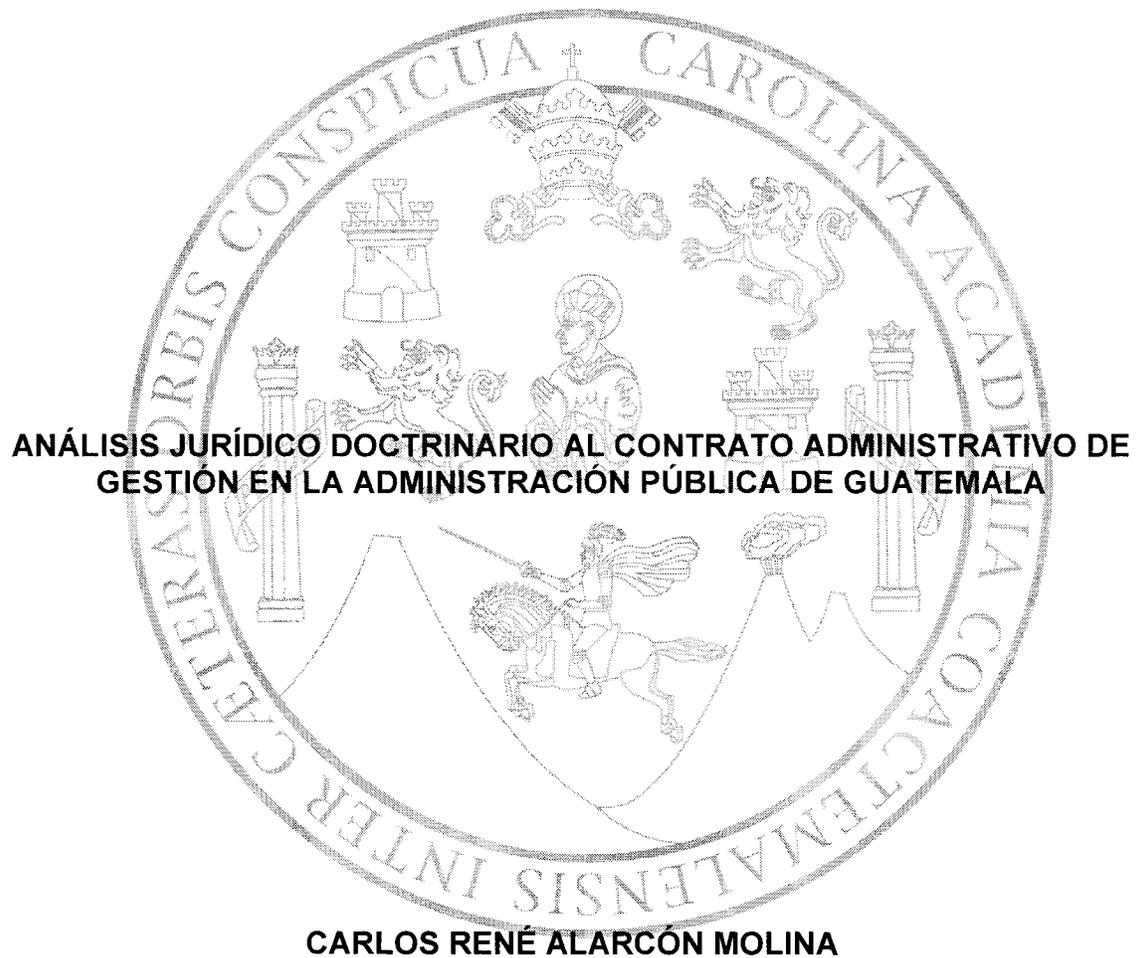


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



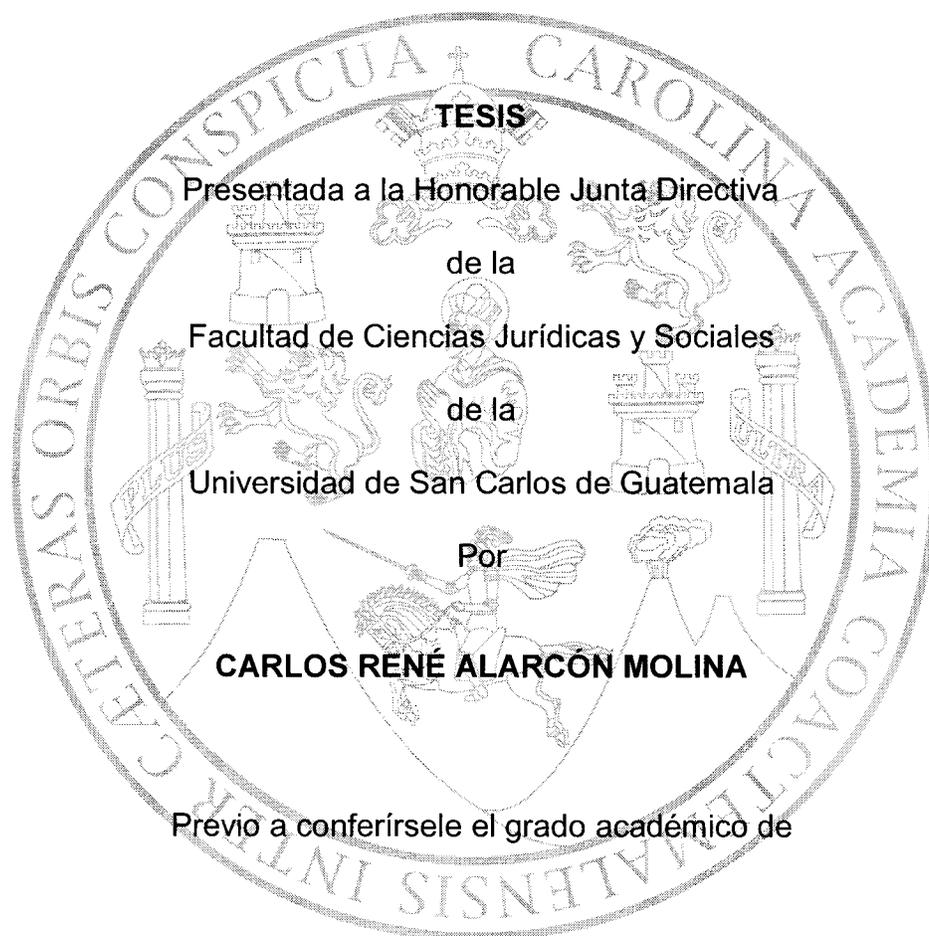
**ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO AL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE  
GESTIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE GUATEMALA**

**CARLOS RENÉ ALARCÓN MOLINA**

**GUATEMALA, ABRIL DE 2015**

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO AL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE  
GESTIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE GUATEMALA**



**TESIS**

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**CARLOS RENÉ ALARCÓN MOLINA**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**Guatemala, abril de 2015**

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA  
DE LA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
DE LA  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	MSc.	Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I:	Lic.	Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Licda.	Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic.	Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br.	Mario Roberto Méndez Álvarez
VOCAL V:	Br.	Luis Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO:	Lic.	Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

**RAZÓN:** “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio N.º 7, Ciudad Universitaria  
Guatemala, Guatemala

Guatemala, 06 de noviembre de 2012



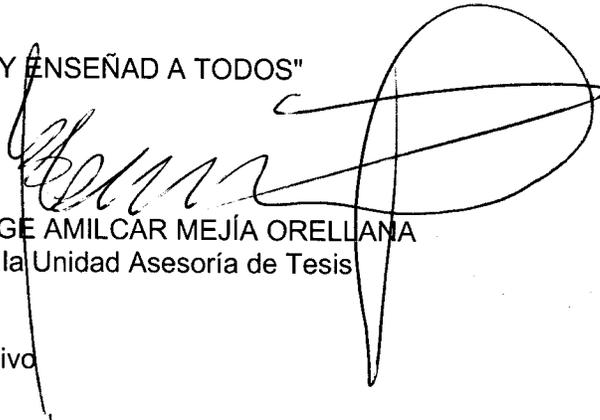
Licenciado  
MARIO ROBERTO ORTÍZ ORELLANA  
Ciudad de Guatemala

Licenciado MARIO ROBERTO ORTÍZ ORELLANA:

Atentamente me dirijo a usted para hacer de su conocimiento que recibí el dictamen del (de la) Consejero (a) - Docente de la Unidad de Asesoría de Tesis de esta Facultad, en el cual hace constar que el plan de investigación y el tema propuesto por el estudiante: CARLOS RENÉ ALARCÓN MOLINA, CARNÉ No. 200218506, intitulado "ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO AL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE GESTIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE GUATEMALA", reúne los requisitos contenidos en el Normativo respectivo.

Me permito hacer de su conocimiento que como asesor está facultado para realizar modificaciones que tengan por objeto mejorar la investigación. En el dictamen correspondiente deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual regula: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

  
DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA  
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis

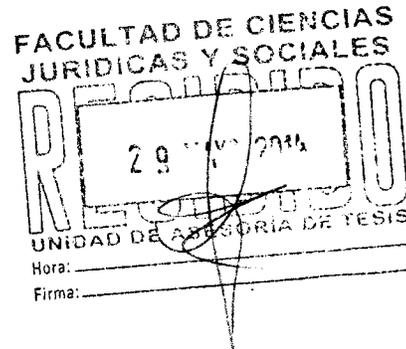
cc.Unidad de Tesis, interesado y archivo



**Licenciado Mario Roberto Ortiz Orellana**  
**Oficina Profesional: Edificio "El Centro" 7 avenida 7-24 zona 1 oficina 1107**  
**Colegiado: 10, 946**

Guatemala 2 de mayo del 2014

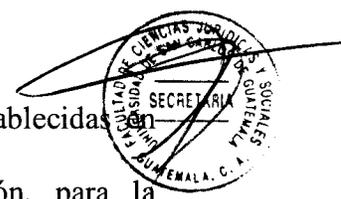
Lic. Bonerge Mejía  
Jefe de la unidad Asesoría de Tesis de la  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
USAC



Estimado Licenciado Mejía

En cumplimiento de la resolución dictada por la dirección de la unidad de tesis, por la cual se me requirió como Asesor de tesis del estudiante: **CARLOS RENÉ ALARCÓN MOLINA**, en la realización de la investigación titulada: **“ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO AL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE GESTIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE GUATEMALA.”**, planteo las siguientes observaciones:

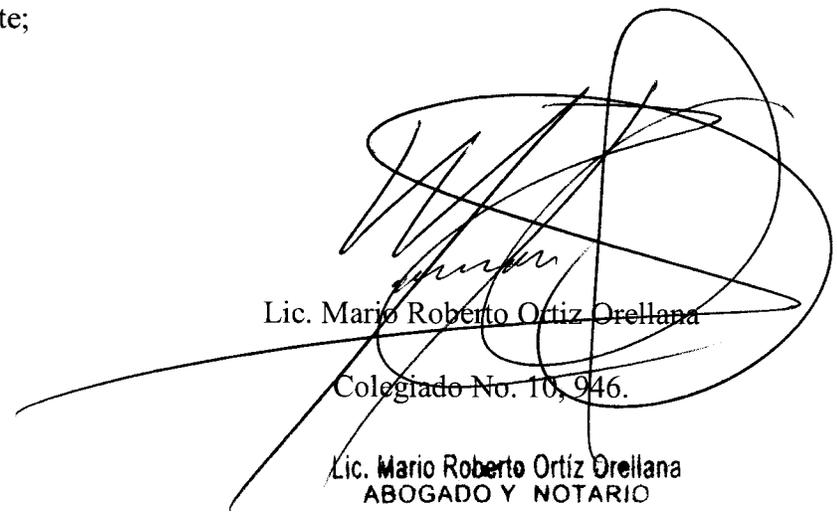
“Que el estudiante ha desarrollado esta investigación con una total iniciativa y que a criterio propio, en cada capítulo que consta este trabajo se ha expuesto toda la materia tanto científica como jurídica, donde podemos mencionar que partimos desde el punto de vista doctrinario del Derecho Administrativo, como introducción a una parte práctica: **“EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE GESTIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN GUATEMALA”**, donde el estudiante ha hecho una distinción de caracteres técnicos y físicos de cada escena y tipo de responsabilidad, terminando así con la descripción de la técnica y la práctica utilizada por el órgano investigador en nuestro país, merece especial atención el capítulo



del contrato administrativo donde se limitan los contratos y las concesiones establecidas en Guatemala y los órganos administrativos que lo desarrollan para su función, para la determinación del enfoque de género en el ramo Administrativo Guatemalteco a nivel Institucional ; así como también las cláusulas de recisión de los hechos para la determinación de la responsabilidad administrativa en el ámbito social guatemalteco.”

Para puntualizar el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva; la metodología y técnica de investigación utilizadas y la redacción son correspondientes con los temas tratados en la investigación, es por ello que el haberse cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 31 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, resulta procedente otorgar el presente **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el excelente trabajo que propone dicho estudiante, así mismo, Conforme al Artículo 31, del mismo normativo en mención, expresamente declaro que no poseo ningún grado de parentesco del estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Atentamente;



Lic. Mario Roberto Ortiz Orellana  
Colegiado No. 10, 946.  
Lic. Mario Roberto Ortiz Orellana  
ABOGADO Y NOTARIO



**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
Universidad de San Carlos de Guatemala

161

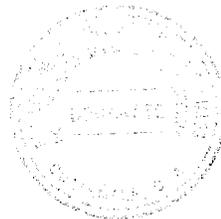
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 26 de enero de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante CARLOS RENÉ ALARCÓN MOLINA, titulado ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO AL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE GESTIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/srrs.



Lic. Aída Ortiz Orellana  
DECANO





## DEDICATORIA

- A DIOS:** Agradezco por ser mi guía, mi protector, mi luz y mi verdad por ser Él; el que todo me lo da.
- A MIS PADRES:** Mario René Alarcón Chavarría y Beatriz Eugenia Molina Walch por haberme dado la vida y ser los bastiones terrenales en los que me he detenido toda mi vida, por ser ellos los únicos que nunca me han negado nada y los que siempre estuvieron están y estarán allí pase lo que pase.
- A MI ESPOSA:** Keren Betzabe Cruz García por ser esa persona maravillosa que ilumina mi vida y me motiva día a día a superarme y crecer como persona.
- A MI HIJO:** Luca Mathias Alarcón Cruz por ser mi inspiración y mi fuerza en todo lo que hago, mi motivación más grande y por quien espero ser ampliamente superado.
- A MI HERMANO:** Moisés Alfonso Alarcón Molina mi buen amigo consejero y apoyo.
- A MI HERMANA:** Jennifer Zamara Alarcón Molina esa persona linda que siempre me alegra la vida.
- A MI TÍA:** María Luisa Alarcón Chavarría, por ser la persona que me apoyo dándome su cariño amor y comprensión cuando más lo necesite.
- ESPECIAL AGRADecIMIENTO:** A los hermanos Edgar y Francisca Pape por haber influido radicalmente en mi vida con su amor, cariño y aprecio que Dios los bendiga a ellos y sus familias.



**A MIS AMIGOS:**

Por el tiempo compartido y porque de una u otra forma, han contribuido en mi lucha por obtener mis ilusiones y objetivos, por los consejos, apoyo, ánimo y compañía en los momentos más difíciles de mi vida, algunos están aquí conmigo y otros en mis recuerdos y en mi corazón, sin importar en donde estén quiero darles las gracias por formar parte de mí, por todo lo que me han brindado y por todas sus bendiciones.

**A LOS  
PROFESIONALES:**

José Pablo Rivera Álvarez, José Manuel Estrada Romares, Jorge Emilio Morales Quezada, Gina María Ordoñez López, Sarai López, Libnin Navarro, Fernando Aguilar Ibáñez, Martín Leal, Marco Eduardo Carlos Villela, Fabián Carlos Villela, Cesar Amílcar Bojórquez, Rudy Alejandro Quintana Ovalle, Mario Roberto Ortiz Orellana, Mario Tager, Domingo González, Francisco Melgar, Admiración, respeto y gratitud por su amistad, consejos y por compartir sin egoísmo sus conocimientos.

**A LA  
TRICENTENARIA  
Y GLORIOSA:**

Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por ser mi alma máter, por haberme abierto sus puertas y haber forjado y templado mi carácter en mi arduo caminar hacia la meta más preciada el conocimiento que será la base de mi profesión.



