

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

**LA NECESIDAD DE ESTABLECER EL PROCEDIMIENTO PARA DECLARAR UN
CONTRATO LESIVO PARA LAS ENTIDADES AUTÓNOMAS.**

FALLO MARLENI LÓPEZ SALGUERO

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2015

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

**LA NECESIDAD DE ESTABLECER EL PROCEDIMIENTO PARA DECLARAR UN
CONTRATO LESIVO PARA LAS ENTIDADES AUTÓNOMAS**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

FALLOW MARLENI LÓPEZ SALGUERO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, noviembre 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

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Gerardo Prado
Vocal: Licda. Bélgica Anabella Deras Román
Secretaria: Licda. Irma Leticia Mejicanos Jol

Segunda Fase:

Presidente: Licda. Adela Lorena Pineda Herrera
Vocal: Lic. Juan Carlos López Pacheco
Secretario: Lic. Héctor René Granados Figueroa

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, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 11 de marzo de 2015.

Atentamente pase al (a) Profesional, JAIME ROLANDO MONTEALEGRE SANTOS
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
FALLOW MARLENI LÓPEZ SALGUERO con carné 200619769
 intitulado LA NECESIDAD DE ESTABLECER EL PROCEDIMIENTO PARA DECLARAR UN CONTRATO LESIVO
PARA LAS ENTIDADES AUTÓNOMAS.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación. en este debe hacer constar 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, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

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

Fecha de recepción 13 / 03 / 2015



Licenciado
 Jaime Rolando Montealegre Santos
 Abogado y Notario

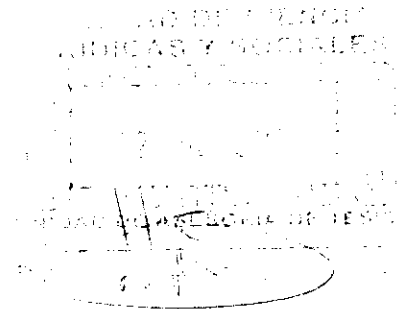




LIC. JAIME ROLANDO MONTEALEGRE SANTOS
Abogado y Notario. Col 4713
5ª. Ave. 14-62 zona 1, Oficina 307. Comercial Esmol
Teléfono. 54066223

02 de julio de 2015

Doctor:
Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente.



Respetable Doctor.

De conformidad con el nombramiento emitido con fecha once de marzo del año dos mil quince, en el cual se me nombra para realizar las modificaciones de forma y de fondo en el trabajo de investigación como Asesor de Tesis de la Bachiller **FALLOW MARLENI LÓPEZ SALGUERO**, me dirijo a usted haciendo referencia que la bachiller no es pariente de mi persona dentro de los grados de ley u otras circunstancias pertinentes y a la misma con el objeto de informar mi labor y se establece lo siguiente:

Para una mejor gramática y comprensión, se modificó el nombre de la presente investigación, quedando de la siguiente manera: **“LA NECESIDAD DE ESTABLECER EL PROCEDIMIENTO PARA DECLARAR UN CONTRATO LESIVO PARA LAS ENTIDADES AUTÓNOMAS”**

- 1) Al realizar el asesoramiento, sugerí correcciones que en su momento consideré necesarias para mejorar la comprensión del tema desarrollado, las cuales en su momento se corrigieron, para contar con un trabajo con orden lógico, cumpliendo con los requisitos legales de la unidad de tesis requiere.
1. Del contenido científico y técnico de la tesis puedo indicar que la sustentante abarcó tópicos de importancia en materia administrativa al establecer la necesidad de establecer un procedimiento en relación a los contratos lesivos para el Estado por parte de instituciones autónomas;
2. La metodología y técnicas de la investigación: Para el efecto se tiene como base el método analítico, sintético, deductivo e inductivo y científico. Dentro de las técnicas de investigación se encuentran inmersas en el trabajo las siguientes: la documental y bibliográfica, para recopilar y seleccionar adecuadamente el material de estudio, ya que a través de las cuales se estudió el fenómeno investigado y culminó con la



LIC. JAIME ROLANDO MONTEALEGRE SANTOS
Abogado y Notario. Col 4713

5ª. Ave. 14-62 zona 1, Oficina 307. Comercial Esmol
Teléfono. 54066223

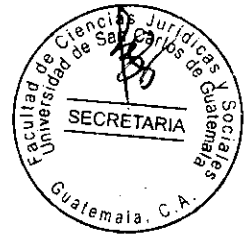
comprobación de la hipótesis planteada estableciendo los objetivos generales y específicos con el objeto de establecer doctrinariamente y jurídicamente como resolver ese problema en la práctica y legal;

3. La redacción: La estructura formal de la tesis está compuesta de cuatro capítulos, se realizó en una secuencia ideal empezando con temas como el Estado, continuando con los contratos y los contratos administrativos, posteriormente, la administración pública, para finalizar con la institución autónoma, centralizada y descentralizada y el procedimiento para declarar un contrato lesivo para las entidades autónomas, temas que llevan al lector poco a poco al desarrollo del tema central para el buen entendimiento del mismo que ha cumplido con todos los procedimientos del método científico;
 4. Conclusión Discursiva: Las mismas obedecen a una realidad social y jurídica. Conclusión que indica que la Ley de lo Contencioso Administrativo, en el Artículo veinte es muy general y específica con claridad cuál es el procedimiento por el se debe establecer la lesividad de un contrato de una institución autónoma con el Estado, de manera que al no establecer un procedimiento adecuado la lesividad de los contratos con el estado y las instituciones autónomas, no son requeridas y mucho menos recompensadas o resarcidas, de manera que al reformar el Artículo antes citado, no se dejaría brecha para omitir y dejar la obligación adquirida con el Estado de estas entidades autónomas. A demás se comprobó que la bibliografía fuera la correcta y presentación final del presente trabajo.
- II) En conclusión y atendiendo a lo indicado en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, informo a usted, que **APRUEBO** ampliamente la investigación realizada, por lo que, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, ya que considero el tema un importante aporte.

LIC. JAIME ROLANDO MONTEALEGRE SANTOS
Abogado y Notario. Col 4713



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala. 09 de octubre de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante FALLOW MARLENI LÓPEZ SALGUERO, titulado LA NECESIDAD DE ESTABLECER EL PROCEDIMIENTO PARA DECLARAR UN CONTRATO LESIVO PARA LAS ENTIDADES AUTÓNOMAS. 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. ANITA ARTIZ ORLANDA
 DECANO



DEDICATORIA

- A DIOS:** Por su gran amor y fidelidad hacia mi vida. Por la sabiduría que me ha brindado durante el trayecto de este sueño.
- A MIS PADRES:** Marleni Salguero y Jairo López, los amo y con profundo agradecimiento, por la educación plasmada en mi persona; les dedico mi recompensa con este triunfo, anhelado, con mis esfuerzos y sacrificios, mil gracias por todo su apoyo y por esperar pacientemente este momento tan esperado y que Dios los bendiga.
- A MIS HERMANOS:** Jairo Francisco y Leonel Fernando, de apellidos López Salguero gracias por el apoyo y amor brindado durante todo este tiempo, los amo y cada uno sabe lo importante que para mí es este triunfo.
- A MIS ABUELITOS:** Por sus oraciones y su apoyo incondicional y que siempre me han dado ánimo de continuar con lucha y sacrificio colocando siempre a Dios en primer lugar.
- A MIS TIOS:** Gracias por su cariño, consejos y apoyo incondicional.
- A MIS PRIMOS:** Por su apoyo, ejemplo y cariño hacia mi persona.
- A MIS AMIGAS:** Por su apoyo incondicional y por estar siempre presente cuando más las he necesitado.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la tridentaria Universidad de San Carlos de Guatemala. Por brindarme los conocimientos que hoy me convierten en una profesional y donde me fue dado el pan del saber.

