrito a la

autoridad demandada, ante la falta de contestación o con una contestación negativa se procede a la interposición del recurso de revocatoria, si el fallo o resolución es en el mismo sentido, se procede a la interposición del recurso de reposición, todo esto siempre ante la autoridad recurrida.

Posteriormente si en el último recurso se da con una respuesta negativa para el contratista, este procede acudir a la vía contencioso administrativa dejando ya con esto antecedentes un claro ejemplo de desigualdad en la ejecución de los contratos administrativos de obra. Esto de acuerdo a lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado y teniendo el especial cuidado de que en el transcurso de la interposición del trámite administrativo no se caiga en lo establecido en el artículo 96 de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, en el cual se indica que las deudas contraídas por el Estado. No pueden ser exigibles después de un lapso de dos años por lo que nuevamente se observa la falta de igualdad en la celebración de los contratos administrativos de obra.

Al hablar recurrentemente de desigualdad me refiero a que si el contratista incumple con la obligación por parte del Estado o las Autoridades descentralizadas o autónomas, es fácil exigir el cumplimiento de la obligación, ya que como se mencionó anteriormente,

el contratista presenta y deja en efecto las distintas fianzas al que puede ser sometido para el cumplimiento de la obligación dichas fianzas son emitidas por entidades financieras debidamente acreditadas en el país.

Es por esto que particularmente no se observa en la práctica legal administrativa que el contrato de obra sea eficiente y eficaz para reclamar una cantidad líquida, exigible y de plazo vencido al contratante.

Es de hacer notar que debido a la falta de una asesoría técnica legal por parte de las municipalidades de la república o del Estado de Guatemala, entidades descentralizadas o específicamente de la municipalidad de Cunén, departamento del Quiché argumentan cuando el caso que lo amerita y específicamente los casos mencionados de los contratos administrativos de obra Números 32, 33, 34, 35, que fueron contraídos por autoridades municipales diferentes a las que hoy se les requiere de pago, indican que la obligación no fue contraída por ellos, obviando de esta manera que la deuda que se contrajo es una deuda institucional y no particular y con estos argumentos que no tienen certeza jurídica se encuentra que las instituciones públicas y por ende sus administrados incurren hasta en figuras de tipo penal al inobservar lo dispuesto y lo establecido en los contratos administrativos de obra.



Es de hacer un especial énfasis de que los contratos administrativos de obra son debidamente perfeccionados con lo que establece la ley, ya que los mismos están debidamente registrados en la Contraloría General de Cuentas y los libros de contratos de la Municipalidad de Cunen, así mismo dichos contratos están debidamente perfeccionados en cuanto a renglones de trabajo, monto del contrato, obligación del contratante y el contratista, la base legal para la celebración de los mismos, los pagos y la forma de pago, de las comisiones que supervisaran los trabajos realizados, el plazo para la ejecución de la obra, la sanciones y penalizaciones para el contratista, las prórrogas que puedan surgir, la fluctuación de los precios, los permisos con los que se pueden cumplir para elaboración de la obra, los distintos tipos de fianza que se deben de cumplir por parte del contratista de acuerdo al estado en el que se encuentre la obra, de la supervisión de la obra y por último de la liquidación y finiquito que se otorgara, es de apreciar que los mismos están redactados con forme a lo que establecen las leyes y los reglamentos específicos de la materia administrativa.

Y la ambigüedad y falta de certeza que se tienen por parte de los mismos para la ejecución por parte del contratista, no es tangible, ni adecuada a lo que establece la ley de Contrataciones del Estado por la falta de certeza para el requerimiento del pago adeudado por parte de las instituciones es por eso que un contrato de obra bien redactado con las

distintas cláusulas establecidas y debidamente legalizados no tienen la certeza jurídica para que el contratista pueda exigir el cumplimiento de la obligación es únicamente beneficiado con la perfección de estos contratos el contratante, que en este caso son las entidades de gobierno del Estado de Guatemala, entidades descentralizadas o específicamente de la municipalidad de Cunén, departamento del Quiché.

## **Conclusiones**

No existe por parte de la Contraloría General de Cuentas una fiscalización adecuada hacia los contratos administrativos en particular, elaborados por los entes descentralizados, autónomos o estatales, específicamente en la Municipalidad del Municipio de Cunen, Departamento de El Quiche, para asegurar la solvencia y el proceso de liquidez hacia cada contrato de obra, pactado por estas entidad, garantizando los flujos financieros de los mismas.

Que los contratos administrativos de obra de la Municipalidad del Municipio de Cunen, Departamento de El Quiche, por carencia legal no revisten como títulos ejecutivos para exigir el cumplimiento de la obligación, ya que para lograr la efectividad de los mismos, se debe de seguir por un proceso engorroso y extenso que estipula la Ley de Compras y Contrataciones del Estado.

La falta de una asesoría jurídica adecuada hacia la municipalidad del Municipio de Cunen, Departamento de El Quiche, hace permisiva el incumplimiento recurrente por parte del funcionario público en responsabilidades de acuerdo a lo que se establece la Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos, Decreto número 89-2002.

La Ley de Compras y Contracciones del Estado de Guatemala, Decreto número 52-97 y su reglamento, necesita una reforma profunda e integral, específicamente en los contratos administrativos ya que la misma no reviste a estos de título ejecutivo, para garantizar el cumplimiento de la obligación pactada entre el contratante y el contratista.

## Referencias

Calderón, Hugo (2,006). *Derecho Administrativo Parte General*. Primera Edición; Editorial Orión.

Calderón, Hugo (2,005). *Derecho Administrativo II*. Quinta Edición; Editorial Estudiantil Fénix.

Gastón, Jéze, (2.008). *Servicios Públicos y Contratos Administrativos*. México: Editorial Jurídico Universitaria.

Godínez, Rafael (1994). *Los Servicios Públicos*. Guatemala, Guatemala: Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales USAC. Citado por Hugo Calderón.

González, Jorge (2005). *Derecho Administrativo Guatemalteco*. 16<sup>a</sup>. Edición, Tomo I Teoría General, Guatemala: Editorial Impresiones Graficas.

Hauriou, Maurice (2.008). *Derecho Administrativo y Derecho Público*. México: Editorial Jurídico Universitaria.

Lira, Ubidia, folleto *Los Contratos Públicos*, Documento de la página Web

<http://www.gestiopolis.com/recursos/documentos/fulldocs/eco1/contrapublico.htm>,

Osterling Felipe, Castillo Mario (2005). *Tratado de las Obligaciones*, Vol. XVI, Primera Parte, Tomo I, Editorial Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú 2005

Ossorio, Manuel (1,989) *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Buenos Aires Argentina: Editorial Heliasta.

Wayner, J. (1995). *Contratos Administrativos*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ateneo

Decreto Ley 106 Código Civil.

Decreto 12-2002 del Congreso de la Republica, *Código Municipal*.

Decreto Numero 89-2002 del Congreso de la República, *Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos*.

Decreto 57-92 del Congreso de la República, *Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento*.

Acuerdo Gubernativo 1056-92, *Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado*.