## ÍNDICE

	<b>Pág.</b>
Introducción.....	i

### CAPÍTULO I

1. Derecho administrativo y Estado .....	1
1.1. Estado de derecho .....	1
1.2. Estado .....	2
1.2.1. Tipos de Estado.....	2
1.2.2. Elementos del Estado .....	3
1.2.3. Criterios de clasificación de las funciones del Estado .....	4
1.2.4. Funciones del Estado desde el punto de vista material .....	5
1.3. Derecho administrativo.....	6
1.4. Relaciones del derecho administrativo con otras ramas del derecho.....	7
1.5. Clasificación de las fuentes .....	9
1.6. Orden de prelación de las leyes .....	10
1.7. Los tratados internacionales.....	10
1.8. Principios generales del derecho .....	11
1.9. Sujetos en la administración pública .....	13
1.10. Formas de la administración pública .....	15
1.11. Principios fundamentales de la organización administrativa .....	16
1.12. Acto administrativo .....	19
1.12.1. Tipos de actos administrativos.....	20
1.12.2. Elementos del acto administrativo .....	21
1.12.3. Caracteres del acto administrativo.....	23
1.12.4. Actividad reglada y discrecional de la administración pública.....	25
1.12.5. Nulidad del acto administrativo .....	26

**CAPÍTULO II**

2. Contrato administrativo .....	31
2.1. Concepto de contrato administrativo.....	31
2.2. Presupuestos y elementos del contrato .....	35
2.2.1. Sujetos .....	35
2.2.2. Causa.....	35
2.2.3. Procedimiento de selección del proveedor o contratante.....	36
2.2.4. Consentimiento .....	37
2.2.5. Objeto.....	37
2.2.6. Finalidad.....	38
2.2.7. Formal .....	38
2.3. Características del contrato administrativo .....	39
2.3.1. Juridicidad .....	39
2.3.2. Cláusulas exorbitantes .....	39
2.3.3. Preferencia del Estado .....	40
2.3.4. Principios especiales.....	40
2.3.5. Jurisdicción especial .....	41
2.3.6. Interés público .....	41
2.3.7. Bilateralidad .....	41
2.3.8. Intuitu personae.....	42
2.3.9. Restricción del contratante para sesionar .....	42
2.3.10. Efecto respecto de terceros .....	42
2.3.11. Formal .....	42
2.3.12. Aprobación legislativa .....	43
2.3.13. Limitación de la libertad contractual de las partes.....	43
2.3.14. Mutabilidad del contrato .....	44
2.4. Principios del contrato administrativo.....	44
2.4.1. Legalidad.....	44



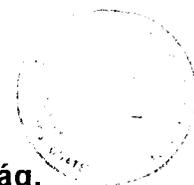
2.4.2. Moralidad .....	45
2.4.3. Libre competencia .....	45
2.4.4. Continuidad.....	45
2.4.5. Imparcialidad .....	46
2.4.6. Transparencia.....	46
2.4.7. Eficiencia .....	46
2.4.8. Economía.....	47
2.4.9. Vigencia tecnológica .....	47
2.4.10. Trato justo e igualitario.....	47
2.4.11. Igualdad del Estado frente a particulares o equilibrio de intereses.....	48
2.4.13. No alterar el orden público .....	48
2.4.14. Cumplimiento de formalidades .....	48
2.4.15. Cumplimiento de los procedimientos .....	49
2.4.16. Cumplimiento de las finalidades del Estado .....	49
2.4.17. Equilibrio financiero .....	49
2.5. Clases de contratos administrativos .....	51
2.5.1. Contrato de obra pública.....	51
2.5.2. Contrato de suministros .....	51
2.5.3. Concesión de servicios públicos .....	52
2.5.4. Contrato de servicios al Estado .....	52
2.5.5. Contrato de consultoría profesional .....	52
2.5.6. Explotación y exploración de recursos no renovables .....	53
2.6. Extinción de los contratos administrativos.....	53
2.6.1. Modo de extinción normal.....	53
2.6.2. Extinción anormal .....	54

### CAPÍTULO III

3. Los servicios públicos.....	57
3.1. Concepto de los servicios públicos .....	59
3.2. Análisis del concepto de los servicios públicos .....	63
3.3. Características de los servicios públicos .....	64
3.4. Clasificación de los servicios públicos.....	65
3.5. Elementos o principios fundamentales de los servicios públicos .....	67
3.6. Obras públicas .....	70

### CAPÍTULO IV

4. Contrato de gestión de servicios públicos .....	75
4.1. Ámbito .....	75
4.2. Modalidades de los contratos gestión en la legislación comparada .....	76
4.2.1. Concesión.....	76
4.2.2. Gestión interesada.....	76
4.2.3. Concierto .....	77
4.3. Duración .....	77
4.4. Procedimiento para la formulación de un contrato de gestión.....	78
4.4.1. Preparación .....	78
4.4.2. Ejecución .....	79
4.5. Modalidades de contratación por gestión .....	80
4.6. Ejecución y modificación del contrato .....	82
4.6.1. Ejecución .....	82
4.6.2. Modificación.....	83
4.6.3. Extinción .....	84
4.6.4. Extinción por cumplimiento .....	85



4.6.5. Extinción por resolución .....85  
 4.7. Cesión y subcontratación de los contratos de servicios públicos ..... 86

**CAPÍTULO V**

5. Propuesta para la eficiencia y eficacia de la concesión administrativa.....89  
 5.1. Generalidad ..... 89  
 5.2. Estrategias para el desarrollo e importancia de la infraestructura ..... 89  
 5.3. Eficiencia y eficacia ..... 93  
 5.3.1. Eficiencia .....94  
 5.3.2. Eficacia .....95  
 5.4. Del trabajo de campo ..... 95  
 5.4.1. Técnica de investigación.....95  
 5.4.2. Grupo objetivo .....96  
 5.4.3. Determinación de la conveniencia. Resultados .....96  
 5.5. Problemática de la concesión administrativa..... 97  
 5.6. Propuesta para el control de la eficiencia y eficacia de la concesión  
 administrativa..... 102  
**CONCLUSIONES.....109**  
**RECOMENDACIONES .....111**  
**BIBLIOGRAFÍA.....113**



## INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo de investigación se propone una deducción analítica del contrato de gestión en Guatemala, teniendo como primicia la investigación y el estudio de la regulación de las compras y contrataciones estatales, sus pros y contras dentro de la sociedad Guatemalteca dado que el investigador considera que es una causa principal del índice de desarrollo de obras que se realiza anualmente genera un descontento social y un problema jurídico dentro de nuestra sociedad.

En el caso de la investigación persigue como finalidad no solo evidenciar la necesidad de la implementación de contrato de gestión de una manera adecuada para la asignación de contratos en Guatemala, sino también ofrecer un panorama general de las empresas de servicio que le brindan al Estado de Guatemala y de forma específica exponer la falta de control, siendo así un instrumento de análisis y referencia en materia económica, sociológica y ambiental para exponer la problemática que sostiene el país con relación a sus servicios urbanos y desarrollo económico social.

Métodos empleados: analítico, con el que se dieron a conocer las medidas de regulación de la contratación en la ciudad de Guatemala; sintético, señaló las clases de servicio prestado a través de contratos en Guatemala; inductivo, indicó como se genera del uso de la ley de Compras y Contrataciones Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala; y el deductivo, dio a conocer la problemática actual. Las técnicas que se utilizaron fueron la documental y de fichas bibliográficas, con las que se obtuvo la información legal y doctrinaria relacionada con el tema investigado.

La tesis fue dividida en cinco capítulos: el primero, es referente al Estado de Guatemala, sus orígenes y su desarrollo en la ciudad, características, fuentes, clasificación; el segundo capítulo nos da una visión general del contrato administrativo, historia, conceptos básicos así como la importancia del mismo; el tercer capítulo indica las instituciones públicas relacionadas y su respectiva función como órgano administrativo; así como los tipos de relación económica institucional que se emplean



para el coste a la población, el cuarto capítulo señala el contrato administrativo de gestión como un análisis jurídico del mismo, el quinto capítulo expone en si la propuesta para la eficiencia y eficacia de la concesión administrativa según los contratos de gestión.

# CAPÍTULO I



## 1. Derecho administrativo y Estado

“Se llega al concepto de derecho administrativo a través del concepto de Estado. El advenimiento del Estado de derecho fue el resultado de la convergencia de ciertas circunstancias, entre las que se destacan las revoluciones inglesa (1688) y francesa(1789), la emancipación americana (1776) y las teorías políticas enunciadas por Montesquieu (división de poderes)” y “Rousseau (la ley como expresión de la voluntad general, es un ensayo sobre filosofía política y habla principalmente sobre la libertad e igualdad de los hombres, en él se plantea la teoría del contrato social )”<sup>1</sup>.

### 1.1. Estado de derecho

Es la forma de Estado en que se reconocen y tutelan los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos, mediante el sometimiento de la administración a la ley.<sup>2</sup>

En el Estado de derecho se ubica a la administración como esencialmente ejecutiva, encontrando en la ley su fundamento y el límite de su acción. Es una administración sometida al derecho y aunque está habilitada para dictar reglas generales, éstas están

---

<sup>1</sup> García Máynez, Eduardo. **Introducción al derecho**. Pág. 14.

<sup>2</sup> **Ibid.** Pág. 17.

subordinadas a la ley.



## 1.2. Estado

Es la organización jurídico-política más perfecta que se conoce hasta el presente. Es un ente orgánico unitario, estructurado jurídicamente bajo la forma de una corporación, que detenta el ejercicio del poder.

“Según Raneletti el poder de imperium del Estado, también llamado poder público o poder estático, es uno y único. La división de poderes no es sino la distribución del poder estático entre distintos centro o complejos orgánicos para el ejercicio preferente, por parte de cada uno de ellos, de determinada función, todas ellas destinadas al cumplimiento de los cometidos estatales. Pero los que están separados o divididos son esos centros, no el poder”.<sup>3</sup>

### 1.2.1. Tipos de Estado

Unitario: Existe un solo ordenamiento jurídico.

Federal: Hay una coexistencia de ordenamientos jurídicos:

---

<sup>3</sup>Oreste, Raneletti. **Principios de derecho administrativo**. Pág. 34.



Federal o nacional: Compuesto por dos o más Estados de forma permanente que presentan como un solo Estado a la comunidad internacional, aunque internamente cada uno de los Estados que se unen siguen teniendo su propio ordenamiento jurídico.

Municipal o local: Los municipios ejercen el poder que no han delegado al Estado, así pues, se reservan la facultad de dictar leyes de carácter administrativo.

### **1.2.2. Elementos del Estado**

a) Población: Es el elemento humano. Al respecto, se debe distinguir entre:

- Habitantes: Son los residentes dentro del territorio.

- Pueblo: Concepto más restringido, ya que se refiere a la parte de la población que tiene el ejercicio de los derechos políticos.

b) Territorio: Es elemento geográfico. En nuestro caso comprende: suelo, subsuelo, espacio aéreo, mar continental, mar argentino y plataforma submarina.

c) Poder: o imperium. Energía o fuerza necesaria con que cuenta el Estado para llevar a cabo sus objetivos. La finalidad del Estado es la realización de objetivos comunitarios. El ejercicio del poder será legítimo si el bien que se persigue es el bien común; es decir que una orden para ser legítima (además de emanar formalmente del órgano



competente) debe serlo en su sustancia.

d) Gobierno: Conjunto de órganos que ejercen el poder, para el cumplimiento de las funciones del Estado.

### 1.2.3. Criterios de clasificación de las funciones del Estado

- Orgánico o subjetivo: Ve a la función de acuerdo con el órgano que la cumple. “El estudio de las funciones bajo este criterio se relaciona con la teoría de la división de poderes expuesta por Montesquieu”.<sup>4</sup>

- Material, objetivo o funcional: Considera el contenido del acto sin reparar en el órgano que lo cumple. Es el que debe aplicarse al derecho administrativo, para no dejar fuera los papeles administrativos cumplidos por la administración pública, ya que hay actividad materialmente administrativa en el poder legislativo, en el poder judicial y en los entes públicos no estatales. Los entes públicos no estatales tienen potestades de poder político por delegación del Estado (v.g.: las sanciones aplicadas a los profesionales por los respectivos consejos profesionales son procedimientos pertenecientes al derecho administrativo).

---

<sup>4</sup> García Máynez, Eduardo. **Ob. Cit.** Pág. 19.



#### **1.2.4. Funciones del Estado desde el punto de vista material**

- Ejecutiva o administrativa: Es la función del Estado que se ocupa de la satisfacción de los intereses comunitarios impostergables. Es la función más amplia que se utiliza en la esfera estatal y es la función principal del poder ejecutivo, donde encontramos el derecho administrativo puro.

- Legislativa: La que se ocupa del dictado de las leyes, que son normas jurídicas de alcance general, de cumplimiento obligatorio y dirigidas a un número indeterminado o determinable de personas. Es la función principal del poder legislativo.

- Jurisdiccional o judicial: La que se ocupa de resolver una controversia en materia jurídica entre dos partes con intereses contrapuestos, imponiendo una decisión a las mismas con fuerza de verdad legal. La actividad judicial continúa y completa la legislativa. Mientras que la legislación establece un ordenamiento jurídico, la justicia asegura su conservación y observancia. Esta función se ejerce respecto de actos concretos, en los cuales la ley ha sido violada o se pretende que ha sido violada. Es la función del poder judicial.

- Contralor: Corresponde a los órganos creados con dicho fin y que sólo tienen funciones de control, tales como la Contraloría General de Cuentas de la Nación, el Procurador de los Derechos Humanos, etc. Otros organismos ejercen funciones de control, por delegación del poder estatal; estos organismos tienen poder de policía, que es una función administrativa.



### 1.3. Derecho administrativo

El derecho público es el derecho aplicable a todas las relaciones humanas y sociales en las cuales el Estado entra en juego.

#### a) Concepto

El derecho administrativo es una rama del derecho público interno (éste es público porque no existe lucro, e interno porque es diferente del internacional) y está compuesto por normas jurídicas que regulan la actividad administrativa del poder ejecutivo y la actividad materialmente administrativa del poder ejecutivo, el poder legislativo y de los entes públicos no estatales.

La tarea del derecho administrativo es arbitrar los cauces jurídicos necesarios para la defensa de los derechos colectivos, asegurando la realización de los intereses comunitarios.

#### b) Características del derecho administrativo

El derecho administrativo se caracteriza por ser:

- Común: Un derecho que es común a todas las actividades (municipales, tributarias,



etc.) y sus principios son aplicables a todas esas materias.

- Autónomo: Es una rama autónoma del derecho, tiene sus propios principios generales, se autoabastece; es decir es un sistema jurídico autónomo paralelo al derecho privado.
  
- Local: Es un derecho de naturaleza local porque tiene que ver con la organización política en nuestro país; es decir que habrá un derecho administrativo provincial y un derecho administrativo nacional.
  
- Exorbitante: Excede la órbita del derecho privado, porque donde hay una organización estatal hay derecho administrativo. No hay plano de igualdad entre partes, ya que una de ellas es el Estado, que tiene facultades de poder público.

#### **1.4. Relaciones del derecho administrativo con otras ramas del derecho**

a. Constitucional: El derecho constitucional comprende las normas que regulan la estructura u organización jurídico-política del Estado. Las normas del derecho administrativo tratan de la actividad que se desarrolla dentro de los órganos del Estado. La norma de derecho administrativo es creada por el legislador dentro de los límites de la norma constitucional.

b. Penal: Se relaciona con el derecho administrativo por el concepto de sanción, típico



Del derecho penal. Existe el derecho administrativo disciplinario que se aplica en el ámbito interno de la Administración, puesto que son sanciones que el superior jerárquico impone al inferior por faltas disciplinarias. Además existen en la órbita de del Organismo Judicial organismos de índole administrativa, como por ejemplo el Servicio Penitenciario.

c. Financiero: El derecho financiero regula la actividad financiera del Estado referente a la recaudación, gestión y disposición de los medios económicos necesarios para el cumplimiento de la misión de éste. Las relaciones entre el derecho administrativo y el financiero son inmediatas y contiguas. Ello es así porque las funciones y modos de aplicación de las normas financieras son esencialmente administrativos.

d. Procesal: El derecho procesal es la rama del Derecho que se ocupa de las formalidades que deben cumplirse en todo proceso. Hay instituciones que son reguladas por el derecho procesal y que son adoptadas por el derecho administrativo.

El derecho administrativo crea sus normas, pero el derecho procesal es supletorio.

e. Municipal: No es más que derecho administrativo puro aplicado a un ámbito particular, el municipal.

f. Civil: Existen instituciones de él, que son aplicables al procedimiento administrativo, tales como los conceptos de capacidad, persona jurídica, persona física, etc.



g. Comercial: Las sociedades del Estado responden al concepto de sociedad comercial

h. Ambiental: Las leyes que regulan la materia relacionada con la Minería establecen que la propiedad originaria de las minas es del Estado, el que otorga a los particulares su explotación por medio de concesiones y permisos.

### **1.5. Clasificación de las fuentes**

a) Reales y formales:

- Reales o materiales: Atienden a la naturaleza de la fuente, sin necesidad de que sea una norma jurídica.
- Formales: Normas jurídicas.

b) Directas o indirectas:

- Directas: Normas jurídicas.
- Indirectas: Doctrina, jurisprudencia, dictámenes de la Procuración del Tesoro Nacional (su titular es el jefe de todos los abogados del Estado).

c) Mediatas o inmediatas:

- Mediatas: Doctrina, jurisprudencia, costumbre, principios generales del derecho, tratados internacionales.
- Inmediatas: Norma jurídica.



## **1.6. Orden de prelación de las leyes**

1. Constitución Nacional.
2. Tratados internacionales.
3. Leyes.
4. Decretos-leyes.
5. Reglamentos.
6. Ordenanzas municipales.
7. Resoluciones.

## **1.7. Los tratados internacionales**

Constituirán fuente si contienen normas pertinentes. Su inclusión en el orden de prelación obedece a una tendencia mundial que en los siglos XVIII y XIX incluyó los derechos individuales y en el siglo XX los derechos humanos. Los tratados internacionales contemplados hasta el momento en la Constitución Política de la República de Guatemala son de integración y de derechos humanos.

Algunos de los tratados más importantes que se pueden señalar a nivel latinoamericano son:

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;
- Declaración Universal de los Derechos Humanos;



- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica);
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo;
- Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio,
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial;
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer;
- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y
- Convención sobre los Derechos del Niño.

Los fallos de los organismos creados a raíz de pactos de derechos humanos, como la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, creada por el Pacto de San José de Costa Rica, no tienen imperium sobre los estados; sus sanciones son de tipo moral.

### **1.8. Principios generales del derecho**

Los principios generales del Derecho son los enunciados normativos más generales que, a pesar de no haber sido integrados formalmente en el ordenamiento jurídico, se entiende que son parte de él, porque sirven de fundamento a otros enunciados normativos particulares, o bien recogen de manera abstracta el contenido de un grupo de ellos. Son conceptos o proposiciones de naturaleza axiológica o técnica que



informan la estructura, la forma de operación y el contenido mismo de las normas, los grupos normativos, conjuntos normativos y del propio Derecho como totalidad.<sup>5</sup>

Estos principios son utilizados por los jueces, los legisladores, los creadores de doctrina y por los juristas en general, sea para integrar derechos legales o para interpretar normas jurídicas cuya aplicación resulta dudosa.

El principio acerca de que nadie puede alegar ignorancia ante la ley admite excepciones en el derecho administrativo, como una prerrogativa de la administración pública, porque atiene el interés general.

#### **a) Algunos principios generales del derecho**

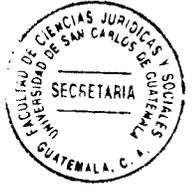
Principios de equidad, libertad, justicia, fraternidad, igualdad entre otros.

#### **b) Principios generales del derecho privado**

- Principio de buena fe
- Pacta sunt servanda
- Actos propios (Venire contra factum proprium non valet)

---

<sup>5</sup>Universidad de Salamanca. **Teoría general del Derecho**. Consultado el 8 de abril de 2014.



## 1.9. Sujetos en la administración pública

a) Persona: Todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones. Hay personas de existencia visible y personas de existencia ideal.

b) Persona jurídica: Es una creación artificial; es el sujeto de derechos y obligaciones que no es persona física; es distinta a la persona de cada uno de sus componentes.