A:

Universidad de San Carlos de Guatemala, alma que albergó durante todo este tiempo mis sueños de estudiante y superación, gracias por haberme permitido el honor de forjarme en sus gloriosas aulas.

PRESENTACIÓN

Esta investigación se realizó utilizando el método cualitativo, para poder observar la falta de un procedimiento para declarar un contrato lesivo de una entidad autónoma. Este trabajo, trata acerca de la falta de un procedimiento y se establece al percatarme del vacío legal en materia administrativa que existe en la administración pública en relación al Artículo 20 de la Ley de lo Contencioso Administrativo del Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala, al establecer el procedimiento para declarar un contrato lesivo de las entidades del Estado y no estableciendo así cuál sería el procedimiento para declarar la lesividad de los contratos en entidades autónomas.

Este estudio se realizó en un espacio territorial del departamento de Guatemala, por ser el departamento idóneo para realizarse dicha investigación, y por ser el territorio donde se encuentra la mayoría de entidades autónomas del país con un período de tiempo de cinco años, comprendidos del año dos mil diez al año dos mil catorce, tiempo suficiente que se utilizó para poder recolectar la información necesaria y de esa manera para el presente informe de investigación.

El objeto de esta tesis fue establecer los elementos legales y jurídicos que determinan la necesidad de establecer el procedimiento de un contrato lesivo cuando la entidad sea autónoma.

HIPÓTESIS

La regulación de un procedimiento para la declaratoria de lesividad de los contratos administrativos de las entidades autónomas evitaría malas prácticas en las contrataciones que realizan dichas entidades.

La hipótesis operativa de esta investigación sirvió para comprobar que al reformar el Artículo veinte de la Ley de lo Contencioso Administrativo del Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala, en el cual no se establece el procedimiento que se debe de realizar para la declaración de un contrato lesivo con entidades autónomas, ya que únicamente se establece que es el presidente de la República el que debe realizar la declaración de lesividad en un plazo establecido.

En el caso de entidades autónomas no se podría seguir el mismo procedimiento ya que al realizarlo, éstas perderían su autonomía.

COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

El método de comprobación utilizado en esta investigación fue el método deductivo, tomando como premisa universal, un contrato lesivo para las entidades autónomas, como fin principal establecer la necesidad de establecer el procedimiento para declarar un contrato lesivo para las entidades autónomas, la premisa menor, al establecer que la forma de declarar un contrato lesivo de una entidad autónoma, para establecer el procedimiento adecuado para la declaración de lesividad.

La hipótesis planteada fue validada al ser afirmada con la información y el análisis del trabajo final de la investigación, llegando a la conclusión discursiva de la necesidad de reglamentar el procedimiento para la declaración de lesividad de los contratos administrativos que realizan las instituciones autónomas, es necesaria para dar certeza jurídica en los contratos que entidades autónomas realicen.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. El Estado.....	1
1.1. Definición.....	2
1.2. Características.....	3
1.3. Organización	3
1.4. Fundamento legal del Estado	6
1.5. Fines del Estado.....	7
1.6. Tipos de Estados.....	11

CAPÍTULO II

2. Los contratos y los contratos administrativos	15
2.1. Definición de contrato	18
2.2. Elementos del contrato	18
2.3. Definición de contratos administrativos.....	25
2.4. Características de los contratos administrativos	27
2.5. Elementos del contrato administrativo	28
2.5.1. Sujetos.....	28
2.5.2. Voluntad.....	29
2.6. Formalidades del contrato administrativo.....	29
2.6.1. La causa	29
2.6.2. La finalidad	30
2.6.3. La forma.....	30
2.7. Diversos sistemas de contratación administrativa.....	30
2.7.1. Contratación directa.....	31

	Pág.
2.7.2. Contratación indirecta	31
2.8. Clases de contratos administrativos	31
2.8.1. Contrato de obra pública	31
2.8.2. Contrato de suministro	32
2.8.3. Contrato de concesión de servicios públicos.....	32

CAPÍTULO III

3. La administración pública en Guatemala.....	33
3.1. La administración pública	34
3.2. Principios de la administración pública	35
3.2.1. El principio de legalidad	36
3.2.2. El principio de juridicidad	37
3.3. Elementos de la administración pública	38
3.3.1. La actividad.....	38
3.3.2. El órgano administrativo.....	38
3.3.3. La finalidad	39
3.3.4. El medio.....	39
3.4. La organización de la administración pública.....	40
3.5. Clases de administración.....	40
3.5.1. De planificación.....	41
3.5.2. Ejecutiva	41
3.5.3. De control	41
3.5.4. De asesoría	42

CAPÍTULO IV

4. La autónoma, centralizada y descentralizada y el procedimiento para declarar un contrato lesivo para las entidades autónomas.....	45
4.1. Autónoma	45

	Pág.
4.2. Centralizada	46
4.3. Descentralizada	47
4.4. Problemática planteada	49
4.5. Actos administrativos	50
4.6. Definición de actos administrativos	50
4.7. Vicios	51
4.8. La inacción administrativa	51
4.9. El silencio administrativo	51
4.10. Clases de silencio administrativo	52
4.11. Definición de lesividad	54
4.12. Motivos por el cual surge la lesividad	54
4.13. Antecedentes	55
4.14. La lesividad en Guatemala	56
4.15. Contratos lesivos de entidades autónomas	57
4.16. Procedimiento para declarar un contrato lesivo por entidades autónomas	57
4.17. La obligatoriedad	59
4.18. Solución a la problemática	61
CONCLUSIÓN DISCURSIVA	63
BIBLIOGRAFÍA	65

INTRODUCCIÓN

La realización de contratos del Estado con entidades autónomas, son casos que se pueden observar en la actualidad y la falta de cumplimiento de los mismos por parte de entidades autónomas también se observan de varias maneras, por tal motivo la presente investigación de tesis abarca la necesidad de implementar un proceso específico para declarar un contrato lesivo para el Estado por parte de entidades autónomas, ya que no existe la forma de declarar lesivo un contrato suscrito por las entidades autónomas y el Estado, de manera que se pierden los fondos o recursos de los guatemaltecos, por no contar con claridad con un procedimiento específico en ningún ordenamiento legal guatemalteco.

La investigación de tesis, resulta por percatarme del vacío legal en materia administrativa que existe en la Administración Pública en relación al Artículo 20 de la Ley de lo Contencioso Administrativo del Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala, al establecer el procedimiento para declarar un contrato lesivo de las entidades del Estado, y no así a las entidades autónomas, por tal motivo lo viable es establecer un procedimiento adecuado para declarar la lesividad de los contratos del Estado para las entidades autónomas, para buscar el fortalecimiento para el derecho administrativo y establecer el procedimiento adecuado.