Las personas jurídicas pueden ser:

c) Privadas: Entidades pertenecientes a personas individuales.

d) Públicas: Según el Artículo 15 del Código Civil, son:

- El Estado;
- Las Municipalidades;
- Las iglesias de todos los cultos;
- La Universidad de San Carlos de Guatemala;
- Las demás instituciones de derecho público, creadas o reconocidas por la ley;
- Las fundaciones y demás entidades de interés público creadas o reconocidas por ley;
- Las asociaciones sin finalidades lucrativas, y
- Las sociedades, consorcios y cualesquiera otros que permitan las leyes.

a) Criterio de diferenciación



Las personas jurídicas privadas se rigen por el derecho privado. Las personas jurídicas públicas por el derecho público.

Las personas jurídicas públicas están desempeñadas por funcionarios públicos, el patrimonio que les sirve de sustento son los fondos públicos, la actividad que realizan se lleva a cabo a partir del acto administrativo, las cuestiones que los involucren y sean llevadas a la justicia lo serán ante el fuero contenciosos administrativo federal. Además poseen prerrogativas que hacen al poder público y están sujetas a fiscalización estatal.

#### b) Personas jurídicas públicas

Son todas las contenidas en el Artículo 15 del Código Civil. Éstas pueden ser:

1. No estatales: La iglesia católica y los colegios profesionales.
2. Estatales: Integrada por la administración pública centralizada y descentralizada. Las

Personas jurídicas públicas estatales se caracterizan por:

- Tener un patrimonio mayoritaria o íntegramente estatal.
- Por ser de creación estatal, por medio de Ley (universidad) o Decreto (parques nacionales).
- Necesitan la atribución de recursos para poder funcionar.

- Están sujetas al control del Estado, control restringido llamado tutela administrativa.



## 1.10. Formas de la administración pública

Son las que existen respecto de cómo ubicar los distintos órganos administrativos dentro de la jerarquía de la administración, con la intención de lograr una mayor eficiencia en la presentación de servicios públicos.

### a) Centralización:

Existe una sola persona jurídica pública: El Estado; en consecuencia no se demandará aun órgano sino a aquél.

La centralización trae aparejada la subordinación jerárquica entre los distintos órganos del ente. Son órganos de la administración pública centralizada.

En la administración pública centralizada hay dos principios: el de jerarquía y el de competencia. Al interior de ella se dan relaciones inter-orgánicas y mantiene relaciones interadministrativas con la administración pública descentralizada.



#### b) Descentralización:

Compuesta por diferentes personas jurídicas, dotadas de personalidad jurídica propia en virtud de la particular actividad que desarrollan. En este tipo de administración encontramos a los entes autárquicos y a las ahora inexistentes empresas estatales, sociedades del Estado y sociedades con participación estatal. La administración pública descentralizada mantiene hacia el interior relaciones inter-orgánicas y relaciones interadministrativas con la centralizada.

#### c) Desconcentración:

Es un procedimiento para agilizar la actividad de la administración pública. Existe desconcentración cuando un órgano, sin adquirir personería jurídica, es dotado (por su especialidad) de independencia operativa y del manejo de sus propios recursos.

### **1.11. Principios fundamentales de la organización administrativa**

La competencia administrativa es la única forma por la cual los órganos de la administración pública pueden ejercer la voluntad del Estado, pues un órgano que actúe sin competencia cae dentro de la figura jurídica del abuso de poder. Igualmente la mayoría de órganos que se encuentran dentro de la administración pública guatemalteca son centralizados y por ende pertenecen a una escala jerárquica.



## a) Jerarquía

Significa que los superiores imparten órdenes a los inferiores a efectos de cumplir con órdenes que les han sido encomendadas. Existe una excepción vertical que reina en toda la organización administrativa: el Presidente de la República, está exento de la subordinación jerárquica porque es el jerarca máximo y no tiene sobre él ningún superior.

Todos aquellos funcionarios que se encuentran en el mismo nivel tienen la misma jerarquía, en sentido horizontal, los ministros tienen la misma jerarquía.

El principio de la jerarquía sirve para la atribución de tareas y para ejercer el control sobre el cumplimiento de lo ordenado. Existen funcionarios de staff que, por tanto, están fuera de la jerarquía.

## b) Competencia

Aptitud legal que tiene un órgano para actuar. Es el conjunto de atribuciones, poderes o facultades que le corresponden a un órgano en relación con los demás; cuando se crea el órgano se establece legalmente qué es lo que tiene que hacer.

Competencia no es lo mismo que capacidad. Las personas privadas tienen capacidad, las públicas tienen competencia. En el derecho privado el principio es la presunción de



capacidad hasta tanto se demuestre lo contrario; en el derecho público es a la inversa un órgano no será competente hasta tanto una norma lo habilite para el cumplimiento de determinada función.

La competencia reconoce varios tipos y puede ser en razón de:

**Materia:** Qué es lo que el órgano puede hacer (Ej.: el Ministerio de Gobernación tiene competencia en todo lo que haga a los servicios penitenciarios, el Ministerio de Finanzas Públicas tiene competencia en todo lo que haga a la gestión financiera de la administración pública).

**Grado:** Los órganos que se encuentran en un mismo nivel, como los ministros, son competentes para designar, cada uno de ellos, a los empleados de su ministerio, debiendo refrendar con su firma los decretos emanados de su ministerio. La ley de ministerios es la que regula la cantidad de ministerios que puede haber.

**Lugar:** Determina el ámbito territorial en el cual el órgano tiene aptitud legal para actuar.

**Tiempo:** Se adquiere una vez que se está investido por el cargo para poder cumplir sus funciones. (Ej.: un ministro que tiene que asumir mañana no tiene competencia, la podrá tener a partir de mañana y una vez que renuncie habrá cesado la competencia).



## 1.12. Acto administrativo

Acto administrativo es toda declaración de voluntad administrativa; es decir que es una decisión que toma un órgano de la administración pública y que tiene efectos jurídicos sobre el administrado.

El acto jurídico (que siempre produce efectos jurídicos) tiene por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos u obligaciones. El acto administrativo no es sino una de las especies del acto jurídico (que es el género) y tiene efectos jurídicos sobre el Destinatario o administrado.

Aunque el acto administrativo no es la única forma de manifestarse que tiene la administración pública, si es el único acto atacable.

El acto administrativo se distingue de:

- Los actos internos de la administración pública, ya que éstos no tienen efectos sobre el administrado (v.g.: circulares);
- Los actos civiles de la administración pública, que son los que ejerce en la esfera del derecho privado, dejando de lado el derecho público.



### 1.12.1. Tipos de actos administrativos

Esta es una clasificación extensiva de los mismos, puesto que existen una gran variedad.

a) Por su alcance:

a.1.) Individual:

- Sus efectos jurídicos van dirigidos a personas determinadas.
- Adquieren eficacia para el administrado a partir de la notificación.
- Su vigencia se agota en el caso concreto a que se aplica.
- En algunos casos puede ser retroactivo.
- Para lograr la extinción de un acto administrativo individual (que crea derechos subjetivos a favor de particulares), la administración pública debe recurrir a la vía judicial.

a.2) General:

- El ejemplo típico es el reglamento.
- Van dirigidos a un número determinado o indeterminado de personas.
- Adquieren eficacia a partir de la publicación en el diario de publicaciones legales vigente.
- Un reglamento tiene vigencia indeterminada en el tiempo.
- No puede ser retroactivo.
- La administración pública puede extinguirlo en sede administrativa en cualquier



momento.

b) Por su formación:

b.1) Unilateral: No toma en cuenta el deseo o voluntad del administrado.

b.2) Bilateral: Cuando la voluntad del particular contribuye a la formación del acto.

Es el supuesto de los contratos administrativos.

### **1.12.2. Elementos del acto administrativo**

Son todos aquellos requisitos que deben estar previos para la existencia del acto administrativo.

Requisitos esenciales: Son aquellos que si faltan o están viciados provocan la nulidad absoluta del acto y el decaimiento del mismo, ya que no es subsanable y se retrotrae todo a la situación anterior, como si no hubiera habido acto. Existe un elemento subjetivo (voluntad, capacidad) que se da por hecho aun cuando no surge del texto de la ley, el resto de los requisitos según la legislación de que se trate pueden ser:

Competencia: Aptitud legal que tiene un órgano para actuar, en razón del lugar, la materia, el tiempo y el grado.

Causa: Son los antecedentes y circunstancias de hecho y de derecho existentes al momento de emitirse el acto, considerados por la administración para el dictado del mismo.



Motivación: Es la expresión de las razones que han llevado al órgano administrativo a dictar el acto, así como la expresión de los antecedentes de hecho y de derecho (causas) que preceden y lo justifican. La falta de motivación equivale a una falta de fundamentación y puede afectar la validez del acto, ya que la administración pública no puede obrar arbitrariamente: sus decisiones deben expresar los motivos de hecho y de derecho que concurren para determinar la legitimidad del acto.

Objeto: Es la resolución adoptada por la administración pública en el caso concreto, es el efecto práctico que se pretende obtener con el acto.

Procedimientos: Son los pasos que deben darse previamente a la emisión del acto (cuando se trata de pasos posteriores a la emisión del acto, se trata de lo que la ley entiende como forma y que desarrolla el contenido de la ley). En los casos en que la resolución, es decir el acto, pudiere afectar derechos constitucionales, la administración, previo dictado del acto, debe solicitar el dictamen al departamento legal que corresponda al órgano; este dictamen no es vinculante.

Finalidad: El fin del acto administrativo consiste en la satisfacción del interés público. Es el objetivo tenido en cuenta por el legislador al redactar la norma; no se pueden perseguir fines encubiertos, es decir que la finalidad no debe ser contraria a la ley. Es muy difícil encontrar el vicio en la finalidad. El fin siempre está reglado de acuerdo a nuestro derecho positivo y la discrecionalidad puede ejercerse sólo con respecto al objeto del acto; es decir que la administración pública no puede, en ejercicio de sus facultades discrecionales, violar la finalidad del interés público señalada por la norma.



Forma: Se refiere al modo en que, posteriormente dictado el acto, la resolución llega al conocimiento del administrado. Las formas, en derecho administrativo, cumplen fundamentalmente una función de garantía, tanto de los derechos de los administrados como de la legalidad que debe existir en la actividad administrativa. En general, el acto administrativo debe ser escrito, fechado y firmado por la autoridad emisora.

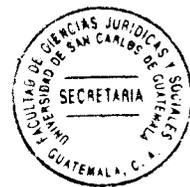
Excepcionalmente pueden admitirse otras formas: verbal (es la forma generalmente usada cuando se trata de la actividad de policía), gráfica (por ejemplo, los rótulos de señalización de tránsito).

Silencio administrativo: Transcurridos treinta días a partir de la fecha en que el expediente se encuentre en estado de resolver, sin que el ministerio o la autoridad correspondiente haya proferido resolución, se tendrá, para el efecto de usar la vía contencioso administrativa, por agotada la vía gubernativa y por confirmado el acto o resolución que motivó el recurso.

El administrado si conviene a su derecho, podrá accionar para obtener la resolución del órgano que incurrió en el silencio. (Artículo 16 Ley de lo Contencioso Administrativo).

### **1.12.3. Caracteres del acto administrativo**

Son los establecidos por la ley y que pueden variar dependiendo de la voluntad política o legislación del Estado de que se trate, puesto que es éste quien lo establece



mediante la promulgación de leyes en torno a su contenido.

Presunción de legitimidad: (iuris tantum, tan sólo de derecho). Salvo prueba en contrario, se presume la legitimidad del acto administrativo, vale decir que ha sido dictado de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente. Las consecuencias de esta presunción de legitimidad son:

- prohibición de que los jueces decreten de oficio la nulidad del acto administrativo, y
- necesidad de alegar y probar la ilegitimidad.

Ejecutoriedad: Es una manifestación de la auto-tutela de la administración, es la posibilidad de que ella misma provea a la realización de sus propias decisiones, cuando el orden jurídico le ha concedido expresa o implícitamente tal atribución. La ejecutoriedad puede ser:

- Propia: significa que la administración dicta el acto y provee por sí sola a su cumplimiento; sólo es procedente cuando la ley la faculta a ello expresa o implícitamente.
- Impropia: se presenta en el supuesto en que la decisión, emanada de la administración, obtiene su cumplimiento por medio de una resolución judicial a instancia de la administración. Es decir que la decisión emana de la administración pero es ejecutada en mérito a una sentencia judicial.



La administración puede, de oficio o a pedido de parte, suspender la ejecución del acto si el mismo afecta al interés público o si se alega fundadamente la nulidad absoluta del acto.

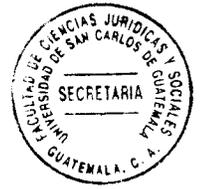
#### **1.12.4. Actividad reglada y discrecional de la administración pública**

Actividad reglada: Las facultades de un órgano están regladas cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el órgano debe seguir. Esta conducta puede ser predeterminada de distintas maneras:

Regulación directa: La norma prevé en forma expresa o razonablemente implícita la conducta que debe seguir la administración.

Regulación indirecta: Es la que regula el derecho de los particulares a que la administración pública no interfiera su esfera de acción.

Actividad discrecional: La que no depende de normas legislativas concretas y preexistentes que la regulen. Ello no implica arbitrariedad. Las facultades discrecionales le permiten al órgano cierta libertad para elegir entre uno u otro curso de acción o para hacer una cosa de una u otra forma. La necesidad de dejar a la administración pública cierta actividad discrecional deriva de la circunstancia de que es imposible para el legislador tener una visión exacta de los elementos concretos que, al menos en parte y en ciertos casos, condicionan la oportunidad de la decisión administrativa. Las



facultades discrecionales pueden derivar de:

Fórmulas elásticas: Son las fórmulas jurídicas indeterminadas (bienestar general, interés público, etc.)

Normas insuficientes: Al no haber un criterio preexistente, la resolución depende del criterio del agente administrativo.

#### **1.12.5. Nulidad del acto administrativo**

La nulidad es consecuencia de un vicio en los elementos constitutivos del acto. En el derecho administrativo el particular o administrado sólo puede pedir la nulidad si está legitimado, es decir solamente en los casos en que el acto afecte sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

Los actos administrativos son regulares o irregulares. Los regulares son anulables, es decir que si tienen vicios, éstos son subsanables. Los irregulares son los que están gravemente viciados y su nulidad es absoluta e insanable. Por lo tanto tendremos:

Nulidad absoluta: Los actos nulos de nulidad absoluta no pueden sanearse. Los vicios que tornan nulo de nulidad absoluta un acto administrativo pueden ser de dos tipos:

Vicios generales de los actos jurídicos:



a. Error esencial: Cuando se excluye la voluntad de la administración (error en la persona, error en el objeto).

b. Dolo: El dolo es toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo que es verdadero. El dolo difiere del error en que es intencional. Para que el dolo ocasione la invalidez del acto administrativo debe ser grave y determinante de la acción del agente. Sea que el dolo fuera propio del agente o del administrado o de ambos, el acto administrativo resultará nulo de nulidad absoluta.

c. Violencia física o moral: La violencia que se ejerce sobre el funcionario puede ser física o moral, aun cuando esta última va acompañada de actitudes que pueden hacer presumir una violencia física. En uno u otro supuesto de violencia ejercida sobre el agente, el acto resultará nulo de nulidad absoluta si, a causa de ello, la voluntad de la administración ha quedado excluida.

d. Simulación absoluta: Cuando ninguno de los elementos resultan veraces. Vicios específicos de los actos administrativos:

a) Incompetencia: Puede ser por razón de:

Territorio: Se produce si el órgano actuante excede el ámbito físico dentro del cual debe ejercer su competencia.

Materia: El órgano administrativo debe realizar las funciones que específicamente le



competen, debe actuar dentro de la esfera de competencia que le corresponde. competencia de cada órgano de la administración pública está señalada por la norma.

Si un órgano administrativo dictara un acto con contenido judicial, o si invadiera la esfera de atribuciones pertenecientes a otro órgano de la administración dicho acto sería nulo de nulidad absoluta.

Tiempo: Se produce si el agente decide antes (todavía no asumió) o después (ya cesó en sus funciones) del tiempo en que su decisión hubiera sido válidamente posible.

Grado: El inferior jerárquico no puede dictar un acto que sea de la competencia del superior, ni el superior dictar, en principio, alguno que fuera de la exclusiva competencia del inferior por razones técnicas.

b) Falta de causa: Cuando el acto se dicta prescindiendo de los hechos que le dan origen o cuando se funda en hechos inexistentes o falsos.

c) Falta de motivación: Si el acto está fundado en elementos falsos es arbitrario y por ello nulo. También es nulo de nulidad absoluta el acto ilógicamente motivado, es decir cuando se obtiene una conclusión que no tiene nada que ver con el argumento que se utiliza. La omisión de la motivación da origen a la nulidad absoluta, ya que no sólo se trata de un vicio de forma sino también de un vicio de arbitrariedad.

d) Vicios en el objeto: Cuando el acto tuviera un objeto que no fuera cierto, o cuando se



tratara de un acto física o jurídicamente imposible.

e) Vicio en la finalidad o desviación de poder: Cuando el acto se ha dictado con un fin distinto al previsto por el legislador. Para que ocurra la desviación de poder debe haber una autoridad administrativa con competencia, que haga uso de poder para un fin distinto del conferido por la ley. Entre los supuestos de desviación de poder pueden estar los siguientes:

Que el agente actúe con una finalidad personal;

Que los actos sean realizados con el objeto de beneficiar a terceros;

Que el fin perseguido sea de interés general pero distinto del fin preciso que la ley asigna al acto (por ejemplo. cuando el poder de la Policía Municipal de Tránsito se usa no para mantener el orden del tráfico sino para aumentar los recursos de la comuna).

f) Vicios en las formas esenciales: Cuando se incurre en vicios graves respecto de los procedimientos que deben seguirse o cuando hay falta absoluta de forma exigida por la ley para la exteriorización del acto.

Anulabilidad: Son anulables los actos administrativos regulares con vicios leves, que no impiden la existencia de los elementos esenciales. Si el acto ya ha sido notificado, dicha anulabilidad debe ser solicitada en sede judicial por la administración. Sin embargo puede ser revocado, modificado o sustituido de oficio en sede administrativa si el interesado hubiere conocido el vicio, si la revocación, modificación o sustitución lo favorece sin perjudicar a terceros y si el derecho hubiera sido otorgado a título precario.



Un acto administrativo es anulable y por tanto sanable, por ejemplo, cuando:

- a) El vicio fuera del objeto, en razón de no resolverse todas las peticiones formuladas.
  
- b) El vicio fuera de la causa en razón de haber realizado la administración una errónea apreciación de los hechos que forman la causa del acto, siempre que tal errónea apreciación no impida la existencia de este elemento.
  
- c) Se tratara de un vicio leve de procedimiento.

## CAPÍTULO II



### 2. Contrato administrativo

Para llegar a determinar una propuesta para la eficiencia y eficacia de la concesión administrativa, es necesario conocer el contrato administrativo, ya que la concesión administrativa es una clase de éste.

#### 2.1. Concepto de contrato administrativo

En Guatemala, la contratación administrativa está orientada a la certeza jurídica, tanto como para obtener el cumplimiento del contrato administrativo como para recibir el pago.

El contrato es un acuerdo de voluntades, para lo cual el Estado hace uso de su personalidad jurídica, obteniendo así la capacidad legal para poder contraer derechos y obligaciones.

Para Godínez Bolaños citado por Calderón, el contrato administrativo 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 condiciones establecidas en las leyes de orden público y sometidos en caso de conflicto o incumplimiento a la jurisdicción privativa de lo contencioso administrativo”.<sup>6</sup>

Para Álvarez Gendín citado por Calderón, “El contrato administrativo es una obligación bilateral, convenida, es decir consensual en la que una de las partes se encuentra en una situación privilegiada en relación a la otra, por lo que respecta al cumplimiento de las obligaciones convenidas, sin que ello implique una merma de los derechos económicos que la otra pueda hacer valer”.<sup>7</sup>

Para Cabanellas el contrato administrativo es “el celebrado entre la administración, por una parte, y un particular o empresa, por la otra, para realizar una obra pública, explotar un servicio público u obtener la concesión de alguna fuente de riqueza dependiente de la entidad de derecho público”.<sup>8</sup>

Lira cita a Forsthoftn, quien sostiene que contrato de derecho público “son todos aquellos en que aparece la imposición unilateral de obligaciones estatales por medio de las funciones de creación normativa y ejecutiva que se complementan por actos jurídicos bilaterales en forma de contratos, convenios, acuerdos etc., todos los cuales tienen de común el emanar de la manifestación de una voluntad coincidente de las partes”.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> Calderón Morales, Hugo H. **Derecho administrativo I**. Pág. 204.

<sup>7</sup> **Ibíd.** Pág. 210.

<sup>8</sup> Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. tomo I. Pág. 342.

<sup>9</sup> Lira Ubidia, Celia. **Los contratos públicos**. Pág. 56.



Para Bielsa, es la convención que crea derechos y obligaciones para el Estado, como persona de derecho público, con otra persona pública o privada con un fin público, es un contrato de derecho público, de lo que resulta que "el contrato administrativo es el que la administración celebra con otra persona pública o privada, física o jurídica, y que tiene por objeto una prestación de utilidad pública".<sup>10</sup>

Para Marienhoff el contrato administrativo es un "acuerdo de voluntades generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer necesidades públicas".<sup>11</sup>

Cassagne expresa que es "todo acuerdo de voluntades generador de obligaciones, celebrado por un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa, caracterizado por un régimen exorbitante del derecho privado, susceptible de producir efectos, con relación a terceros".<sup>12</sup>

Escola define los contratos administrativos como los que son "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".<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup>Lira Ubidia, Celia. **Ob. Cit.** Pág. 58.

<sup>11</sup>**Ibíd.** Pág. 60.

<sup>12</sup>**Ibíd.** Pág. 61.

<sup>13</sup>**Ibíd.** Pág. 61.

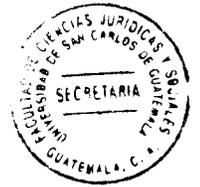


El tratadista Bercaitz, en su estudio especializado, define los contratos administrativos diciendo que son, por su naturaleza, aquellos celebrados por la administración pública con un fin público, circunstancia por la cual pueden conferir al contratante derechos y obligaciones frente a terceros, o que, en su ejecución pueden afectar la satisfacción de una necesidad pública colectiva, razón por la cual están sujetos a reglas de derecho público, exorbitantes del derecho privado, que colocan al contratante de la administración pública en una situación de subordinación jurídica. También considera como contratos administrativos aquellos que el legislador "ha sometido a reglas de derecho público, exorbitantes del derecho privado, que colocan al contratante de la administración pública en una situación de subordinación jurídica, a pesar de no celebrarse con un fin público, ni afectar su ejecución la satisfacción de una necesidad pública colectiva".<sup>14</sup>

Con fundamento y a manera de síntesis de las definiciones anteriores, el contrato administrativo puede ser definido como aquellos contratos celebrados por la administración pública, que en razón de que las prestaciones a cargo del contratista, satisfacen un fin público. Que su ejecución potencialmente afecta la satisfacción de una necesidad colectiva, la administración pública puede, por una parte, conferir al contratista derechos y obligaciones respecto de terceros y, por otra, sujetarlos a un régimen jurídico exorbitante del derecho privado que coloca al contratista en una situación de subordinación jurídica frente a la administración pública.

---

<sup>14</sup>Lira Ubidia, Celia. **Ob. Cit.** Pág. 62.



## **2.2. Presupuestos y elementos del contrato**

Es necesario para la existencia y validez del contrato administrativo que se cumplan con ciertos presupuestos y elementos, para que éste se convierta en un instrumento jurídico idóneo para reglar determinados intereses.

### **2.2.1. Sujetos**

Al menos uno de los sujetos debe ser el Estado, actuando éste con el poder público del que goza. Suceden casos en que ambos sujetos contractuales son órganos administrativos estatales. El otro sujeto, es el particular, persona individual o jurídica que también puede ser denominada contratante.

El sujeto que comparezca como órgano administrativo, debe revestir de la aptitud legal para contratar, además, que debe desenvolverse en el ámbito de su competencia.

Los contratos administrativos son *intuitu personae*, es decir que se celebran atendiendo a la idoneidad moral, técnica, económica y financiera del contratante. Para ello, el postor u oferente, debe inscribirse en registros especiales.

### **2.2.2. Causa**

La causa es un presupuesto para el contrato administrativo, la cual consiste en el



conjunto de circunstancias de hecho y de derecho que se traducen en una necesidad pública, colectiva, a satisfacer y responde al por qué de la acción de contratar por parte de la administración pública.

### **2.2.3. Procedimiento de selección del proveedor o contratante**

Este es un presupuesto precontractual, el cual consiste en un procedimiento para individualizar al sujeto, con quien el cual la administración va a contratar. Para el caso guatemalteco, la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Número 57-92 del Congreso de la República de Guatemala, en el Título Tercero, establece un régimen de licitación y cotización públicas.

Se entiende por licitación, aquel procedimiento a través del cual la administración invita a los particulares a formular ofertas sobre bienes, suministros, obras y servicios.

Las etapas de licitación son las siguientes:

- a) Previsión presupuestaria;
- b) Preparación de las bases;
- c) Convocatoria a licitación;
- d) Publicación;
- e) Presentación de ofertas;
- f) Apertura de plicas; y



g) Calificación de las ofertas.

#### **2.2.4. Consentimiento**

El consentimiento es un elemento, que en el caso de la administración pública debe ser expreso.

En cuanto al consentimiento del contratante, se reduce a contratar o no contratar, pero no al contenido del contrato, ya que los contratos administrativos son del tipo de contratos de adhesión.

#### **2.2.5. Objeto**

Es el elemento que consiste en el conjunto de prestaciones a cargo de ambas partes. El cual debe ser lícito, posible, cierto y determinado.

El objeto debe ser adecuado e idóneo respecto al fin público que determina la acción de contratar del Estado.

En relación al objeto los contratos administrativos se clasifican de la siguiente manera:

Contratos administrativos de colaboración: La prestación fundamental está a cargo del



contratante, el que está colaborando con la administración en la satisfacción de una necesidad pública o fin público. Por ejemplo el contrato de obra pública y el de servicios públicos.

Contratos administrativos de atribución: La prestación fundamental está a cargo de la administración. Son los típicos contratos de concesión de uso del dominio público, ya que se atribuye a un particular el uso exclusivo y excluyente sobre una porción del dominio público, que por su naturaleza, estaría librado al uso común y general.

El objeto del contrato es mutable, es decir que puede ser ampliado, cambiarse la calidad o disminuir la cantidad.

#### **2.2.6. Finalidad**

La finalidad está constituida en el interés patrimonial o ganancia del contratante, mientras que la finalidad de la administración pública siempre será un fin público.

#### **2.2.7. Formal**

Es formal el contrato administrativo porque en toda su actuación deben cumplirse procedimientos legales y los mismos quedan plasmados por escrito.



## 2.3. Características del contrato administrativo

### 2.3.1. Juridicidad

El contrato administrativo es, ante todo, un acto jurídico. Los actos jurídicos que realiza la administración pública no sólo deben fundamentarse en ley, sino además se tienen que encuadrar en los principios generales del derecho y en las instituciones propias del derecho administrativo.

### 2.3.2. Cláusulas exorbitantes

Esta característica consiste en aquel conjunto de disposiciones por las cuales la parte concedente goza de facultades o prerrogativas que le garantizan la preferencia en el contrato, es decir le garantizan al Estado, el poder de control y fiscalización del contrato.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> De Grazia, Carmelo. **Poderes exorbitantes del ente público en los contratos de concesión de obras o servicios públicos.** Pág. 1.



### 2.3.3. Preferencia del Estado

Según el profesor Godínez citado por Hugo Calderón,<sup>16</sup> esta característica del contrato administrativo consiste o deviene del poder público del cual está investida la administración pública y por medio de ésta, es la misma administración pública que impone todas sus condiciones y requerimientos, en una especie de adhesión, pero no deja de ser contrato ya que se requiere la manifestación de voluntad de la otra parte contratante. Por medio de esta característica la administración pública obliga coactivamente el cumplimiento del contrato.

Esta característica también es denominada como prerrogativa del poder público<sup>17</sup> y afirma la desigualdad jurídica entre las partes. Pero por esto, no implica una falta de protección a la parte contratante.

### 2.3.4. Principios especiales

En la contratación administrativa se aplica el principio que el derecho público prevalece sobre el derecho privado, por lo que la interpretación de las cláusulas contractuales administrativas debe inspirarse en tal principio, son principios especiales pertenecientes al derecho administrativo.

---

<sup>16</sup> Calderón Morales, Hugo H. **Ob. Cit.** Pág. 185.

<sup>17</sup> Ivinsky, Marina. **Derecho administrativo y Estado.** Pág. 34.



### **2.3.5. Jurisdicción especial**

Esta característica confirma la especialidad de los contratos administrativos, ya que en el caso del surgimiento de conflicto derivados de cumplimiento o interpretación de los contrato administrativos, deben ser sometidos a una jurisdicción especial privativa<sup>18</sup> que controle la legalidad y juridicidad de la administración pública.

### **2.3.6. Interés público**

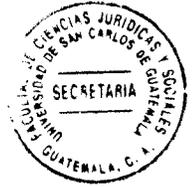
Entre los intereses perseguidos por las partes en un contrato administrativo, el predominante es el interés público. La prioridad en la satisfacción del interés público provoca que a la administración pública le asistan una serie de prerrogativas en cuanto a la interpretación, ejecución y extinción del contrato, las cuales son motivadas por las cláusulas exorbitantes.

### **2.3.7. Bilateralidad**

Esta característica confirma la comparecencia de dos partes. Una de ellas siempre será un órgano de la administración pública y la otra será una persona individual o jurídica.

---

<sup>18</sup> Calderón Morales, Hugo H. **Ob. Cit.** Pág. 201.



### **2.3.8. Intuito personae**

Porque es un contrato celebrado entre personas definidas.

### **2.3.9. Restricción del contratante para sesionar**

Esta característica consiste en que la administración pública prohíbe ceder el contrato a una tercer persona individual o jurídica, la ejecución de la obra o la prestación del servicio, salvo acuerdo entre la administración pública y el contratante.<sup>19</sup>

### **2.3.10. Efecto respecto de terceros**

Ya que el contrato puede surtir sus efectos frente a terceros. Tal el caso de la prestación de un servicio público.

### **2.3.11. Formal**

Esta característica consiste en que para poder la administración pública celebrar contratos, previamente debe llevar a cabo, ya sea un procedimiento de compra directa, contrato abierto, cotización o licitación. Posteriormente procede la suscripción del

---

<sup>19</sup> Ivnisky, Marina, **Ob. Cit.**Pág. 36.



contrato.

### **2.3.12. Aprobación legislativa**

Cuando existe una norma legal que establece, que ciertos contratos deben pasar a consideración del Congreso de la República para su aprobación. Tal es el caso de las concesiones administrativas, con respecto a las cuales el Artículo 183 literal k) de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece: “Someter a la consideración del Congreso para su aprobación, y antes de su ratificación, los tratados y convenios de carácter internacional y los contratos y concesiones sobre servicios públicos”. En el Artículo 96 del Decreto número 57-92 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Contrataciones del Estado, establece en su parte conducente: “Tanto las concesiones originales como sus prórrogas deberán someterse por conducto del Ejecutivo a consideración y eventual aprobación del Congreso de la República.”

### **2.3.13. Limitación de la libertad contractual de las partes**

Esta característica consiste en que las partes que celebren un contrato, deben constreñirse a acatar todas las disposiciones legales que se hayan pactado, de tal suerte que su actuación no es enteramente libre y tampoco arbitraria.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Torres Córdova, Héctor Ramón. **Teoría general del contrato administrativo**. Pág. 203.



### **2.3.14. Mutabilidad del contrato**

Es una característica muy peculiar de los contratos administrativos, ya que por motivos de interés público se puedan dar y justificar modificaciones en sus cláusulas. Lo que permite que la administración pública tenga flexibilidad en sus relaciones contractuales, situación que no es posible en los contratos de derecho privado.

## **2.4. Principios del contrato administrativo**

Los principios que rigen al contrato administrativo son los que se describen a continuación:

### **2.4.1. Legalidad**

Conforme a este principio la administración pública, sólo puede hacer lo que la ley expresamente le permite, en la forma y términos en que la misma determina, por lo que su actuación habrá de fundarse y motivarse en el derecho vigente; por lo cual el contrato administrativo queda sujeto a un régimen jurídico determinado.



### **2.4.2. Moralidad**

Constituye este principio una base fundamental para la contratación administrativa, ya que a través de éste, las partes actuarán conforme a acciones que son consideradas buenas. Es la buena fe que debe regir en el comportamiento humano a momento de la negociación y celebración del contrato administrativo. Las partes deben ser probas y actuar con la honradez que amerita los contratos administrativos.

### **2.4.3. Libre competencia**

Este principio hace referencia a las buenas prácticas comerciales y en especial a la prohibición de monopolio. Se busca una mayor, amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores<sup>21</sup> en los procesos de cotización y licitación.

### **2.4.4. Continuidad**

Este principio hace referencia, a que la ejecución de los contratos administrativos, no se deben suspender ni tampoco retrasarse, para así poder alcanzar la finalidad para la cual fueron creados esto contratos.

---

<sup>21</sup> Torres Córdova, Héctor Ramón. **Ob. Cit.** Pág. 205.



#### **2.4.5. Imparcialidad**

La administración pública debe actuar de conformidad a la rectitud que debe ofrecer a todos los postores al momento de presentación de sus ofertas. Se debe dar una igualdad a todos, y su tratamiento fundamentarse en criterios puramente técnicos que se demanden, los cuales deben ser calificados de manera objetiva.

#### **2.4.6. Transparencia**

Este principio consiste en que todos los actos no deben ser dudosos, para lo cual se debe garantizar la publicidad de sus actuaciones, tanto para las partes contratantes como para la ciudadanía en general.

#### **2.4.7. Eficiencia**

Este es otro importante principio que se debe atender para la contratación administrativa. La eficiencia es muy importante para la administración pública, todos los bienes y servicios que pretende la administración pública para satisfacer su demanda, deben ser de la mejor calidad posible atendiendo, a los requisitos de precio, plazo de ejecución y usando las mejores condiciones para su uso final.



#### **2.4.8. 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.

#### **2.4.9. Vigencia tecnológica**

Este principio indica, que la obtención de bienes y servicios deben ser de punta, es decir, que se cuente con tecnología nueva y que la misma haya sido probada.

#### **2.4.10. Trato justo e igualitario**

Este principio consiste en que la administración pública debe procesar las ofertas con el más amplio criterio de calificación para garantizar la bondad del bien o del servicio. Está prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas, salvo que la ley así lo estableciere.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> Lira Ubidia, Celia, **Ob. Cit.** Pág. 54.



#### **2.4.11. Igualdad del Estado frente a particulares o equilibrio de intereses**

La administración pública debe actuar con igualdad frente a los oferentes para poder celebrar los contratos.<sup>23</sup>

Este principio consiste en que para poder celebrar contratos administrativos debe existir la manifestación tanto del particular como de la administración pública. Ya que no se pueden celebrar contratos mediante la soberanía del Estado, porque no sería entonces un contrato, es por eso la importancia de la personalidad del Estado para poder actuar dentro de esta esfera.

#### **1.4.13. No alterar el orden público**

La administración pública tiene la obligación de velar que en la celebración de contratos administrativos no se altere el orden público, ya que en caso, el contrato administrativo sería contrario a los fines y deberes del Estado, en especial por la no realización del bien común.

#### **2.4.14. Cumplimiento de formalidades**

Para que el contrato administrativo tenga validez, éste debe ser celebrado de

---

<sup>23</sup> Barrientos Araya, Jean Carlo. **El proceso de contratación administrativa y sus principios rectores, como mandato constitucional al legislador.** Pág. 7.



conformidad con todos aquellos requisitos establecidos en la ley, caso contrario acarrearía en un vicio de nulidad.

#### **2.4.15. Cumplimiento de los procedimientos**

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

#### **2.4.16. Cumplimiento de las finalidades del Estado**

Ya 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.<sup>24</sup>

#### **2.4.17. Equilibrio financiero**

Este principio también es denominado principio de la ecuación financiera.