La hipótesis planteada fue validada al ser afirmada con la información y el análisis del trabajo final de la investigación, llegando a la conclusión de la necesidad de reglamentar el procedimiento para la declaración de lesividad de los contratos administrativos que realizan las instituciones autónomas, es necesaria para dar certeza jurídica en los contratos que entidades autónomas realicen en virtud de no existir ésta.

Derivado de lo anterior se cumplieron los objetivos esperados ya que es necesario un análisis para establecer la necesidad de reformar la Ley de lo Contencioso Administrativo para crear un procedimiento para declarar la lesividad de los contratos

administrativos realizados con entidades autónomas respetando la autonomía de dichas instituciones y así evitar los malos procedimientos que se puedan suscitar por no existir con claridad dicho procedimiento.

La tesis quedó contenida en cuatro capítulos de la siguiente forma: El capítulo uno contiene una explicación sobre el estado, sus características, organización, fines y tipos de estado, así como, su fundamento legal; en el capítulo dos contiene un análisis sobre los contratos y los contratos administrativos, su definición, sus características, elementos del contrato administrativo, formalidades, también contiene una breve explicación sobre los diversos sistemas de contratación administrativa y clases de contratos administrativos; en el capítulo tres se hace un breve análisis sobre la Administración Pública, los principios por los cuales se rige, los elementos que la integran, como se organiza y las clases de Administración Pública; el capítulo cuatro se refiere a las entidades autónomas, centralizadas, descentralizadas y por último se plantea una solución a la falta de procedimiento para la declaración de lesividad de los contratos administrativos para entidades autónomas.

La metodología de investigación consistió en el uso de los siguientes métodos: el deductivo tomando como premisa universal, un contrato lesivo para las entidades autónomas, como fin principal establecer la necesidad de establecer el procedimiento para declarar un contrato lesivo para las entidades autónomas, la premisa menor, al establecer la forma de declarar un contrato lesivo de una entidad autónoma; el analítico para estudiar la importancia de la declaración de lesividad de los contratos administrativos realizados por entidades autónomas; el sintético para elaborar el marco teórico que fundamenta este informe. Para la recolección del material que dio base al tema se utilizó la técnica bibliográfico documental.

Lo que se busca con la presente investigación es que se establezca un procedimiento administrativo en la Ley de Lo Contencioso Administrativo, para declarar la lesividad de un contrato para una entidad autónoma.

CAPÍTULO I

1. El Estado

Para determinar la esencia del estado es importante indicar que es una estructura de organización social y cuenta con personalidad jurídica independiente, por medio de la cual se realiza la organización de una comunidad de seres humanos que se encuentra asentada en un territorio específico a través de un ordenamiento jurídico que ha sido creado, estos son elementos esenciales del estado.

También se puede señalar que el estado es una institución social, política y jurídica, que está compuesta por elementos que le son indispensables para alcanzar sus fines y propósitos dentro de vida de la sociedad. Por lo cual cuenta con tres posiciones, las cuales son:

- La primera, la deontológica, que propone una idea del estado que se determina por los fines, las normas o los valores que debe realizar;
- La segunda, la sociológica, que trata de tipificarlo dentro de las formas de sociedad; y
- La tercera, jurídica, la cual lo concibe como un sistema de derecho que posee calidad especial.

Dentro de la postura deontológica se puede mencionar la definición de Maurice Hauriou, que establece que: "el estado es el régimen que adopta una nación mediante una centralización jurídica y política que se realiza por la acción de un poder político y de la idea de la república como conjunto de medios que se ponen en común para realizar el bien común".¹

1.1. Definición

Se define al estado como: "El estado, en sentido amplio, es un conglomerado social, político y jurídicamente constituido, asentado sobre un territorio determinado, sometido a una actividad que se ejerce a través de sus propios órganos y cuya soberanía es reconocida por otros estados."²

También se indica que: "El estado es una sociedad humana, asentada de manera permanente en el territorio que le corresponde, sujeta a un poder soberano que crea, define y aplica un orden jurídico que estructura la sociedad estatal para obtener el bien público temporal de sus componentes".³

En forma política se indica que el estado es: "La representación política de la colectividad nacional, para oponerlo entonces a la nación, en el sentido estricto o conjunto de personas con comunes caracteres históricos y

¹ Hauriou, Maurice. **Teoría del Estado**. Pág. 23.

² Prado, Gerardo. **Teoría del estado**. Pág. 22

³ Porrúa Pérez, Francisco. **Teoría del Estado**. Pág. 198.

sociales,regido por las mismas leyes y un sólo gobierno.”⁴

1.2. Características

Se debe de señalar que la característica del estado se indica como el conjunto de una sociedad multiétnica, pluricultural y multilingüe, asentada en un territorio libre, soberano e independiente, con un sistema político republicano, democrático y representativo, y un régimen jurídico basado en la supremacía constitucional que norma la vida en sociedad, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y libertades, teniendo como fin supremo el bien común.

1.3. Organización

El estado para su control, se debe de organizar de la siguiente manera:

Como primer elemento es la población, como género próximo de la definición; el Territorio, que sirve de asiento permanente a esa sociedad; como segundo el poder soberano, que se caracteriza por ser supremo en el seno de la misma sociedad; el tercer elemento, el orden jurídico, que es creado, definido y aplicado por el poder estatal y que estructura a la sociedad que está en su base; y el cuarto elemento el bien común, que consiste en la combinación del esfuerzo común para obtener el bien público temporal.

⁴ Cabanellas Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Pág. 219

Y se debe notar que los elementos que componen el estado tiene un espacio e importancia en la sociedad ya que sirven para una mejor organización estatal y así con ello lograr realizar el fin primordial del estado.

Es el conglomerado humano, compuesto por las personas individuales que ha nacido dentro del territorio del estado y las extranjeras, por razón de su domicilio vivan permanentemente dentro de él, a los que les unen por regla general, vínculos de idioma, raza, costumbres y tradiciones comunes.

La población, que es el conjunto de personas de las distintas formas de agrupación humana caracterizadas por distintos tipos de adscripción, que coincide o no con las características de la antropología física, costumbres y lenguaje.

También el territorio, que es el área geográfica dentro de la cual el estado ejerce su poder, su soberanía, la cual este está comprendido por el suelo emergido, el subsuelo, las aguas interiores, el espacio marítimo nacional, espacio aéreo que esta sobre las partes que anteceden y por una ficción jurídica, los barcos aeronaves los locales que ocupan las sedes de embajadas que el país tiene acreditadas en el extranjero.

El territorio, constituye el espacio físico en el cual se encuentran un grupo de personas siendo un factor de influencia sobre el grupo humano, ya que en él reside. Puede decirse que el territorio es el elemento geográfico dentro del

cual actúa una población, es el espacio dentro del cual se ejerce el poder estatal. En el caso de Guatemala, la Constitución Política de la República en el Artículo 142, literal al establecer: "el territorio nacional está integrado por su suelo, subsuelo, aguas interiores, el mar territorial en la extensión que fija la ley y el espacio aéreo que se extiende sobre los mismos".