En el contrato administrativo se debe mantener el equilibrio financiero establecido en el momento de la celebración, con la finalidad de que no resulten cuestiones perjudiciales

---

<sup>24</sup> Calderón Morales, Hugo H. **Ob. Cit.** Pág. 202.



para las partes contratantes.

Para ello se sustentan dos mecanismos cuya finalidad es guardar este equilibrio.

La teoría de la imprevisión: es el derecho que tiene el contratista al mantenimiento del equilibrio financiero de la relación contractual, y consiste en que la administración asuma parte de las pérdidas originadas por la ruptura de dicho equilibrio a causa de hechos anormales e imprevisibles. De esta forma se establece un compromiso, entre el interés público involucrado en el servicio y el interés individual del concesionario, ya que si a éste se le obliga a mantener la continuidad del servicio, aun cuando deba soportar acontecimientos que exceden el riesgo normal de la empresa que ha asumido, es lógico mantener su derecho a exigir de la administración cierta participación en las pérdidas.

La teoría del hecho del príncipe: al igual que la anterior es el derecho que tiene el contratista al mantenimiento del equilibrio-financiero, es el derecho reconocido de rescindir el contrato y reclamar la indemnización por daños y perjuicios que se le causen, en aquellos casos que la administración pública ordene modificaciones en el contrato que alteren un porcentaje considerable o más del valor inicialmente pactado.

La obligación de la administración pública de efectuar una reparación integral está derivada de la aplicación de la teoría del hecho del príncipe. Con esta teoría se alude a la intervención de los órganos del poder público, que hacen más onerosa la prestación del contratista, y por la que se obliga a la administración pública a reparar íntegramente el daño sufrido.



La aplicación de la teoría del hecho del príncipe procede, precisamente, en aquellos casos en los cuales, la intervención de los poderes públicos han afectado las condiciones jurídicas o fácticas en las cuales el contratista ejecuta su contrato.

## **2.5. Clases de contratos administrativos**

Calderón Morales<sup>25</sup> propone la siguiente clasificación de los contratos administrativos, siendo los siguientes:

### **2.5.1. Contrato de obra pública**

Son aquellos contratos que tienen por objeto la construcción, modificación, reconstrucción o mantenimiento de un edificio o de alguna otra obra de utilidad pública, ejemplo de ello es la construcción, reconstrucción y mantenimiento de escuelas, hospitales, carreteras y puentes.

### **2.5.2. Contrato de suministros**

Es aquel contrato administrativo por medio del cual el Estado se hace de bienes que son útiles para su funcionamiento, se puede mencionar como ejemplo, los contratos

---

<sup>25</sup>Ob. Cit. Pág. 403.



para la provisión de materiales de oficina, de materiales de limpieza, etc.

### **2.5.3. Concesión de servicios públicos**

Es el contrato administrativo por medio del cual el Estado encomienda a particulares la prestación de servicios públicos.

### **2.5.4. Contrato de servicios al Estado**

Este contrato administrativo es aquel por el que un particular presta algún servicio al Estado, por ejemplo el mantenimiento de maquinaria y equipo, este es un contrato similar al contrato de suministros.

### **2.5.5. Contrato de consultoría profesional**

Por medio de este, instituciones y empresas especializadas en consultoría, prestan al estado un servicio técnico y profesional. Por ejemplo, estudios de factibilidad, estudios jurídicos, etc.



### **2.5.6. Explotación y exploración de recursos no renovables**

Por medio de este contrato se otorga a personas individuales o jurídicas la explotación y la exploración de hidrocarburos, que por mandato constitucional son propiedad del Estado.

### **2.6. Extinción de los contratos administrativos**

Los contratos administrativos, como son creados por voluntad de los hombres, entablando relaciones jurídicas recíprocas, estableciéndose obligaciones y derechos entre sí, también tienden a un modo de extinguirse, modos que son descritos a continuación:

#### **2.6.1. Modo de extinción normal**

Este modo de extinción se presenta cuando en la finalización del contrato se han observado el cumplimiento de todas las prestaciones a que quedaron sujetas las estipulaciones entre la administración pública y el contratista, dando fiel cumplimiento al objeto del mismo.

Se le denomina normal porque las partes han alcanzado sus respectivos intereses y a su vez han cumplido con sus respectivas obligaciones establecidas en el contrato



administrativo, dentro del plazo de duración estipulado.

### **2.6.2. Extinción anormal**

El modo anormal constituye una serie de causas extintivas del contrato administrativo, una extinción anticipada del mismo, es decir antes de que la obra sea concluida o de que los bienes sean provistos integralmente o de que expire el plazo estipulado.

Revocación: cuando el Estado, que por razones de ilegitimidad, mérito, oportunidad o conveniencia, por sí mismo extingue el vínculo contractual sin necesidad de recurrir a una decisión jurisdiccional.

Por razones de ilegitimidad, cuando el contrato es nulo, por contener vicios que afectan la competencia, forma u objeto del contrato administrativo.

Y por razones de oportunidad, mérito o conveniencia; opera a favor del contratista para ser indemnizado por daños y perjuicios irrogados por la extinción anticipada del contrato administrativo.

Rescisión: por hechos y actos.

Hechos que son relativos al contratista, como por ejemplo la muerte, inhabilidad, quiebra, disolución de la persona jurídica.



Por hechos imputables al contratista, como por ejemplo en el incumplimiento de la prestación a que tiene obligación. En las concesiones administrativas se le denomina caducidad. En los contratos de empleo público, se encuentran la cesantía, la exoneración o la destitución.

Por caso fortuito o fuerza mayor, que son causales de rescisión unilateral por parte del Estado, sin necesidad de una declaración jurisdiccional.

Por mutuo acuerdo, así como nace un contrato, también con el consentimiento de ambas partes se puede dejar sin efectos el mismo.

Por renuncia, este derecho no puede ejercerse por sí mismo, ya que previamente se deberá solicitar a la administración pública. En caso de denegatoria del Estado, el contratista podrá accionar para que se le declare su derecho.

Otras causas por las que se puede rescindir un contrato son:

- a) Por hechos de la administración pública graves e imprevisibles posteriores a la celebración del contrato, que hagan imposible su cumplimiento
- b) Por incumplimiento del Estado.
- c) Por vicios que afecten la validez jurídica del contrato.
- d) En estos tres supuestos se requiere que el contratista esté en la imposibilidad de cumplir con sus respectivas obligaciones contractuales, ya que si su cumplimiento es más oneroso tiene derecho a solicitar una compensación.



Anulación: cuando el contrato está viciado. Para lo cual se requiere del pronunciamiento jurisdiccional que declare el vicio y proceder a su anulación. Ya que la administración pública no puede proceder de oficio a anular el contrato es necesaria la previa declaración jurisdiccional.



## CAPÍTULO III

### 3. Los servicios públicos

León Diguít sustentaba el criterio de que cuando el Estado proporciona enseñanza, transporte, sanidad, no ejerce un poder de mando; aun cuando esas actividades son regidas por un sistema de derecho público, el fundamento del Estado no es la soberanía sino la noción de servicio público.<sup>26</sup>

El Estado moderno no es más que una comunidad o corporación de servicios públicos cuyos agentes son los gobernantes. Por lo tanto, es de entender que las funciones del Estado son todas aquellas actividades que los gobernantes ejercen para crear, organizar y asegurar el funcionamiento ininterrumpido de los servicios públicos. En consecuencia, cabe concluir que para esta doctrina administración y servicios públicos son la misma cosa.

En el preámbulo de la Constitución Política de la República de Guatemala, entre los valores que debe consolidar el Estado se consagra el bien común el cual se logra en parte, mediante una adecuada creación y prestación ininterrumpida de los servicios públicos. A partir de allí, se desprende que los **servicios públicos** son las actividades asumidas por órganos o entidades públicas o privadas, creados por la Constitución o por ley, para dar satisfacción en forma regular y continúa a cierta categoría de

---

<sup>26</sup> León Diguít, Pierre Marie. **Soberanía y libertad**. Pág. 45.



necesidades de interés general, bien sea en forma directa, mediante concesionario o a través de cualquier otro medio legal, con sujeción a un régimen de derecho público o privado, según corresponda.

Es por ello, que cuando nos referimos a que toda tarea llevada a cabo por una entidad pública, bien se trate de un órgano del Estado (Nacional, Estatal o Municipal) como persona jurídica de derecho público de carácter territorial, o, de un ente descentralizado (Instituto Autónomo, Empresa del Estado), se dice que son actividades asumidas por órganos o entidades públicas o privadas. No obstante, la prestación de un servicio público no puede ser irregular ni discontinua, ni debe atender a un fin particular.

Si bien existen características, que se desprenden de los servicios públicos, encontramos que el mismo debe ser prestado para cubrir necesidades de interés general y no particular. Por lo tanto, la prestación de un servicio público no debe perseguir fines de lucro.

Generalmente, los servicios públicos son ejercidos por un organismo, pero también pueden hacerlo los particulares, bajo la autorización, control, vigilancia y fiscalización del Estado, con sujeción al ordenamiento jurídico permanente. En sentido general, están sometidos al régimen legal de derecho público, pero, también pueden estar sometidos a un régimen de derecho privado, siempre y cuando así lo disponga expresamente la ley.

El tratamiento oficial de la materia de servicios públicos ha pasado por etapas

divergentes de transformación (del Estado prestador de servicios al Estado regulador), hacia una nueva regulación jurídica e institucional donde se establece taxativamente la función ejercida por la administración pública como ente rector de las políticas públicas, sujeta al servicio público o interés general, estando en consecuencia al servicio de la ciudadanía sin ningún tipo de distinciones, privilegios o discriminaciones.

### 3.1. Concepto de los servicios públicos

"Entendemos por Servicios Públicos, las actividades, entidades u órganos públicos o privados con personalidad jurídica creados por Constitución o por ley, para dar satisfacción en forma regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, bien en forma directa, mediante concesionario o a través de cualquier otro medio legal con sujeción a un régimen de Derecho Público o Privado, según corresponda".

"La noción de servicio público surge en Francia a través de tres decisiones jurisprudenciales"<sup>27</sup>, que han pasado a constituir parte del patrimonio que el Derecho Administrativo clásico ha aportado al mundo. Se trata del Arrêt Blanco del Tribunal de Conflictos, de ocho de febrero de 1873; del Arrêt Terrier del Consejo de Estado, de seis de febrero de 1903; el Arrêt Feutry del Tribunal de Conflictos, de 29 de febrero de 1908; El Arrêt Thérond del Consejo de Estado, de cuatro de marzo de 1910. Con base en

---

<sup>27</sup> Muñoz Machado, Santiago. **Servicios públicos y mercados**. I. Pág. 45-54.



estas tres decisiones la doctrina científica liderada por Maurice Hauriou, representante de la "Escuela de Toulouse y por su polémico antagonista León Duguit" "Nizard considera que "La obra de León Duguit es una buena ilustración de las ambigüedades de un socialismo afectivo más que doctrinario unido a un sociologismo superficial"<sup>28</sup>, este último seguido por Roger Bonnard, Gaston Jéze, Louis Rolland y Charles Eisenmann, representantes de la Escuela de Burdeos, elaboran la teoría del servicio público en Francia.

No obstante, "expresa Villar Palasí que en otras ciencias, los términos son depurados antes de ser utilizados "doctrinal, dogmática o pragmáticamente", en tanto que en el Derecho Administrativo se usa la expresión servicio público sin definir el concepto o las Actividades que pueden ser consideradas como tales."<sup>29</sup>

De allí que la noción de servicio público no ha alcanzado su cenit, por el contrario constituye una idea en constante evolución, hoy en día inacabada, toda vez que "ni la legislación, de suyo, da una definición uniforme -incluso a veces carece de toda definición ni la doctrina ha sabido entresacar aquellos elementos comunes a todo cuanto en la profusa legislación administrativa aparece definido o definible como un servicio público"<sup>30</sup>

"Por ello se considera que, en sí, el concepto de servicio público es inaprehensible, porque en todos los supuestos en que se plantea, conduce a una "petición de principio

---

<sup>28</sup> Nizard, Lucien. **Noción de servicios públicos y representaciones sociales**. Pág. 94.

<sup>29</sup> Villar Palasí, José Luis. **servicio público y técnicas de conexión**. Pág. 10.

<sup>30</sup> **Ibíd.** Pág. 73.

“al trasladar el problema fuera de lo normativo y ubicarlo en el ámbito de la decisión política.”<sup>31</sup>

En el servicio público, sobresalen dos ideas, la idea de **servicio** que consiste en la actividad de prestación asumida directamente por la administración o indirectamente, por un particular o una organización destinada a aportar alguna utilidad general, pública o colectiva y la idea de lo **público** que implica la gestión en nombre de la colectividad, en principio por parte del Estado, sin que ello excluya la posibilidad de gestión, a través de los particulares.

“Considera Araujo que ante la dificultad de la doctrina científica de llegar a una definición clara de servicio público, este concepto gira en torno a tres elementos: Un elemento orgánico que también se puede denominar subjetivo, la titularidad que corresponde al Poder Público, quien es responsable de la prestación del servicio; un elemento material, objetivo o sustancial que es el interés general que persigue per se todo servicio público; un elemento formal o normativo, constituido por el régimen jurídico exorbitante del derecho privado.”<sup>32</sup>

La publicatio implica que una determinada actividad declarada servicio público por el poder público, está sometida a un régimen jurídico de derecho público, en el cual estarán presentes los caracteres jurídicos del servicio público: continuidad, regularidad,

---

<sup>31</sup> Villar Palasí, José Luis. **Ob. Cit.** Pág. 99-100.

<sup>32</sup> Araujo Juárez, José. **Contratos de gestión de servicios públicos: régimen jurídico y modalidades.** Pág. 21-23.



generalidad, uniformidad, igualdad, obligatoriedad y adaptación a las nuevas circunstancias.

En Colombia, la Ley 80 del 28 de octubre de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, establece en el Artículo dos ordinal tres que son servicios públicos aquellos que se encuentran destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la regulación, dirección y control del Estado, al igual que aquellos servicios a través de los cuales éste persigue preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines.

“Tal como se puede observar, el servicio público permanece como concepto, en el seno del Derecho Administrativo, pues es éste su origen y razón de ser, al regular su estructura, organización y funcionamiento; en tanto que en las restantes ramas del ordenamiento queda desvirtuado hasta tal punto que el concepto deviene en pura técnica en aras de una determinada finalidad.”<sup>33</sup>

La Constitución Política de la República de Guatemala, no define qué se entiende por servicio público, así como tampoco lo hace la legislación de carácter municipal. Sin embargo, sí establecen, en ambos casos, normativas a través de las cuales regulan la prestación de los mismos, el acceso que la población debe tener a ellos, etc. Es por ello que se debe analizar la doctrina en torno al tema de lo cual se infiere sobre la existencia de dos categorías de servicios públicos, distinguiendo al respecto entre servicios

---

<sup>33</sup>Villar Palasí, José Luis. **Ob. Cit.** Pág. 125.



públicos de contenido económico, que son aquellos susceptibles de ser otorgados en concesión (Artículo tres) y servicios públicos que no poseen contenido económico y no pueden ser gestionados por concesionarios.

Tal circunstancia es considerada con el pensamiento que señala que tanto el constituyente como el legislador parecen haber adoptado la recomendación del Vicepresidente del Consejo de Estado Pierre Nicola y, quien afirmó que "Es sabiduría, y no modestia, la que ordena abstenerse de definir al servicio público"<sup>34</sup>.

La noción de servicios públicos durante tantos años en crisis -con la aparición primero, de los servicios públicos sociales y luego de los industriales y comerciales-, parecía que estaba destinada a desaparecer y es justo en este momento, a comienzos del siglo XXI, cuando ha resurgido como el ave Fénix, ahora bajo una nueva configuración, la de un servicio universal a todos los ciudadanos y un nuevo modelo de regulación económica y jurídica.

### **3.2. Análisis del concepto de los servicios públicos**

Cuando dice que "son actividades, entidades u órganos públicos o privados"<sup>35</sup> se refiere esta expresión a los servicios públicos, en sentido material; vale decir, toda tarea asumida por una entidad pública, bien se trate de la República, el Distrito Capital, los

---

<sup>34</sup>Villar Palasí, José Luis. **Ob. Cit.** Pág. 54.

<sup>35</sup> Calderón, Hugo. **Ob. Cit.** Pág. 145.



Estados, los Municipios y los Distritos Metropolitanos -personas jurídicas de derecho público de carácter territorial o prestados a través de entes descentralizados funcionalmente: institutos autónomos, empresas del Estado, fundaciones, asociaciones y sociedades civiles del Estado (entes no territoriales). No obstante, cabe decir que el servicio público también puede ser prestado por particulares conforme al orden jurídico pertinente.

Así mismo, también se entiende por servicio público, en sentido orgánico, la creación de una dependencia administrativa dentro de la estructura del Estado o de la administración pública para satisfacer determinadas necesidades de interés colectivo o público.

### **3.3. Características de los servicios públicos**

Según la doctrina y el ordenamiento jurídico que los rige, los rasgos más resaltantes de Los servicios públicos pueden compendiarse así:

a. Todo servicio público debe suministrarse con un criterio técnico gerencial y con cuidadosa consideración a las funciones del proceso administrativo científico: planificación, coordinación, dirección, control y evaluación, tanto en su concepción orgánica como en el sentido material y operativo.<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup>Calderón, Hugo. **Ob. Cit.** Pág. 172.

b. Debe funcionar de manera permanente, es decir, de manera regular y continua para que pueda satisfacer necesidades de las comunidades por sobre los intereses de quienes los prestan.

c. La prestación del servicio público no debe perseguir principalmente fines de lucro; se antepone el interés de la comunidad a los fines del beneficio económico de personas, organismos o entidades públicas o privadas que los proporcionan.

d. Generalmente les sirve un organismo público, pero su prestación puede ser hecho por particulares bajo la autorización, control, vigilancia, y fiscalización del Estado, con estricto apego al ordenamiento jurídico pertinente.