El orden jurídico, que es el conjunto de normas positivas vigentes relacionadas entre sí y escalonadas o jerarquizadas que rigen en cada momento la vida y las instituciones de todas clases dentro de una nación determinada.

Como otro elemento, el orden jurídico es el conjunto de leyes que se aplican dentro de un estado determinado, es decir lo que una población puede hacer conforme a la ley o no puede hacer porque sería ilegal. Como se indica en el Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala; En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos.

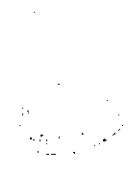
La persona, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí. "...el principio de igualdad, plasmado en el Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala impone que situaciones iguales sean tratadas normativamente de la misma forma;

pero para que el mismo rebase un significado puramente formal y sea realmente efectivo, se impone también que situaciones distintas sean tratadas desigualmente, conforme sus diferencias.

Se ha expresado en anteriores casos que este principio de igualdad hace una referencia a la universalidad de la ley, pero no prohíbe, ni se opone a dicho principio, el hecho que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de clasificar y diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso, siempre que tal diferencia tenga una justificación razonable de acuerdo al sistema de valores que la Constitución acoge...” y son todas las leyes vigentes dentro de un territorio las cuales son de observancia general para la población con el fin de mantener el bien común.

1.4. Fundamento legal del Estado

Uno de los principios principales de todo estudiante, es establecer el fundamento del estado y la Constitución Política de la República de Guatemala establece que: “Guatemala es un estado libre; independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades. Su sistema de gobierno es republicano, democrático y representativo.” De la misma manera el artículo 15 del Código Civil de Guatemala, establece: “. El Estado, las municipalidades, las iglesias de todos los cultos, La Universidad de San Carlos y las demás instituciones de derecho público creadas o reconocidas por la ley.



1.5. Fines del Estado

Como fin del estado: “En relación a este punto, dice Groppali, existen dos tendencias fundamentales: a) la que sostiene que el fin de todo estado es la conservación y el bienestar de los individuos; y b) la que afirma que el estado es el fin y los individuos son el medio”.⁵

La primera tendencia, sostiene que el fin de todo estado es la conservación y el bienestar de los individuos, estableciendo que el fin del estado es la conservación del bienestar de los individuos, lo que debe entenderse como el bien común de todos los habitantes dentro del estado; y la segunda tendencia afirma que el estado tiene como finalidad la conservación del estado mismo y que los individuos son un medio para su propia conservación.

Las corrientes contradictorias, ya que una presenta el bienestar de su población y la otra del medio ya que en la primera se da preeminencia al más importante de los elementos del estado, como lo es la sociedad y sus individuos, procurando el bienestar de cada uno de ellos por medio del objetivo de alcanzar el bien común, que significa el bien de todos y, en última instancia, el bienestar de cada uno de los habitantes dentro del estado. Un bien común que implica el bienestar general, el que siempre debe

⁵ *Ibíd.* Pág. 448.

anteponerse al bien individual, siendo éste el fin supremo del estado, su fin último, su causa o razón de ser.

Pero la segunda corriente es a extremo estatista; concibe al estado como un ente que tiene su causa y su razón de ser en sí mismo, da preeminencia a la institución del estado, considerando a la sociedad como un medio para la defensa del estado mismo, lo que puede entenderse dentro de esta óptica que la sociedad tiene que funcionar de tal manera que garantice y proteja al estado mismo; todo lo contrario si se compara con el espíritu jurídico, social y político de la otra doctrina, la cual reconoce que el estado, al cumplir su fin último que es el bien común sirve y protege a la sociedad y por ende a los individuos.

Se debe de considerar que el estado es funcional y participativo para servir a la sociedad; mientras que en la segunda doctrina, que podría calificarse de estatista, el estado y todos sus elementos funcionan para la sostenibilidad y defensa del estado mismo.

Desde los más básicos y elementales conocimientos del derecho, las recopilaciones jurídicas, códigos y demás normativas siempre han tenido como propósito normar y regular la vida de los individuos y con ello crear las condiciones básicas para la convivencia armónica de los habitantes de un país o de un determinado espacio territorial.

El preámbulo de la Constitución Política de la República de Guatemala afirma la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social; sin embargo, los Artículos 1 y 44 del mismo cuerpo legal establecen claramente que el fin supremo del Estado es la realización del bien común y que el interés social prevalece sobre el bien particular. Al respecto, la Corte de Constitucionalidad señala que: "Si bien [el preámbulo] pone énfasis en la primacía de la persona humana, esto no significa que esté inspirada en los principios del individualismo y que, por consiguiente, tienda a vedar la intervención estatal, en lo que considere que protege a la comunidad social y desarrolle los principios de seguridad y justicia a que se refiere el mismo preámbulo".⁶

Como ordenamiento jurídico la Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo número 1 establece que el fin primordial del Estado es la realización del bien común.

Como lo establece el Artículo 2 que en su acápite indica deberes del Estado. Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la república la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona "de conformidad con el Artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala el Estado de Guatemala tiene la obligación de garantizar la justicia a los habitantes de la república, debiendo este adoptar las medidas que estime pertinentes para hacerlo y según lo demandan sus necesidades y

⁶ Corte de Constitucionalidad, Gaceta No. 1, expediente No. 12, página No.3, sentencia: 17-09-86.

condiciones del momento. Lo anterior, genera el principio de seguridad jurídica, el que consiste en la confianza que tiene el ciudadano hacia el ordenamiento jurídico, dentro de un estado de Derecho”

“La finalidad del estado ha dependido de las condiciones históricas, económicas, políticas o sociales que hayan surgido a los seres humanos”.⁷

“En relación a este punto, dice Groppali, existen dos tendencias fundamentales: a) la que sostiene que el fin de todo estado es la conservación y el bienestar de los individuos; y b) la que afirma que el estado es el fin y los individuos son el medio”.⁸

Sin embargo, los Artículos antes citados y el Artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala, claramente que el fin supremo del estado es la realización del bien común y que el interés social prevalece sobre el bien particular. Al respecto, la Corte de Constitucionalidad señala que: “Si bien -el preámbulo- pone énfasis en la primacía de la persona humana, esto no significa que esté inspirada en los principios del individualismo y que, por consiguiente, tienda a vedar la intervención estatal, en lo que considere que protege a la comunidad social y desarrolle los principios de seguridad y justicia a que se refiere el mismo preámbulo”.⁹

⁷ Burgoa, Ignacio. **El Estado**. Pág. 199.

⁸ **Ibid.** Pág. 448.

⁹ Corte de Constitucionalidad, Gaceta No. 1, expediente No. 12, página No.3, sentencia: 17-09-86.

El bien común es el fin verdadero del estado. “Desde un aspecto ético-político necesariamente debe abarcar la tutela y fomentación de entidades individuales y sociales”.¹⁰

Es considerable la idea que existe una idea más o menos generalizado de que el estado debe cumplir funciones protagónicas en la solución de algunos de los problemas urgentes de la sociedad, en especial en lo relativo a educación, salud, seguridad y justicia.