### **3.4. Clasificación de los servicios públicos**

En doctrina existen diferentes tipos de criterios para clasificar los servicios públicos:

a) Esenciales y no esenciales: los primeros son aquellos que de no prestarse pondrían en peligro la existencia misma del Estado: policía, educación, sanidad. Los no esenciales; a pesar de satisfacer necesidades de interés general, su existencia o no prestación no pondrían en peligro la existencia del Estado; se identifican por exclusión de los esenciales.<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup>Calderón, Hugo. **Ob. Cit.** Pág. 164.

b) Permanentes y esporádicos; los primeros son los prestados de manera regular y continua para la satisfacción de necesidades de interés general. Los esporádicos; su funcionamiento o prestación es de carácter eventual o circunstancial para satisfacer una necesidad colectiva transitoria.

c) Por el origen del órgano del poder público o ente de la administración que los presta; (Conforme la legislación venezolana) nacionales, estatales, distritales municipales y concurrentes si son prestados por cada una de las personas jurídicas territoriales: nacionales por la República u otros órganos del poder nacional; los estatales son los prestados por cada uno de los Estados que integran la Federación venezolana citada como ejemplo en este caso y particularmente los señalados en su Constitución de la República o en la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público citados precedentes y los municipales en conformidad con la Constitución de la República y Ley Orgánica del Régimen Municipal. Hay servicios públicos de competencia concurrente; son aquellos en cuya prestación concurren distintos órganos de los niveles del poder público, bien sean nacionales, distritales, estatales o municipales y los hay que son prestados en forma exclusiva por órganos de la administración o por los particulares.

d) Desde el punto de vista de la naturaleza de los servicios, se clasifican en servicios administrativos y servicios públicos industriales y comerciales: éstos últimos específicamente referidos a las actividades de comercio, bien sea de servicios para atender necesidades de interés general o los destinados con fines lucrativos y no satisfacer necesidades colectivas.



e) Servicios públicos obligatorios y optativos. Los primeros los señalan como tales la Constitución y las leyes; y son indispensables para la vida del Estado. Los optativos, el orden jurídico los deja a la potestad discrecional de la autoridad administrativa competente.

f) Por la forma de prestación de servicio: Directos y por concesionarios u otros medios legales. En los primeros, su prestación es asumida directamente por el Estado (nacionales, estatales, municipales, distritales, entes descentralizados). Por concesionarios: no los asume directamente el Estado; prestan a través de concesionarios.

### **3.5. Elementos o principios fundamentales de los servicios públicos**

a) Iniciar y proseguir de oficio o a petición del (los) interesado (s), cualquier investigación conducente al esclarecimiento de asuntos de su competencia.

b) Interponer, adherirse o de cualquier modo intervenir en las acciones de inconstitucionalidad, interpretación, amparo, hábeas corpus, hábeas data, medidas cautelares y demás acciones o recursos judiciales y, cuando lo estime justificado y)

Procedente, las acciones subsidiarias de resarcimiento, para la indemnización y reparación por daños y perjuicios, así como para hacer efectiva las indemnizaciones por daño material a las víctimas por violación de derechos humanos.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup>Calderón, Hugo. **Ob. Cit.** Pág. 163.



- c) Actuar frente a cualquier jurisdicción, bien sea de oficio, a instancia de parte o por solicitud del órgano jurisdiccional correspondiente.
- d) Mediar, conciliar y servir de mediador en la resolución de conflictos materia de su competencia, cuando las circunstancias permitan obtener un mayor y más rápido beneficio a los fines tutelados.
- e) Velar por los derechos y garantías de las personas que por cualquier causa hubieren sido privadas de libertad, reclusas, internadas, detenidas o que de alguna manera tengan limitada su libertad.
- f) Visitar e inspeccionar libremente las dependencias y establecimientos de los órganos del Estado, así como cualquiera otra institución o empresa en la que se realicen actividades relacionadas con el ámbito de su competencia, a fin de garantizar la protección de los derechos humanos.
- g) Velar por los derechos de los pueblos indígenas y ejercer las acciones necesarias para su garantía y efectiva protección.
- h) Solicitar a las personas e instituciones la información o documentación relacionada al ejercicio de sus funciones, sin que pueda oponérsele reserva alguna y formular las recomendaciones y observaciones necesarias para el cumplimiento de sus objetivos.
- i) Denunciar ante las autoridades correspondientes al funcionario (a) o particular que incumpliera con su deber de colaboración preferente y urgente, en el suministro de información o documentación requerida en ejercicio de las competencias conferidas, o



que de alguna manera obstaculizare el acceso a los lugares contemplados en la ley.

j) Velar por el correcto funcionamiento de los servicios públicos, amparar y proteger los derechos e intereses legítimos, colectivos o difusos de las personas, contra las arbitrariedades, desviaciones de poder y errores cometidos en la prestación de los mismos, interponiendo cuando fuere procedente las acciones necesarias para exigir al Estado el resarcimiento a las personas de los daños y perjuicios que le sean ocasionados con motivo del mal funcionamiento de los servicios públicos.

k) Solicitar ante el órgano competente la aplicación de los correctivos y las sanciones a que hubiere lugar por la violación de los derechos del consumidor y el usuario.

l) Promover la suscripción, ratificación y adhesión de tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, así como promover su difusión y aplicación.

m) Realizar estudios e investigaciones con el objeto de presentar iniciativas de ley u ordenanzas, o formular recomendaciones de conformidad con lo establecido en el Artículo 4 de esta ley.

n) Promover, divulgar y ejecutar programas educativos y de investigación para la difusión y efectiva protección de los derechos humanos.

o) Velar por la efectiva conservación y protección del medio ambiente, en resguardo del interés colectivo.

p) Impulsar la participación ciudadana para vigilar los derechos y garantías constitucionales y demás objetivos de la defensoría del pueblo.

q) Ejercer las acciones a que haya lugar frente a la amenaza o violación de los derechos humanos de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.

r) Las demás que establezca la Constitución de la República o Estado de que se trate y sus correspondientes o leyes relacionadas.

### **3.6. Obras públicas**

El Artículo 17 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789 consagró el derecho de propiedad como sagrado e inviolable, del cual sólo podían ser privados los ciudadanos por causa de necesidad pública, mediante previa y justa indemnización. Dentro de esta concepción de la propiedad, proclamada por la Revolución Francesa y que se desarrolla durante el liberalismo político, la obra pública se proyecta como una excepción que habilita la privación de la propiedad mediante la institución de la expropiación forzosa.

Luego, cuando se evoluciona hacia la concepción social del Estado, el derecho de propiedad deja de ser absoluto y puede ser limitado o restringido por razones de utilidad pública o de interés social. Así mismo, como consecuencia de la concepción social del Estado, la obra pública -al igual que el servicio público- adquiere mayor importancia,

pues en virtud de la utilidad pública o del interés general, el Estado ejecuta obras públicas -y servicios públicos- de manera directa o por intermedio de los particulares, mediante contrato o en virtud de concesión.

Así las cosas, vemos que la doctrina científica en general ha efectuado una conceptualización de las obras públicas algo imprecisa y donde lo predominante son los elementos descriptivos. Estos intentos de definición de las obras públicas, lo podemos Sintetizar a través de las siguientes ideas:

En España, las obras públicas constituyen "una operación de transformación material de un inmueble hecha por la Administración por sí o por vicarios suyos".<sup>39</sup>

En Francia, se considera que la obra pública "es una obra de interés general ejecutada Sobre un inmueble por cuenta o bajo control de un Ente público".<sup>40</sup>

En Italia, la doctrina científica también ha intentado definir la obra pública. En tal sentido Se ha señalado "La obra pública es una simple síntesis verbal que permite determinar la realización del bien público, mediante la transformación de una cosa"<sup>41</sup> o como "una obra de ingeniería de modificación del mundo físico, de coste elevado, para cuya realización se siguen procedimientos administrativos determinados" <sup>42</sup> Más recientemente, se ha dicho que es "toda intervención de los poderes públicos destinada

<sup>39</sup> Fernández, Tomás Ramón. **Las obras públicas**. Pág. 2438.

<sup>40</sup> Waline, Marcel. Droit Administratif. **Obras selectas de derecho público**. Pág. 575.

<sup>41</sup> Verbari. **La dichiarazione di pubblico/interesse**. Pág. 206.

<sup>42</sup> Giannini, M.S. **Diritto pubblico dell economia**. Pág. 105.

a obtener una modificación duradera del mundo físico que interesa a la colectividad".<sup>43</sup>

En Venezuela, la doctrina científica ha señalado que la expresión obra pública tiene dos acepciones: En el primer significado son consideradas "obras públicas los trabajos sobre bienes inmuebles que la Administración realiza, o que otras personas ejecutan por cuenta de la Administración" tales como "los trabajos de construcción, modificación, reparación o mantenimiento de bienes inmuebles, llevados a cabo por una entidad estatal, tales como la República, un Estado o un Municipio, el Distrito Federal, un instituto autónomo u otra persona jurídica de derecho público, en cumplimiento de sus propios fines"; en el segundo significado, son "obras públicas los resultados obtenidos por efecto de aquellas actividades -trabajos-, es decir, las cosas hechas, las obras concluidas "consistiendo las mismas en "obras de naturaleza inmobiliaria, construidas por una de dichas entidades o por otra persona por cuenta de una de las expresadas entidades, en cumplimiento de los fines propios de estas últimas".<sup>44</sup>

"La definición de obra pública comprende dos ideas, una "obra" y otra "pública", entendiéndose por la primera, "obra" el resultado de una actividad humana, es decir, el producto de la creación, elaboración, construcción o la transformación de una cosa física preexistente,"<sup>45</sup> dando como resultado un bien inmueble o mueble. No existe un elemento objetivo, en lo que respecta a la ejecución de la obra, que nos permita distinguir cuando la obra es pública o privada, más aún si consideramos, que la obra pública puede ser ejecutada por el Estado directamente o por los particulares, en virtud

<sup>43</sup> Carnevale Venchi, **Opere Pubbliche**. Pág.342.

<sup>44</sup> Lares Martínez, Eloy. **El contrato de obra pública. en régimen jurídico de los contratos administrativos**. Pág. 158.

<sup>45</sup> Cianflone. Antonio. **L' apalto di opere pubbliche**.Pág. 72.



de contrato o mediante concesión.

Lo público está relacionado con el interés general que tutela el Estado, la búsqueda de la satisfacción del beneficio colectivo, de allí que se considere, que una obra es pública cuando el Estado promueve o financia su construcción o elaboración, para destinarla al uso o servicio del interés general o colectivo.

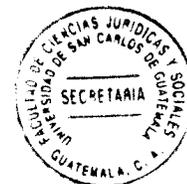
Se debe considerar que algunos estados consideran que es obra pública nacional "toda construcción, tales como carreteras, ferrocarriles, puertos, puentes, túneles, viaductos, obras hidráulicas y de saneamiento, edificios, fortificaciones, aeropuertos, monumentos y otras obras análogas, así como la reforma, reparación, y conservación de los mismos bienes, que se ejecute con fondos nacionales o con fondos privados bajo el sistema de concesión"<sup>46</sup> y ésta, la concesión, tendrá "por objeto la construcción, explotación, conservación y mantenimiento de nuevas obras o la explotación, conservación y mantenimiento de obras ya construidas".<sup>47</sup>

Se exponen algunos elementos de la definición de obra pública:

- a) Una construcción, reforma, reparación y conservación de bienes;
- b) Estos bienes son inmuebles, tales como las carreteras, ferrocarriles, puertos, puentes, túneles, viaductos, obras hidráulicas y de saneamiento, edificios,

<sup>46</sup>Lares Martínez, Eloy. **Ob. Cit.** Pág. 156.

<sup>47</sup>**Ibíd.** Pág. 157.



fortificaciones, aeropuertos, monumentos y obras análogas;

- c) Se pueden ejecutar o realizar por el propio Poder Público, con recursos nacionales;
- d) Se pueden ejecutar o realizar por los particulares, con recursos privados, bajo el régimen de concesión;
- e) El objeto de la concesión será la construcción, explotación, conservación y mantenimiento de nuevas obras o la explotación, conservación y mantenimiento de obras ya construidas.

Es así como se puede observar en distintos conceptos que dependiendo del Estado de que se trate puede tener variaciones sin fin en cuanto a la apreciación que la administración puede realizar en cuanto a los servicios públicos. Venezuela por ejemplo parece haber adoptado parcialmente, con rango de derecho positivo, la definición de obra pública que había elaborado nuestra doctrina científica. Debe destacarse que la definición legal omite toda mención de los fines que se persiguen con la ejecución de la obra pública, que no deben ser otros que el interés general o colectivo. Pero esta omisión no quiere decir que esté ausente dicho interés, sino que está implícito.



## CAPÍTULO IV

### 4. Contrato de gestión de servicios públicos

El contrato de gestión de servicios públicos (también denominado Contrato de gestión indirecta) es un tipo de contrato relativo al régimen de contratación del sector público en España.

Se trata de un contrato en el que la Administración contratante encomienda a un contratista la gestión de un servicio de su competencia.<sup>48</sup> La Ley excluye expresamente los supuestos en que tal competencia se encomienda a un Organismo público o a una sociedad de Derecho privado de titularidad pública.<sup>49</sup>

#### 4.1. Ámbito

La Ley de Contrataciones del Estado Decreto número 57-92 del Congreso de la República, permite que la Administración gestione indirectamente, a través de un contrato de gestión de servicios públicos, los servicios públicos que sean de su competencia. No obstante, se imponen ciertos límites, de manera que no serán susceptibles de gestión indirecta aquellos servicios que no sean susceptibles de

---

<sup>48</sup> Ministerio de Justicia española. **Los contratos en la administración Pública**. Pág. 5.

<sup>49</sup> **Ibíd.** Pág. 8.



explotación por los particulares, o los que supongan el ejercicio de autoridad.

Por otra parte, el contrato de gestión de servicios públicos habrá de señalar necesariamente el ámbito funcional y territorial en el que se aplica en especial si es factible en Guatemala.

#### **4.2. Modalidades de los contratos gestión en la legislación comparada**

Las diversas modalidades que puede adoptar el contrato de gestión de servicios públicos, siendo las siguientes:

##### **4.2.1. Concesión**

El empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.

##### **4.2.2. Gestión interesada**

La Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.



### **4.2.3. Concierto**

Celebrado con quien venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.

Sociedad de economía mixta: Participación concurrente de Administración y particulares en una empresa que se encarga de la gestión del servicio público.

### **4.3. Duración**

La Ley de Contrataciones del Estado Decreto número 57-92 del Congreso de la República, prohíbe expresamente los contratos de duración perpetua o indefinida. El plazo de duración habrá de quedar estipulado en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, que tendrán como límite los siguientes plazos:

Cincuenta años en los contratos que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio público, salvo que éste sea de mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios gestionados por sociedad de economía mixta municipal, en cuyo caso podrá ser hasta sesenta años.

Veinticinco años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público no relacionado con la prestación de servicios sanitarios.



Diez años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios, a menos que se incluya la ejecución de obras, en cuyo caso, el plazo máximo será de cincuenta años.

#### **4.4. Procedimiento para la formulación de un contrato de gestión**

##### **4.4.1. Preparación**

Antes de la celebración de un contrato de gestión de servicios públicos, se ha de perfilar el régimen jurídico de dichos servicios, delimitando las competencias administrativas, el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.

Por otra parte, los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas habrán de establecer las condiciones de prestación del servicio, las tarifas a abonar, el procedimiento para revisarlas, y el canon que percibe la Administración.

Por otra parte, la Ley contempla la posibilidad de que el contrato comprenda la ejecución de obras, en cuyo caso se elaborará un anteproyecto de obras y un anteproyecto de explotación, rigiendo la regulación referida al contrato de concesión de obras públicas.



#### 4.4.2. Ejecución

Tras la adjudicación, perfección y formalización, que seguirán el régimen general de la contratación del sector público, se producirá la ejecución del contrato, con la cual se plantean diversas particularidades para el contrato de gestión de servicios públicos.

Durante la ejecución, el contratista habrá de cumplir una serie de obligaciones en la gestión del servicio público. De esta manera, deberá prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas.

Así mismo, habrá de cuidar del buen orden del servicio, pudiendo dictar las oportunas instrucciones, sin perjuicio de los poderes de policía que correspondan a la Administración para garantizar el buen funcionamiento del servicio público. También se atribuye un deber de indemnizar los daños causados a terceros; y la obligación, en el marco de la celebración de contratos de suministros que deriven del contrato de gestión, de no discriminar por razón de nacionalidad a empresas comunitarias o firmantes del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio.

Finalmente, la Ley de Contrataciones del Estado Decreto número 57-92 del Congreso de la República, permite la modificación del contrato por parte de la Administración, si bien configura un régimen jurídico tendente a restablecer el equilibrio económico y



financiero previo a la modificación, algo que también registrará si dicho equilibrio se rompe por causa de fuerza mayor. La Ley, en lo relativo a las medidas para dicho restablecimiento, menciona expresamente la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la reducción del plazo del contrato, o su prórroga durante un plazo que no podrá exceder de la décima parte del plazo original.

#### **4.5. Modalidades de contratación por gestión**

La contratación de la gestión de los servicios públicos adoptará cualquiera de las siguientes modalidades:

Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.

La concesión es la forma paradigmática de la gestión indirecta de los servicios públicos.

Consiste en la transferencia al gestor indirecto (sujeto privado) de facultades originariamente administrativas. El concesionario puede, incluso, dictar, por delegación de la Administración titular del servicio, actos administrativos, impugnables en recurso ordinario o de alzada ante la Administración de cobertura.

Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participaren en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.



La gestión interesada es la traducción administrativa del contrato mercantil de aparcería industrial, intermedio entre el contrato de arrendamiento y el de sociedad. En definitiva, se trata de un contrato de arrendamiento con cláusula parcelaria, de forma que Administración y gestor indirecto participen en los resultados de la actividad en la proporción que se establezca (ingresos brutos, beneficio neto, etc.).

Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.

El concierto presupone una empresa que realice actividades análogas al servicio público de que se trate. En cualquier caso, el concierto viene a suplir la incapacidad actual de la Administración para la prestación de un servicio, por lo que, por definición, se caracteriza por la nota de interinidad o transitoriedad.

Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.

Esta sociedad implica que la Administración participa parcialmente en el capital. Esta participación ha de ser minoritaria pero ha de ir acompañada de los medios precisos para que la Administración tenga un cierto control de la sociedad.

Entre estos medios de control cabe destacar la posibilidad de nombramiento de un delegado de la Administración en la sociedad, con facultades de inspección, de suspensión o, incluso, de veto de determinados acuerdos sociales que pueden ser



lesivos para el interés público, en la forma que determinen los Estatutos.