1.6. Tipos de Estados

La clasificación de estados, es bastante amplia por lo cual se hará una anotación de los tipos de estados, entre las cuales tenemos, los siguientes:

- Estados unitarios: Los estados que se conforman con un solo estado, por ejemplo: Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, etc.
- Estados compuestos: Son los estados conformados por dos o más estados, por ejemplo: México, Estados Unidos, etc.
- Estados sui generis: son los estados únicos en su género, por ejemplo: El Vaticano.

¹⁰ Escobar Menaldo, Hugo Rolando. **Las funciones del estado en el derecho constitucional guatemalteco.** Pág. 33

Los estados compuestos son, subdividimos en los siguientes:

- **Federación:** son los estados conformados por dos o más estados, pero internamente ya que exteriormente solo forman un estado. Por ejemplo: México, Estados Unidos, etc.

- **Confederación:** cuando se van a unir dos o más estados, en forma temporal y para un fin específico, social, cultural, económico; como por ejemplo: La Unión Europea, OEA, ONU, etc.

- **Unión Personal:** es la unión de de dos o más estados por medio del matrimonio entre un rey de un estado y la reina de otro estado.

- **Unión Real:** es la unión de dos o más estados, que tiene lugar cuando un estado conquista a otro, por medio de la guerra o se unen a través de un pacto.

De igual forma nos proporciona otra clasificación, el derecho internacional, de los estados según su capacidad de obrar en las relaciones internacionales:

Por un lado están los estados con plena capacidad de obrar, es decir, que puede ejercer todas sus capacidades como estado soberano e independiente. En este caso se encuentran casi todos los estados del mundo.

Y por otro lado están los estados con limitaciones en su capacidad de obrar: cuales existen por distintas cuestiones. Así, dentro de esta tipología se puede observar, a su vez, una segunda clasificación de éstos:

- Estados neutrales. Aquéllos que se abstienen en participar en conflictos internacionales. Esta neutralidad se ha ido adaptando en función de:
 - Si posee neutralidad absoluta por disposición constitucional. Es el caso de Suiza.

También Suecia entre 1807 hasta 1993 mantuvo una neutralidad absoluta en asuntos internacionales.

- Si es un país neutralizado. Son estados neutrales respecto de alguien y de algo concreto. Es una neutralidad impuesta por un tratado internacional, una disposición constitucional o por sanción internacional. Fue el caso de Austria, que en 1956, tras la retirada de las fuerzas ocupantes de Francia, Reino Unido, Estados Unidos y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, éstas redactaron una constitución donde se dispuso que Austria debiera ser neutral respecto a las cuatro fuerzas firmantes.
- Estado soberano que renuncia a ejercer sus competencias internacionales.

Son estados dependientes en materias de relaciones internacionales. Suele ser el caso de micro estados que dejan ceder las relaciones internacionales a un tercer Estado, bien circundante, bien con las que mantenga buenas relaciones. Es el caso de San Marino, que encomienda las relaciones internacionales a Italia; de Liechtenstein, que se la cede a Suiza, o Mónaco a Francia.

CAPÍTULO II

2. Los contratos y los contratos administrativos

Para definir el estado en el ordenamiento jurídico guatemalteco, establece en el Artículo 1517 del Código Civil preceptúa que: "hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear modificar un sentir una comunicación."

Y también para poder definir la administración se debe de iniciar de donde proviene etimológicamente, como lo dice el tratadista Hugo Calderón: "expresa que la palabra administración etimológicamente viene del latín Ad y del verbo Ministro-as-are, que significa servir, ejecutar, administrar." ¹¹ para una mejor comprensión, desde su origen la administración cuenta con terminologías importantes para su entendimiento, así como diferentes definiciones dadas por varios autores, pero que al final es la misma idea.

Para otro autor la administración, se define como: "Administración se refiere al proceso de lograr que las actividades lleguen a su término eficientemente con otras personas y por medio de ellas." ¹² Ese término eficiente de la administración, es la finalidad de la administración eficiente.

¹¹ Calderón Morales Hugo Haroldo. **Derecho administrativo II.** Pág. 27.

¹² Robbins, Stephen P. **Administración Teoría y Práctica.** Pág. 5

La función administrativa, "Es la medida y la corrección del desempeño de las actividades de los subordinados para asegurar que los objetivos y planes de la empresa realizados para conseguirlos, se están llevando a cabo".¹⁴

El derecho administrativo guatemalteco que estudia la administración del Estado de Guatemala, con énfasis en la doctrina, en los principios y en las normas jurídicas, generales y especiales. Administración, es el proceso de llevar a cabo el trabajo efectivamente con personas y por medio de personas.

Y es el derecho administrativo la rama del derecho público que tiene por objeto la administración pública, entendida como actividad a través de la cuál estado y los sujetos auxiliares de este tienden a satisfacer intereses colectivos.

La legislación administrativa en Guatemala se puede clasificar formalmente como productora de la Constitución Política de la República, de las Leyes Constitucionales y de las Leyes Ordinarias.

La fuente formal y primordial del derecho administrativo en Guatemala, es la forma escrita, no pudiendo dejar por un lado la consideración de que la Carta Magna es quien ocupa el primer lugar en el orden de jerarquía del ordenamiento jurídico guatemalteco. Como segundo lugar jerárquico podemos encontrar las leyes ordinarias, los decretos ley, los tratados y convenios de

¹⁴ Reyes Ponce. **Concepto de control**. Pág. 355

orden internacional, debido a que las mismas son normas que cuentan con la misma categoría, según la pirámide de Kelsen.

En el orden judicial es importante en la administración del estado de Guatemala, y de esa manera, se establece: "El control judicial de los actos de la Administración Pública guatemalteca, son en primer lugar el proceso contencioso administrativo (control privado), y la acción de amparo (control constitucional)".¹⁵

El derecho administrativo judicial se puede reflejar en el proceso contencioso administrativo pues es un verdadero proceso de conocimiento, es un medio de control que tienen los particulares o administrados, para oponerse a las decisiones, resoluciones o actos de los órganos administrativos, una vez agotada la vía administrativa, es decir que se haya agotado los recursos administrativos en la vía administrativa.

Así como también se dice que la administración es el: "Proceso cuyo objeto es alcanzar la máxima eficiencia en el logro de los objetivos de un grupo social, mediante la adecuada coordinación de los recursos y la colaboración del esfuerzo ajeno."¹⁶ Con una buena organización el estado puede contar con mejoras importantes en el ámbito de salud, vivienda economía y otros aspectos del ser humano.

¹⁵ Calderón Morales Hugo H. **Derecho administrativo I**, Pág. 198.

¹⁶ Escuela de Administración de Empresas. **Apuntes de Administración I**. pág. 1.

2.1. Definición de contrato

Manuel Ossorio define el contrato como: "el pacto o convenio entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas"¹⁷

De manera que el autor, Díez Picazo afirma que contrato "es todo acuerdo de voluntades por medio del cual los interesados se obligan"¹⁸.

2.2. Elementos del contrato

Los elementos importantes que configuran el contrato se pueden mencionar los siguientes:

- Los sujetos: lo constituyen las personas que intervienen en el contrato, creando un vínculo jurídico. Dentro de los sujetos, estos pueden ser personas individuales o jurídicas, toda vez reúnan las condiciones necesarias que cada legislación exige.
- El objeto: lo constituye aquello sobre lo que va a recaer el vínculo contractual jurídico. Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio humano, aún las futuras. Pueden ser igualmente

¹⁷ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas y políticas**, pág. 98.

¹⁸ Díez, Picazo, **Fundamento del Derecho Civil Patrimonial**.. pág. 192

objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres.

- La capacidad: El primer elemento esencial común de los contratos es el consentimiento, requisito sine qua non para la existencia y validez de los mismos. El consentimiento supone que las personas puedan emitirlo de una manera racional y consciente.

Y uno de los factores importantes es que no exista ninguna circunstancia o vicio que excluya o disminuya aquella cualidad; que sea manifestado o exteriorizado oportunamente y que exista, asimismo, concordancia entre la voluntad real y la declarada.

La capacidad de goce es el presupuesto inicial del consentimiento, la falta de la misma, o sea la incapacidad, se distingue de la prohibición para contratar cuando supone una incapacidad para consentir, situada en la propia persona del incapaz.

La capacidad se subdivide en dos, en la capacidad de goce la aptitud para ser titular de derechos subjetivos, comúnmente denominada también capacidad jurídica-; y capacidad de ejercicio aptitud jurídica para ejercer derechos y contraer obligaciones sin representación de terceros, denominada también como capacidad de actuar.

En cuanto a la capacidad, ésta es regulado en el Artículo 8 del Código Civil guatemalteco, así: "La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años. Los menores que han cumplido catorce años son capaces para algunos actos determinados por la ley."

- Consentimiento o voluntad: la voluntad es el querer interno que, manifestado bajo el consentimiento, produce efectos de derecho. Todo contrato exige el libre consentimiento entre las partes que lo forman. El consentimiento se manifiesta por la concurrencia de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo. El contrato necesita de la manifestación inequívoca de la voluntad de las partes que conformarán el acto jurídico. Así, cuando las partes contratantes expresan su voluntad en el momento que se forma el contrato, se denomina entre presentes. Cuando la manifestación de la voluntad se da en momentos diferentes, se denomina entre ausentes.

La distinción es importante para poder determinar con exactitud el momento en que el contrato entra en vigencia, es decir, surge a la vida jurídica.

El contrato entre presentes entrará a la vida jurídica en el momento de la manifestación simultánea de la voluntad, mientras que el contrato entre

ausentes solamente hasta que el último contratante haya dado su consentimiento.

En la parte general del derecho de obligaciones, se regula en la legislación civil de Guatemala en los Artículos 1252 y 1253, entre otros, lo relacionado con la manifestación de la voluntad. “La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita y resultar también de la presunción de la ley en los casos en que ésta lo disponga expresamente.”

- Los vicios del consentimiento: Para la validez del contrato se requiere que la voluntad no esté presionada por factores externos que modifiquen la verdadera intención. Entre los vicios del consentimiento se encuentra el error, la violencia y el dolo.

De forma expresa se regulan en el Artículo 1257 del Código Civil guatemalteco, los vicios de la declaración de voluntad. “Es anulable el negocio jurídico cuando la declaración de voluntad emane de error, de dolo, de simulación o de violencia. La nulidad no puede pedirla o demandarla la parte que hubiere causado el vicio.”

- Causa: con frecuencia, la normativa civil de los ordenamientos jurídicos exige que haya una causa justa para el nacimiento de los actos jurídicos. La causa es el motivo determinante que llevó a las partes a celebrar el contrato. Un contrato no tiene causa cuando las manifestaciones de

voluntad no se corresponden con la función social que debe cumplir, tampoco cuando se simula o se finge una causa. El contrato debe tener causa y esta ha de ser existente, verdadera y lícita.

“La causa, constituye otro elemento esencial de los contratos, y constituye el fundamento objetivo que justifica la atribución patrimonial dimanante del negocio. Como se ha repetido hasta la saciedad, para perfilar su concepto, de toda la serie de representaciones psíquicas que preceden siempre a una declaración de voluntad, es siempre posible distinguir la última de las demás, ya que funciona como motivo determinante de la acción.

El derecho en toda esa serie de consideraciones, toma únicamente y jurídicamente para justificar el acto; los otros más remotos, están situados en lo más íntimo de la persona declarante, y ciertamente, excitaron también su voluntad, pero no justifica el acto, y carecen, por tanto, de trascendencia jurídica, a no ser que aparezcan incorporados al contrato a modo de condición.”¹⁹

- Forma: la forma es el conjunto de signos mediante los cuales se manifiesta el consentimiento de las partes en la celebración de un contrato. En algunos contratos es posible que se exija una forma específica de celebración.

¹⁹ Espín Canovas, Diego. **Manual de derecho civil**. Pág. 359.

En la legislación de Guatemala la forma de los contratos es regulada en el Artículo 1574 del Código Civil. “Toda persona puede contratar y obligarse: 1ro. Por escritura pública; 2do. Por documento privado o por acta levantada ante el alcalde del lugar; 3ro. Por correspondencia; y 4to. Verbalmente.”

- Elementos naturales: son aquellos que acompañan normalmente al contrato y que aparecen como desprendidos de su índole particular. Por eso algunos autores sostienen, con razón, que más que elementos constitutivos del negocio son consecuencia que el acto está destinado a producir. Es decir, no actúan sobre el nacimiento del contrato, sino sobre su concepto, pues el desarrollo de los mismos se encuadra en el examen de cada tipo particular de contrato.
- Elementos accidentales: son aquellos que las partes establecen por cláusulas especiales, que no sean contrarias a la ley, la moral, las buenas costumbres o el orden público. En consonancia con la autonomía de la voluntad, los contratantes pueden establecer cláusulas y condiciones que tengan por convenientes, siempre que no sean contrarios a la ley.

También se denominan por algunos autores determinaciones accesorias de la voluntad o del negocio jurídico, y sólo tiene vida, modificando la forma abstracta del contrato, si las partes lo incorporan a él. Son pues, fruto absoluto de la autonomía de la voluntad, ya que el contrato en su formulación genérica no las comprende.

- Condición: constituye aquella determinación agregada a un contrato, en cuya virtud se hacen depender la producción o extinción de los efectos del mismo de un acontecimiento futuro o incierto, sus notas fundamentales son el futuro, la incertidumbre, la subordinación al mismo de los efectos del contrato, y finalmente, que el acontecimiento que integra la condición no forme parte de los elementos típicos del negocio, por lo que no son tales las llamadas condiciones iuris, o sea, aquellos supuestos o circunstancias que son necesarios para que el negocio produzca sus efectos.

Sobre la clasificación de las condiciones suspensivas y resolutorias, potestativas, causales y mixtas, positivas o negativas, así como los distintos efectos que pueden producir según sus clases y momentos en que se contemplan en el negocio jurídico.

- El plazo: es la determinación del momento en que el negocio debe comenzar a producir o cesar de producir sus efectos. La nota esencial del término, a diferencia de la condición, es la certeza del hecho, éste puede ser incierto en el cuándo, pero ha de ser siempre cierto en el sí. El plazo se divide en cierto e incierto, suspensivo y resolutorio, cierto e indeterminado o cierto y determinado.