## **4.6. Ejecución y modificación del contrato**

### **4.6.1. Ejecución**

Respecto a las peculiaridades ejecutivas de los contratos de gestión de servicios públicos se pueden destacar las siguientes:

El contratista está obligado a organizar y prestar el servicio con estricta sujeción a las características establecidas en el contrato y dentro de los plazos señalados en el mismo, y, en su caso, a la ejecución de las obras conforme al proyecto aprobado por el órgano de contratación.

Como obligaciones de carácter general, el contratista está sujeto al cumplimiento de las siguientes:

Prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas.

a) Cuidar del buen orden del servicio, pudiendo dictar las oportunas instrucciones.



b) Indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración.

c) Respetar el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, respecto de las empresas de Estados miembros de la Comunidad Europea o signatarios del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, en los contratos de suministro consecuencia del de gestión de servicios públicos.

Respecto a las contraprestaciones económicas a las que pudiera tener derecho el contratista, el Artículo 104 de la Ley de Contrataciones del Estado, se remite a los términos del contrato.

#### **4.6.2. Modificación**

A diferencia de los otros contratos administrativos, en el de gestión de servicios públicos no se regula expresamente la posibilidad de que el contratista inste la resolución del contrato a causa de las modificaciones fijadas por la Administración, si bien, sí que establece la necesidad del mantenimiento del equilibrio financiero de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato para cuando las modificaciones tengan trascendencia económica.

En el párrafo anterior se comenta la no inclusión como causa de resolución la



modificación del contrato, a diferencia de los otros contratos administrativos; no obstante, si a consecuencia de las modificaciones que acuerde la Administración deviene imposible la explotación del servicio, se podría instar la resolución del contrato.

d) Con los efectos previstos la Administración Pública indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización.

Por último indicar que durante la tramitación del expediente de modificación se requiere la audiencia del contratista, puesto que la omisión de este trámite, que debe calificarse como de esencial, determina la nulidad de la modificación.

#### **4.6.3. Extinción**

De acuerdo con la Ley Contrataciones del Estado Decreto número 57-92 del Congreso de la República, los contratos de servicios públicos, como el resto de contratos, se extinguen por cumplimiento o por resolución, para el efecto establece el Código Civil y la Ley del Organismo Judicial.



#### **4.6.4. Extinción por cumplimiento**

En los contratos de gestión de servicios la extinción normal es la finalización del plazo contractual con la reversión del servicio a la Administración, debiendo el contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato, y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados; en este sentido, el pliego de cláusulas administrativas deberá fijar el período prudencial anterior a la reversión durante el cual el órgano competente de la Administración adoptará las disposiciones encaminadas a que la entrega de los bienes se verifique en las condiciones convenidas.

#### **4.6.5. Extinción por resolución**

Respecto a las causas de resolución del contrato de gestión de servicios públicos se regula las siguientes:

La demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al contratista de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato.

En tales supuestos, el contratista tendrá derecho al abono del interés legal de las cantidades debidas, así como de los daños y perjuicios sufridos.

a) El rescate del servicio por la Administración.



b) La supresión del servicio por razones de interés público.

c) La imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato.

En estos tres últimos supuestos, la Administración indemnizará al contratista de los daños y perjuicios causados al contratista, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir.

En todos los casos, la Administración deberá abonar al contratista el precio de las obras que, ejecutadas por aquél, hayan de pasar a propiedad de la Administración, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que falte para la reversión del servicio.

#### **4.7. Cesión y subcontratación de los contratos de servicios públicos**

Se expone en la Ley de Contrataciones del Estado Decreto número 57- 92 del Congreso de la Republica lo siguiente:

Artículo 98. "UTILIZACIÓN E INVERSIÓN EN BIENES POR LOS CONTRATISTAS O LOS CONCESIONARIOS. (Reformado por el Decreto 20-97 del Congreso de la República). Tanto en el caso de la contratación de terceros, como en el caso de concesiones para la prestación de servicios públicos, se podrá disponer en el contrato o en el acuerdo o resolución por cuyo medio se otorgue la concesión, que los contratistas



o concesionarios podrán hacer uso de bienes del dominio del Estado, o bien, de las entidades autónomas o descentralizadas correspondientes. En tal supuesto, deberán establecerse con precisión los términos y condiciones en que podrá hacerse uso de dichos bienes, que, en todo caso, deberá estar directamente relacionado con el objeto del contrato o de la concesión. Cuando corresponda al contratista o al concesionario realizar inversiones en activos fijos, que por su naturaleza no puedan retirarse sin que sufran detrimento, deberá disponerse en el contrato o en el acuerdo o resolución por la que se otorga la concesión, los términos y condiciones en que dichos activos pasarán, al vencimiento del contrato o concesión respectivos, al patrimonio del Estado o de la entidad autónoma o descentralizada de que se trate”.





## CAPÍTULO V

### **5. Propuesta para la eficiencia y eficacia de la concesión administrativa**

#### **5.1. Generalidad**

Para arrojar a la propuesta de la eficiencia y eficacia de la concesión administrativa, que es fruto de la investigación documental y resultado del trabajo de campo; previamente se indicarán de forma general el conjunto de estrategias que se consideran para el desarrollo económico y social. Encontrándose, entre estas estrategias, la participación del sector privado y, como instrumento para esa participación, la concesión administrativa. Asimismo se señala la importancia que tiene la provisión de infraestructura para la elevación del nivel de competitividad.

#### **5.2. Estrategias para el desarrollo e importancia de la infraestructura**

El Estado tiene como fin la realización del bien común de sus habitantes. El Estado se organiza jurídica y políticamente para lograr la consecución de sus fines.

Guatemala se encuentra con una deuda externa de 5,9 billones de dólares, 45 y con un crecimiento del producto interno bruto real de 2.7% en 2004 a 3.2% en 2005, a pesar del alto precio internacional del petróleo y el daño causado por la tormenta Stan. Las



proyecciones anuncian un crecimiento económico de 4.5% anual en 2006 y 2007,46 lo que refleja la mejora del entorno macroeconómico y, el efecto de las bajas tasas de interés, entre otros factores.

Con el tratado de libre comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América aumenta el potencial de elevar el comercio y la inversión extranjera directa en el país.

Guatemala tiene una relación entre deuda pública y producto interno bruto de las más bajas de Latinoamérica y el Caribe. Empero, tiene un bajo nivel de ingresos tributarios, de aproximadamente el 10% del producto interno bruto, lo que limita la inversión pública en servicios sociales e infraestructura, lo que son elementos necesarios para reducir la pobreza y mantener un crecimiento sostenido, lo que significa un problema grave para el país.

Sumando a estos indicadores, Guatemala, tiene dificultades en otros sectores, como son la justicia, la seguridad pública, educación, salud y seguridad social.

Estas situaciones constituyen obstáculos para la realización del bien común. Sin embargo existen estrategias para generar un desarrollo, entre éstas se encuentran las siguientes:

- a) La consolidación de los procesos democráticos.



- b) El desarrollo basado en el mercado global, con apertura a la economía y liberación del comercio.
- c) La reorientación del gasto público hacia la educación, salud, nutrición y seguridad social.
- d) Revitalización del esquema de integración centroamericana, por lo que el crecimiento del comercio regional es un elemento dinámico para el crecimiento de la economía.
- e) Las asociaciones comerciales con países desarrollados.
- f) Expansión de la integración física, como proyectos eléctricos con Centroamérica y gaseoductos.
- g) Reforma y modernización del Estado, orientada a la descentralización. Con un Estado pequeño y fuerte.
- h) El reconocimiento de una conducción macroeconómica estable como instrumento de crecimiento ordenado.
- i) La participación de la iniciativa privada en la vida económica, particularmente para el desarrollo de infraestructura de transporte, que comprende, carreteras, ferrocarriles, puertos y aeropuertos. Para lo cual es necesario tomar medidas que



aseguren la competencia en la provisión de servicios de infraestructura.

Ésta última estrategia, es la que interesa para el presente trabajo, tomando como objeto de estudio la concesión administrativa, como el medio adecuado para la provisión de infraestructura.

La infraestructura es muy importante.<sup>50</sup> Invariablemente los países que han invertido sostenidamente en infraestructura, tienden a tener bajo desempleo, altos niveles de inversión, mayor competitividad en los negocios internos y un fuerte crecimiento en el producto interno bruto. La infraestructura puede aportar grandes beneficios en términos de crecimiento económico, alivio a la pobreza y sostenibilidad ambiental de un país. Además eleva la productividad y rebaja los costos de producción. Los impactos económicos y sociales de la infraestructura son diversos. Por ejemplo, buenas carreteras reducen el tiempo de transporte de los productos entre los fabricantes y consumidores. Las empresas se benefician en la reducción de sus costos y los consumidores se benefician con la reducción de sus precios. Así como una eficiente infraestructura de salud y saneamiento evita las enfermedades y contaminación, y aumenta la capacidad de producir de las personas sanas. Otro factor en el que incide la infraestructura es la generación de empleo productivo, calificado y no calificado, en forma masiva e inmediata.

Otra ventaja de la infraestructura<sup>51</sup> radica en el nivel de competitividad de una actividad

---

<sup>50</sup> Cámara Guatemalteca de la Construcción. **Infraestructura, puente para el desarrollo**. Pág. 21

<sup>51</sup> **ibíd.** Pág. 54.



económica y de un país. La opinión del Foro Económico Mundial (World Economic Forum) en relación a la competitividad, señala que es la herramienta sostenible para participar en la economía global, e indica que para calificar la competitividad de un país, entre otros factores, se califica la calidad de su infraestructura. Por ejemplo, en relación a su competitividad e infraestructura, Suiza ocupa el primer lugar con 6.9 puntos sobre siete puntos. En Latinoamérica, Uruguay es el líder con 3.9 puntos para ocupar el puesto número 40 de 75 países calificados, seguidamente se encuentran Chile, Argentina, Brasil, y México. Guatemala tiene una puntuación de 2.7 y ocupa el puesto 63.

La inversión privada en infraestructura ha demostrado que es también un importante generador de recursos financieros para el fisco y que su promoción mejora los niveles de recaudación sin necesidad de aumentar las tasas impositivas.

### **5.3. Eficiencia y eficacia**

La eficiencia y eficacia son adjetivos de naturaleza cualitativa, ambos aplicables a los procesos logísticos o a cualquier área. Por la diversidad de criterios que algunos autores han empleado acerca de la eficiencia y eficacia, se es imprescindible determinar el significado que se ha tomado de ellos para relacionarlos con el presente estudio.



### 5.3.1. Eficiencia

Por eficiencia se entiende el uso racional de los medios con que se cuenta para alcanzar un objetivo predeterminado, para evitar dispendios o errores.

Así también, la eficiencia es la capacidad de alcanzar los objetivos y metas programados con el mínimo de recursos disponibles y tiempo. Logrando su optimización, con una respuesta creativa y precisa, y a su vez disminuyendo la incertidumbre.

En un sentido empresarial, la eficiencia es la reducción de costos y maximización de la productividad. En otras palabras consiste en realizar un trabajo o una actividad al menor costo posible y en el menor tiempo, sin desperdiciar recursos económicos, materiales y humanos.

Por analogía, la eficiencia aplicada a la concesión administrativa, será cuando se dé cabal cumplimiento a los principios de juridicidad y legalidad en los actos administrativos, desde el desarrollo del procedimiento de licitación, suscripción del contrato, y cumplimiento del mismo hasta la finalización de la concesión administrativa. Disponiéndose con los recursos humanos, materiales y financieros adecuados para el desarrollo de todas aquellas actividades necesarias dentro de la concesión administrativa, tomando en consideración los principios y características de este contrato, brindando certeza y seguridad jurídica tanto como para el concedente como para el concesionario, todo dentro del plazo fijado en el contrato.



### **5.3.2. Eficacia**

La eficacia se refiere a qué tan bien funcionan los servicios y cómo afectan al usuario, la eficacia tiene que ver con resultados y está relacionada con lograr los objetivos, a diferencia de la eficiencia que se enfoca a la mejor utilización de recursos disponibles.

Eficacia es la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera.

Por analogía aplicada a la concesión administrativa, eficacia se referirá entonces a la obtención o cumplimiento del contrato de la concesión administrativa, a la buena prestación de los servicios públicos y la alta calidad en las obras de infraestructura, tomando en consideración la cantidad de usuarios o consumidores y la tarifa estipulada en relación a los usuarios, plazo de la concesión, utilidades del concesionario y del Estado.

## **5.4. Del trabajo de campo**

### **5.4.1. Técnica de investigación**

Para el desarrollo del trabajo de campo, se utilizó la técnica de entrevista de pregunta abierta, en dicho formulario de entrevista, se consignaron temas como la problemática de las concesiones administrativas, propuestas para su eficiencia y eficacia; y conveniencia en la creación de un órgano administrativo. Con el objeto de recabar información y comprobación de hipótesis.



#### **5.4.2. Grupo objetivo**

El grupo para el cual se diseñó la entrevista, está integrado por 15 personas y conformado por consultores y profesionales de las ramas de administración de empresas, ingeniería civil, ingeniería forestal, arquitectura, economía, abogacía y notariado; de la administración pública y del sector empresarial.

#### **5.4.3. Determinación de la conveniencia. Resultados**

De la totalidad de entrevistados, el 100% opina favorablemente sobre la creación de un órgano administrativo para el control de la eficiencia y eficacia de la concesión administrativa. De los cuales 12 determinan como muy conveniente dicha creación y tres de los entrevistados, opina que es medianamente conveniente. Esta conveniencia se estableció en un rango de: nada conveniente, poco conveniente, medianamente conveniente y muy conveniente.

De los 15 entrevistados, 13 opinan que el órgano administrativo debe encargarse únicamente de la infraestructura de transporte (carreteras, ferrocarriles, puertos y aeropuertos). Y dos opinan que debe encargarse de todo tipo de infraestructura y de servicios públicos.

En opinión de 13 entrevistados, consideran que la forma de organización administrativa del órgano administrativo que controle la eficiencia y eficacia de la concesión administrativa, debe ser descentralizada. Uno opina que debe ser un órgano



desconcentrado, adscrito al Ministerio de Comunicaciones, Infraestructura y Vivienda.

## **5.5. Problemática de la concesión administrativa**

La concesión administrativa es un instrumento o un medio adecuado para el desarrollo social de un país, en especial como el caso de Guatemala. Ya que debido a las características y principios que rigen este contrato, permite al Estado prestar servicios públicos y obras de infraestructura necesarias para la realización del bien común, pudiendo de esta manera contar con servicios públicos e infraestructura no planificada o planificada pero no ejecutada, que por imposibilidad presupuestaria no se pueden satisfacer; asimismo se permitiría contar con más recursos para satisfacer otras necesidades consideradas prioritarias, como lo son la salud, educación, seguridad y justicia. Sin embargo, para determinar una propuesta sobre la eficiencia y eficacia de la concesión administrativa, es necesario describir una serie de inconvenientes en que se ha visto envuelto el contrato de concesión administrativa.

Dichos problemas fueron identificados mediante la investigación documental y también por la opinión obtenida de las personas entrevistadas. Los cuales se detallan a continuación:

Se evidencia la falta de un ente coordinador y comunicador de las actividades dirigidas dentro de la concesión administrativa. Existe falta de coordinación entre los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, coordinación que se percibe muy difícil y poco



transparente.

La inexistencia de un inventario de servicios públicos e infraestructura que describa la cantidad de éstos, así como su estado actual y lo más importante un indicador del déficit de infraestructura a nivel nacional, regional, departamental y municipal. Ya que con el apoyo de un inventario técnico, económico y social se podrá planificar y priorizar los servicios públicos e infraestructura necesaria para el desarrollo social. Ya que se han dado casos de inversión en infraestructura que se han ejecutado más de una vez o se han hecho obras que no responde a las necesidades de la población. Es decir que existe un desorden en la priorización de necesidades que llevan a un desarrollo social.

En la tercera encuesta realizada por la Asociación de Investigación y Estudios Sociales a propietarios o gerentes de 106 empresas asociadas a la Cámara Guatemalteca de la Construcción, se tiene como resultado de la misma, la problemática originada del proceso de licitación pública; en la que el 37% de los entrevistados responde que hay poca o nada transparencia en el proceso de licitación, el 26% considera el proceso de licitación más o menos transparente y tan solo un 17% considera que tiene transparencia. El principal problema a que se refirieron del procedimiento de licitación pública es la poca transparencia en la etapa de adjudicación. En la historia reciente guatemalteca, se ve reflejado el problema relacionado con la etapa de adjudicación, la poca o ninguna transparencia, e incluso la no utilización del procedimiento administrativo, ya que algunas concesiones han sido otorgadas por razones de favoritismo. En donde se evidencia la no utilización de causas de impedimento y recusación entre el concedente y concesionario.



Otro problema que perjudica a la concesión administrativa, es la falta de una normativa legal y que la misma sea especial para este tipo de contrato. La Ley de Contrataciones del Estado Decreto número 57-92 del Congreso de la República de Guatemala. Establece las disposiciones generales que posibilitarían concesiones de carreteras, ferrocarriles, puertos y aeropuertos.

A pesar de ello, se han utilizado instrumentos distintos para concesiones particulares: el Código Civil fue utilizado para el caso del usufructo oneroso (Fegua y Puerto Barrios); y la Ley de Aeronáutica Civil puede ser utilizado para la concesión de los aeropuertos. Estos instrumentos carecen de algunas características básicas que los marcos legales utilizados internacionalmente establecen en materia de concesión administrativa. La falta de regulación de las características y principios fundamentales de estos contratos origina falta de confianza de los sectores sociales, así como incertidumbre jurídica, tanto para el Estado como para el sector privado.

A la falta de regulación legal de concesiones administrativas, se adicionan los miedos y opiniones encontradas, que oscilan en que la concesión administrativa de servicios públicos y obras de infraestructura es igual a la privatización o que menoscaba la soberanía de la nación.

Otro problema que se evidencia, consiste en la imposibilidad del Estado de proyectar y crear concesiones públicas debido a su burocracia, lentitud en la toma de decisiones y rigidez en la administración pública, así como incapacidad de observar los beneficios reales de las concesiones públicas.



Dentro de las observaciones que se presentan en la concesión administrativa, es al momento de finalización del contrato, pues el hecho mismo del término de éste resta motivación al concesionario, por lo que puede generar una baja en la calidad del servicio prestado.