En el Código Civil de Guatemala, señala que el plazo es regulado en los términos siguientes: Artículo 1279. "El plazo solamente fija el día o fecha de la ejecución o extinción del acto o negocio jurídico."

En el Artículo 1282 del Código Civil de Guatemala. "El plazo se presume convenido a favor del deudor, a menos que resulte del tenor del instrumento o de otras circunstancias, que ha sido fijado a favor del acreedor o de las dos partes." El Artículo 1283 del Código Civil guatemalteco. "Si el negocio no señala plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, el juez fijará su duración."

- El modo: es aquella carga que el gratificado con una liberalidad sufre por voluntad de quien lo gratificó. Representa la figura clásica de la expresión del fin que se pretende con el acto, sin ser elevado a condición ni constituir tampoco elemento esencial del negocio. Se diferencia de la condición en que no hace incierto éste; ahora que obliga al favorecido con la liberalidad al cumplimiento de la carga.

2.3. Definición de contratos administrativos

Se debe establecer que como contrato y en este caso contrato administrativo:
"Hay contrato administrativo, cuando uno de los sujetos sea la administración,

y además el fin propuesto mediante la prestación contractualmente estipulada, como los servicios públicos. ²⁰

Para conocer la importancia de los contratos administrativos se conoce que es necesaria la contratación administrativa para adquirir bienes, suministros, obras y servicios que requieran los organismos del estado, por eso es necesario establecer los contratos administrativos de suma importancia para establecer un contrato lesivo de una entidad autónoma con el estado.

Con los contratos administrativos: "Se llevan a cabo relaciones jurídicas, debido a que el particular otorga su consentimiento de relaciones jurídicas debido a la administración, pero no obstante que las condiciones no han sido previamente determinadas por la administración, siempre que la manifestación de voluntades del particular y de la administración sea de carácter obligatorio". ²¹

De manera que los contratos administrativos forman relaciones jurídicas, debido a que el particular otorga su consentimiento de relaciones previamente establecidas.

La administración, como lo es la administración pública, necesita de la contratación para la adquisición de los bienes, obras, servicios y suministros,

²⁰ Ibid., pág. 87

²¹ Ibid., pág. 84

estos con la idea de igualdad de contratantes como contratado, para cumplir con los contratos que se comprometen. El contrato supone la existencia de igualdad jurídica de las partes.

2.4. Características de los contratos administrativos

Como primera característica, Fernando de Velasco declara, refiriéndose a los contratos administrativos, que "tienden este carácter los que efectúan a una obra o servicio público, entendiéndose que persiguen un servicio público los que tienen por objeto inmediato y directo la satisfacción de una necesidad pública."²² Añadiendo que a esta diferencia sustantiva debe agregarse otras adjetivas:

El contrato administrativo lo caracteriza: "Primero: que una de las partes contractuales sea la Administración central, provincial o municipal, y que lo sean con atribuciones para ello. Según: que el contrato tenga por objeto inmediato la realización de una obra o servicio público".

Los elementos fundamentales del contrato administrativo: 1º. Dos sujetos de derecho, por lo menos, uno de los cuales ha de ser la Administración. 2º. Prestaciones recíprocas. 3º. Condiciones establecidas por la Administración como acto unilateral del imperio. 4º. Aceptación voluntaria del particular, de

²² Gascón Hernández, Juan. *Ob. Cit.* Pág. 434

donde procede el carácter bilateral del acto. 5º. El objeto o causa estará constituido por una prestación de utilidad pública; es decir, el servicio público. En los criterios expuestos una coincidencia fundamental. En todos ellos se reconoce implícita o concretamente la noción del servicio público como objeto del contrato y el interés general como determinante del mismo.

Los elementos característicos del contrato administrativo son:

- El interés general, como causa del mismo.
- El servicio público como objeto.
- La forma, como requisito esencial.
- La desigualdad de las partes.
- La jurisdicción especial.
- El consentimiento de las partes.

2.5. Elementos del contrato administrativo

Entre los elementos de los contratos administrativos:

2.5.1. Sujetos

Dos son los sujetos que intervienen en un contrato administrativo, el primero debe ser siempre un órgano del estado que actúa en función administrativa y

la segunda puede ser una persona pública no estatal o bien una persona privada.

2.5.2. Voluntad

Es indispensable que las voluntades participantes cuenten con validez, de manera que los vicios de la misma son la violencia y el error, los cuales son generadores de irregularidades.

2.6. Formalidades del contrato administrativo

Entre las formalidades de cualquier contrato administrativo establecidas que se deben cumplir en la ley como lo es la Constitución Política de la República, a las leyes, reglamentos y principios generales del derecho.

2.6.1. La causa

La causa es aquella constitutiva del fundamento objetivo, encargado de justificar la atribución patrimonial, o sea, la base de la cual se deriva la obligación. La misma, es de utilidad jurídica y objetiva para la justificación del acto.

2.6.2. La finalidad

Uno de los elementos de los contratos administrativos, es la finalidad y la misma se debe ajustar a las propias necesidades del servicio y la ilicitud de la misma puede lesionar el contrato, dando lugar a su invalidez por la incumplimiento de una de las partes.

2.6.3. La forma

La forma es el modo en el cual se documenta el vínculo del contrato administrativo y es uno de los elementos fundamentales para la existencia del contrato en Guatemala y otros países latinos.

2.7. Diversos sistemas de contratación administrativa

El estado, cuenta con el derecho de que le suministren de los suficientes servicios, de mejores condiciones relativas a la contratación, de mayor eficiencia y de que le ofrezcan garantías para el mejoramiento de su cumplimiento y de manera que se divide en dos formas de contratación administrativa, siendo las que a continuación se indican:

2.7.1. Contratación directa

Es aquella contratación en la cual la administración busca al sujeto contratante, de la misma forma que lo hacen los particulares o sea, sin recurrir a la licitación.

2.7.2. Contratación Indirecta

La contratación indirecta es aquella que se lleva a cabo mediante la licitación. Es uno de los procedimientos utilizados con mayor frecuencia, al momento de llevar a cabo una contratación, pero que es más tardada y con complicaciones por las licitaciones.

2.8. Clases de contratos administrativos

Existen contratos administrativos por parte del legislador, debido a que los mismos aparecen señalados de manera taxativa. También existen contratos administrativos por propia naturaleza, o sea, no se encuentran calificados legalmente, pero lo son en función ya que se encargan de proteger sobre los intereses públicos con carácter fundamental. Los contratos administrativos pueden ser de dos distintas clases, siendo las siguientes:

2.8.1. Contrato de obra pública

El contrato de obra pública tiene por objeto la construcción de una determinada obra pública o ejecución de la misma, es el que celebra la administración y retribuyendo al co-contratante a través de un precio, se establece de forma directa o por medio de licitación con un monto establecido.

2.8.2. Contrato de suministro

El contrato de suministro tiene por objetivo la provisión de cosas muebles, fungibles o no. "Es el contrato mediante el cual la administración pública, mediante el pago de un precio, adquiere las cosas muebles que necesita y las cuales se entregan de una sola vez o en periodos sucesivos"²².