Una situación que se presenta en las concesiones administrativas es la relacionada a las tarifas que cobra el contratista para recuperar su inversión. La elevación de las mismas puede contemplarse desde el procedimiento de licitación, en la adjudicación, la cual debe hacerse pública y transparente, regida por los criterios de calificación a utilizar, para que con los oferentes participantes se determine la exactitud de las pretensiones de las tarifas correspondientes a cada uno. En la historia reciente se ha demostrado que algunas concesiones fueron tergiversadas por el favoritismo, de modo tal que el precio por cobrar también lo ha sido. Por lo que debe mejorarse el criterio del precio en la etapa de calificación, para poder obtener una mejor adjudicación. El control sobre concesiones administrativas debe ser permanente y rígido, ya que de lo contrario existiría la violación al interés público, evidencia es que el modelo actual de infraestructura pública carece de legitimidad, pues el mismo no se basa en el bien común como deber ser del fin del Estado, sino que ha sido una planificación privilegiada para algún sector.

La concesión de servicios públicos y obras de infraestructura es un contrato que permite al sector privado hacer inversiones importantes en infraestructura, los oferentes realizan inversiones previas a la adjudicación, que tienen que ver con el otorgamiento de garantías y con los gastos del proceso. Una vez hecha la adjudicación, mediante el



procedimiento administrativo correspondiente, el concesionario inicia un proceso de ingeniería financiera, con el fin de obtener los fondos de capital requeridos para la inversión. El régimen de concesiones en Guatemala le impone un peso muy grande, al requerir para la perfección del contrato la consideración y eventual aprobación por parte del Congreso de la República, que es un cuerpo político por naturaleza. Es éste un desincentivo que posee el régimen de concesiones para atraer inversiones privadas en infraestructura, en un entorno de alta competencia por los recursos en los mercados internacionales. Además que cualquier modificación a la concesión administrativa también deberá ser considerada y aprobada por el Congreso de la República.

Es importante considerar que en la legislación actual, se encuentra fragmentada y no existe una regulación especial. Además la iniciativa privada se encuentra limitada para proponer la construcción y operación de la obra pública. Normalmente los empresarios e inversionistas privados cuentan con mayor y mejor información que el sector público en cuanto a las oportunidades comerciales y económicas de un proyecto. Las legislaciones modernas incluyen la facultad del sector privado de proponer las construcciones de obras nuevas.

La falta de un órgano técnico-asesor, ya que cuando se emprenden concesiones administrativas de gran magnitud, el Estado se ve en la necesidad de contratar servicios de asesoría internacional para la celebración de concesiones administrativas, ya que no se cuenta con el personal calificado, ni con el know how (saber cómo), siendo este un aspecto débil de la administración pública que puede generar una mala gestión de los recursos.



## **5.6. Propuesta para el control de la eficiencia y eficacia de la concesión administrativa**

Planteada la importancia de la infraestructura y la iniciativa por parte del sector privado como estrategia del desarrollo económico y social; y la concesión administrativa como instrumento de provisión de infraestructura, se formulan las siguientes propuestas para el mejoramiento, seguimiento y control de la eficiencia y eficacia de las concesiones administrativas, que incluyen la creación de un órgano administrativo encargado de dichas actividades.

La publicidad del proceso de licitación. Es necesaria en la etapa de calificación y adjudicación, porque en la medida que sea más público las razones y análisis de los criterios de calificación que llevaron a la adjudicación, los administrados van a tener más claras las particularidades del proceso y tendrán confiabilidad en la concesión administrativa. En algunos países se televisa la apertura de ofertas. Con publicidad del procedimiento licitatorio, eliminación de favoritismos y contratación de personal honesto, se obtendrá transparencia para el acto.

La obligatoriedad del manejo de concesiones administrativas de servicios públicos e infraestructura con la posibilidad de participación de inversiones extranjeras, mediante licitación pública internacional.

El establecimiento de criterios de calificación que permitan flexibilidad para los oferentes para poder establecer competencia en materia de tarifas, sin perjudicar el



interés de prestar un buen servicio público y la respectiva contribución (canon) al Estado.

Establecer las causas de rescisión, sin llegar a aquellas que desincentiven al inversionista por existir mayores riesgos en la concesión administrativa.

Establecer un régimen de sanciones para la supervisión de los contratos. Dejando a la revocación como una sanción muy grave. Determinar los actos anulables susceptibles de subsanación. Así como la limitación de las causas de extinción de la concesión administrativa.

Ampliación o prórroga de los plazos por caso fortuito o fuerza mayor; o por actos de la administración pública.

Es necesario que el Estado asuma un rol de planificador y regulador, dejando al sector privado la inversión y operación.

La sanción y promulgación de una ley de concesiones administrativas, para que en un solo cuerpo legal, se regulen los principios y características de estos contratos, así como todo lo relacionado a ellos. Esto evitaría la simulación de concesiones administrativas con otras figuras jurídicas que carecen de las características y principios básicos.

Los temas que puede contener una ley de concesiones administrativas son:



Disposiciones generales. En donde se regulen principios, características, bienes y servicios que pueden ser objeto de concesión, y limitaciones de cláusulas exorbitantes.

Facultades, obligaciones y derechos. En donde se establezca la fijación de tarifas, continuidad del servicio público, ganancias y canon para el Estado, derechos de los concesionarios, obligaciones de los concesionarios, derechos de los usuarios, denuncias y quejas, expropiación, sanciones, derecho de defensa del concesionario y resolución de controversias.

Finalización de la concesión administrativa. Revocación, intervención, rescate, indemnización y reversión de los bienes al vencimiento del plazo. Prórrogas.

Institución encargada del monitoreo, supervisión y acciones sobre la concesión administrativa.

Los resultados del trabajo de campo arrojan, que el 100% de los entrevistados determina que es conveniente la creación e institucionalización de un órgano administrativo, con competencia especial para el control y supervisión de las concesiones administrativas para infraestructura de transporte. Salvo los casos de infraestructura de vivienda, educación, salud, recreación, cultura, deporte y justicia, en donde no es conveniente esta creación, porque según los resultados se estarían aumentando órganos centralizados, elevando burocracia; y se restarían funciones a las demás instituciones públicas.



Es conveniente la creación de dicha entidad por diversas razones que son las siguientes:

Con el objeto de estructurar y administrar proyectos de infraestructura de transporte que se desarrollen mediante alguna forma de vinculación de capital privado, con el propósito de adecuar en una única institución todos los procesos de estructuración, contratación y administración de obras de infraestructura a nivel nacional, para facilitar la aplicación de mejores prácticas y lecciones aprendidas; debido a su capacidad técnica, legal y administrativa de las cuales estaría investida.

El fortalecimiento de la administración pública para el monitoreo y supervisión del desarrollo de provisión de infraestructura. Necesidad del fortalecimiento por la misma evolución de las concesiones administrativas.

Para la eficiente coordinación entre las distintas entidades públicas que participen en el desarrollo de infraestructura, así como medio de participación del sector privado, por ser este el inversionista de infraestructura.

Porque mediante dicha institución se promocionaría la participación del sector privado en infraestructura. Debido a la reducida cantidad de concesiones administrativas en el sector de infraestructura de transporte, con el interés de elevar el nivel de competitividad del país.

Para la realización de la eficiencia y eficacia de la concesión administrativa, dando



cumplimiento a las características y principios propios de la concesión administrativa así como al cumplimiento del principio de juridicidad y legalidad del derecho administrativo.

Para lograr altos niveles en la infraestructura concesionada en términos de cobertura, economía, seguridad y comodidad.

Lograr la sostenibilidad y consolidación financiera de las concesiones.

Para consolidar en un registro los bienes susceptibles de concesión así como un inventario del estado de los bienes concesionados.

Velar por los intereses justos y equitativos del Estado y del concesionario.

Para ser un ente dispensador con la Contraloría General de Cuentas en la fiscalización de la probidad del concesionario.

Para orientar a las concesiones administrativas a la realización del bien común. Sin perjuicio de los intereses del sector privado, pero siempre con una fiscalización, contando con mecanismos flexibles y ágiles de modo que sea un proceso atractivo para el inversionista y de beneficio para la población.

Entre las funciones que se le pueden asignar a éste órgano administrativo se encuentran las siguientes:



Planear la ejecución de los proyectos con participación de capital privado en infraestructura.

Identificar y proponer iniciativas de vinculación del capital privado para el desarrollo de la infraestructura de transporte y de los servicios conexos o relacionados.

Unificar los procedimientos de evaluación, preparación de estudios, pliegos, negociación y en general la estructuración de concesiones.

Elaborar los estudios de viabilidad técnica, legal y financiera de los proyectos.

Elaborar los estudios requeridos para definir los peajes, tasas, tarifas, contribución de valorización en los proyectos a su cargo y otras modalidades de financiación a cobrar por el uso o para la construcción, mantenimiento o rehabilitación de la infraestructura.

Coordinar la obtención de licencias y permisos, la negociación y la adquisición de predios y la realización de las gestiones requeridas para el desarrollo de la concesión administrativa.

Ejecutar las actividades requeridas para la promoción de los proyectos entre los inversionistas nacionales o extranjeros.

Supervisar, evaluar y controlar el cumplimiento de la normativa técnica de las concesiones administrativas.





## CONCLUSIONES

1. La concesión administrativa es una institución distinta a la privatización, en la que el Estado permanece como titular de los bienes. En la privatización, se da en propiedad bienes de dominio público a los particulares. A través de la concesión administrativa se incentiva la inversión privada a cambio que esta recupere su inversión mediante la ganancia a través de tasas, peajes, etcétera.
2. El Estado recupera el bien mediante la reversión; es decir que se cuenta con nuevos servicios públicos y obras de infraestructura, el Estado cree un órgano administrativo para el control de la eficiencia y eficacia de la concesión administrativa.
3. El Estado sancione y promulgue una ley de concesiones, en donde se regulen las características y principios de las concesiones administrativas; derechos y obligaciones del concedente y concesionario; causas de revocación; formas de finalización, régimen sancionatorio y plazos de la concesión.
4. Que el Estado cambie su rol, dejando de ser un Estado paternalista para configurarse en un Estado controlador y regulador, trasladando la inversión y operación al sector privado.





## RECOMENDACIONES

1. Que mediante la concesión administrativa, es el sector privado quien realiza la inversión en infraestructura y corre el riesgo de la misma; y el Estado libera sus recursos para orientarlos a satisfacer necesidades sociales de gran demanda.
2. Que mediante el adecuado otorgamiento de concesiones administrativas se coadyuva a la realización del bien común. Dando un legítimo cumplimiento al fin del Estado. Que el Estado establezca límites a las facultades o poderes exorbitantes de la concesión administrativa, en el sentido de no provocar riesgos al inversionista.
3. La Competencia que se refiera a determinar qué bienes y servicios son susceptibles de concesión; para que se promocióne la inversión privada en concesiones administrativas; para verificar el estricto cumplimiento del contrato administrativo y cumplimiento de las características y principios de la concesión administrativa; Así como para garantizar la transparencia en todos los actos y hechos administrativos relacionados con la concesión administrativa y que la promoción de concesiones administrativas y el adecuado control de su eficiencia y eficacia por parte de un órgano administrativo especial, se proveerá de infraestructura necesaria para elevar el nivel de competitividad del país. Competitividad que tiene efecto en el crecimiento económico.
4. Que mediante el sector privado, la industria y banca en Guatemala se generen políticas de inversión privada, a manera que el Estado a través de sus instituciones sea un ente controlador o regulador de la actividad económica de gestión de

contratos o concesiones fomentando la inversión extranjera en la industria nacional más allá de la gestión o promoción del contrato o concesión.



## BIBLIOGRAFÍA

- ARAUJO JUÁREZ, José. **Contratos de gestión de servicios públicos: régimen jurídico y modalidades**. Ed. San Carlos Año 2002.
- Asociación de Investigación y Estudios Sociales. **Debate por posibilidad de conceder a empresas privadas la ejecución de obras y servicios públicos, aún no concluye**. Guatemala: (s.e.), 2005.
- BADELL MADRID, Rafael. **Régimen de las concesiones administrativas**. Especial referencia a los estados y municipios. 27 de agosto de 2004. <http://www.badellgrau.com/conferenciarafaell.html>. (19/mayo de 2006).
- BARRIENTOS ARAYA, Jeann Carlo. **El proceso de contratación administrativa y sus principios rectores, como mandato constitucional al legislador**. Revistas de ciencias administrativas y financieras de la seguridad social. San José, Costa Rica. Vol. 9, No. 1 (junio 2001).
- BERCAITZ, Miguel Ángel. **Teoría general de los contratos administrativos**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1980.
- BON, Pierre. **El régimen de las concesiones administrativas**. Caracas, Venezuela: Ed. Funeda, 1996.
- BULL, Alberto. **Concesiones viales en América Latina; situación actual y perspectivas**. Santiago de Chile, Chile: Ed. Naciones Unidas, 2004.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. 4t.; 9a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1976.
- CALDERÓN MORALES, Hugo H. **Derecho administrativo I**. 7a. ed.; Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 2004.
- CALDERÓN MORALES, Hugo H. **Derecho administrativo II**. 2a. ed.; Guatemala: Ed. Edigital, 2000.
- Cámara Guatemalteca de la Construcción. III **Encuesta al sector construcción**. Págs. 1-19. Revista Construcción. Guatemala. Año 6, No. 79, (junio 2004).
- Cámara Guatemalteca de la Construcción. **Impacto de la infraestructura en el desarrollo de las comunidades**. Revista Construcción. Guatemala. Año 5, No. 49, (junio 2001).
- Cámara Guatemalteca de la Construcción. **Infraestructura, puente para el desarrollo**. Revista Construcción. Guatemala. Año 6, No. 70, (junio 2003).



- CIAFONE, Antonio. **L' apalto di opere pubbliche**. Obra electrónica. 2002.
- COSCULLUELA MONTANER, Luis. **Manual de derecho administrativo**. Madrid, España: Ed. Civitas, 1993.
- DE GRAZIA, Carmelo. **Poderes exorbitantes del ente público en los contratos de concesión de obras o servicios públicos**. (s.f.). [http://www. badellgrau.com /Poderesexorbitantes.htm](http://www.badellgrau.com/Poderesexorbitantes.htm). (25 de enero de 2014).
- DELPIAZZO, Carlos E. **Manual de contratación administrativa**. Montevideo, Uruguay: Ed. Universidad, 1996.
- DIEZ, Manuel María. **Derecho administrativo**. 3t.; 2a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Plus Ultra, 1976.
- DROMI, José Roberto. **Contratos administrativos**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astera, 1988.
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. **Las obras públicas**. Ministerio de Comunicaciones, Infraestructura y Vivienda. Informe 2010.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. **Introducción al Derecho**. Heliasta año 2001.
- GARRIDO FALLA, Fernando. **Tratado de derecho administrativo**. 2t.; Madrid, España: Ed. Tecnos, 1992.
- GIANNINI, M.S. **Diritto pubblico dell economia**. Obra electrónica. 2002.
- GRAU, María Amparo. «Extinción de las concesiones». 23 de junio de 2000. [http:// www.badellgrau.com/opiextincion.html](http://www.badellgrau.com/opiextincion.html). (25 de enero de 2006).
- IVNISKY, Marina. **Derecho administrativo y estado**. (s.f.). <http://www.monografias.com/trabajos4/deradmi/deradmi.shtml#top>. (24 de enero de 2014).
- LARES MARTÍNEZ, Eloy. **El contrato de obra pública. En régimen jurídico de los contratos administrativos**.
- LEON DIGUIT, Pierre Marie. **Soberanía y libertad**. Editores Asociados. EEUU 2001.
- LIRA UBIDIA, Celia. **Los contratos públicos**. (s.f.). [http://www.gestiopolis.com /recursos /documentos/fulldocs/eco1/contrapublico.htm](http://www.gestiopolis.com/recursos/documentos/fulldocs/eco1/contrapublico.htm). (24 mayo 2014).
- MARIENHOFF, Miguel. **Tratado de derecho administrativo**. 2t.; Buenos Aires,



Argentina: Ed. Abeledo Perrot, 1982.  
MINISTERIO DE JUSTICIA ESPAÑOLA. **Los contratos en la administración Pública.**  
Revista de justicia de España. Ministerio de Justicia Española Año 2002.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. **Servicios públicos y mercados.** TOMO i ed. 1998.

NIZARD, Lucien. **Noción de servicios públicos y representaciones sociales.** 2008.

ORESTE, Raneletti. **Principios de derecho administrativo,** ed. España. 1998.

PARADA, Ramón. **Derecho administrativo.** 2t.; 8a. ed.; Madrid, España: Ed. Marcial Pons, 1996.

SANZ ALONSO, Pedro. **Comunidad autónoma de la Rioja.**  
<http://www.boe.es/boe/dias/2005/11/11/pdfs/A36885-36919.pdf>. (16 de mayo de 2014).

TORRES CÓRDOVA, Héctor Ramón. **Teoría general del contrato administrativo.**  
<http://www.monografias.com/trabajos16/contrato-administrativo/contratoadministrativo.shtml>. (23 de mayo de 2006).

UMAÑA, Mario. **Marco legal para las concesiones en Guatemala.** 13 de octubre de 1998. <http://www.oas.org/CIP/esp/Reuniones%20CIP/CostaRica01/infcostarica.htm>. (8 de junio de 2014).

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA. **Teoría general del derecho.** Documento Electrónico Publicado en el website de publicaciones oficiales de Madrid. España. Consultado el 8 de abril de 2014.

VERBARI. **La dichiarazione di pubblico/interesse.** Obra electrónica 2002.

VILLAR PALASÍ, José Luis y José Luis, Villar Ezcurra. **Principios de derecho administrativo.** 3t.; Madrid, España: Ed. Universidad Complutense, 1983.

WALINE, Marcel. Droit Administratif. **Obras selectas de derecho público.** Helliasta. Año 2009.

## Legislación

**Constitución Política de la República de Guatemala.** Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

**Código Civil.** Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, 1964.



**Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano**, aprobada por la Asamblea Nacional Francesa el 26 de agosto de 1789

**Ley de Contrataciones del Estado**. Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 57-92, 1992.

**Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado**. El Presidente de la República en Consejo de Ministros, Acuerdo Gubernativo Número 1056-92, 1992.