2.8.3 Contrato de concesión de servicios públicos

El contrato de concesión de servicios públicos es cuando el co-contratante se compromete con el estado o la entidad pública a prestar un servicio público según las condiciones acordadas, bajo la condición de intervenir en caso de incumplimiento.

²² *Ibid.* Pág. 93.

CAPÍTULO III



3. La administración pública en Guatemala

La administración pública guatemalteca se desarrolla y desenvuelve dentro del ordenamiento jurídico, que va desde la Constitución Política de la República de Guatemala y además ocupa el primer lugar de la pirámide jerárquica; en ella se encuentra estructurado el estado de Guatemala y sus organismos: como el organismo ejecutivo, organismo legislativo y el organismo judicial; así como, también casi la totalidad de organismos administrativos.

3.1. La administración pública

Dentro del ámbito jurídico se encuentran las fuentes supranacionales del derecho administrativo, y consisten en todas aquellas normas que se encuentran contenidas en los tratados nacionales y en los convenios.

“La administración pública es el poder ejecutivo en acción, con la finalidad de cumplir y hacer cumplir cuanto interesa a la sociedad en las actividades y servicios públicos”.²³

²³ Cabanellas. Ob. Cit. pág. 26

"La administración pública debe entenderse desde el punto de vista formal, como el organismo público que ha recibido del poder político la competencia y los medios necesarios para la satisfacción de los intereses generales y que desde el punto de vista material es la actividad de este organismo considerado en sus problemas de gestión y de existencia propia tanto en sus relaciones con otros organismos semejantes como los particulares para asegurar la ejecución de su misión"²⁴

La administración pública se desenvuelve dentro de un ordenamiento jurídico que va desde la Constitución Política de la República de Guatemala, que ocupa dentro de la pirámide jerárquica de Kelsen, el primer lugar, dentro del cual se encuentra estructurado todo el estado y sus organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial; y la totalidad de órganos administrativos, entidades descentralizadas y autónomas, la administración pública nos da la estructura y el funcionamiento de todos éstos órganos administrativos.

3.2. Principios de la administración pública

Los principios que rigen y sobre los cuales descansa la actuación de la administración pública son el principio de legalidad y el principio de juridicidad, los cuales son desarrollados a continuación:

²⁴. Fraga, Gabino. **Derecho administrativo**. Pág. 4

3.2.1. El principio de legalidad

El principio de legalidad, aplicado a la administración pública, lo fundamental es la aplicación de la ley. Los órganos del estado no pueden ejecutar si no existe una norma legal que le otorgue competencia para poder hacerlo.

En relación a la legalidad y juridicidad como principios que se deben observar en la administración pública el tratadista Hugo Calderón señala: "... Principio de Legalidad. Este debe entenderse desde el punto de vista de ley... el administrador no puede actuar si no existe una norma legal que le otorgue competencia...".²⁶ Toda la actividad administrativa del estado se considera sometida a las normas establecidas en la ley.

Los contratos y actos administrativos, deben respetar la legislación vigente, la doctrina y los principios jurídicos aplicables.

Es la tendencia y el criterio favorable al predominio de soluciones de estricto derecho en los asuntos sociales, políticos, económicos, culturales y de cualquier otra naturaleza. El principio de legalidad, es aplicar el derecho por medio de principios jurídicos incluyendo la doctrina jurídica administrativa, reguladas a las normas vigentes del ordenamiento vigente guatemalteco que se toma como elemento para aplicarlos.

²⁶ Calderón Morales, Hugo Haroldo. **Derecho Administrativo**. Pág. 28

3.2.2. El principio de juridicidad

En la aplicación de este principio como base fundamental del estado en la Administración Pública, es que a falta de una ley que regule la actuación de la administración pública, se puede recurrir a los principios generales del derecho o a las instituciones doctrinarias, evitando caer en una arbitrariedad.

En la administración pública es necesaria la juridicidad, puesto que elimina el empleo de la discrecionalidad y de la fuerza. Plantea la utilización del derecho como método e instrumentos de la actividad y decisiones administrativas.

Cuando no existía la juridicidad como principio de la administración pública, el vacío y la ausencia de ley se aprovecharon para actuar y decidir en forma discrecional, utilizando la fuerza.

La juridicidad obliga a la administración pública a someter sus actividades y decisiones al derecho administrativo. El Artículo 221 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece: "tribunal de lo contencioso-administrativo. Su función es de contralor de la juridicidad de la administración pública y tienen atribuciones para conocer en caso de contienda por autos o resoluciones de la administración y de las entidades centralizadas, descentralizadas y autónomas del estado, así como en los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas..."

La juridicidad prescinde de la escala jerárquica de la ley y funciona en cierto sentido, perfeccionando en la legalidad que no ofrece respuesta a los vacíos, deficiencias e imperfecciones de las leyes.

Los vacíos o lagunas legales y reglamentarias existentes en el ordenamiento jurídico, motivan el deber de aplicar los principios jurídicos. Si no existe principio jurídico aplicable, el deber se convierte en obligación de acudir al juez gestionando la creación del principio jurídico.

Indicando siempre el tratadista Hugo Calderón que el Principio de Juridicidad... "En este caso ni la Constitución Política de la República de Guatemala ni la ley indican que la Administración Pública y sus entidades deben actuar en base al principio de juridicidad, pero desde el momento en que la Constitución Política de la República de Guatemala indica que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo es contralor de la juridicidad, significa que la autoridad administrativa debe someter su actuación a la juridicidad y en consecuencia debe aplicar este principio en sus actuaciones, decisiones, actos administrativos o resoluciones."²⁷

3.3. Elementos de la administración pública

En la administración pública, los elementos importantes se pueden resumir y explicar de la manera siguiente:

²⁷. **Ibidem.**

3.3.1. La actividad

La actividad administrativa se desarrolla a través de la prestación de los servicios públicos, a los cuales está obligada la administración pública para el logro de su finalidad. Observando todos los mecanismos necesarios para un correcto desarrollo del funcionamiento del estado.

3.3.2. El órgano administrativo

Son órganos administrativos a todos aquellos que pertenecen a la administración pública y que son el medio como entidades o ministerios de los cuales funcionan como conducto del cual se manifiesta la personalidad del estado .

3.3.3. Finalidad

La finalidad de la administración es igual a la finalidad del estado y no es más que el bien común o bienestar general de toda la población, elemento no sólo doctrinario sino constitucional, expresado en el Artículo uno de la Constitución Política de la República de Guatemala, que establece: "El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia, su fin supremo es la realización del bien común." Esta finalidad es común para ambos términos ya que un buen estado.

3.3.4. El medio

El medio de administración pública utiliza para el rubro del bienestar general el bien común que es el servicio público.

3.4. La Organización de la administración pública

En la organización de la administración pública de todo estado es necesario resaltar que todo elemento del estado, necesita orden jerárquico adecuado y técnico, es decir, organizarse para realizar su actividad en forma rápida, eficaz y conveniente, para el buen funcionamiento.

Se lleva a cabo a través de la evolución de la administración pública, mejorando su engranaje y buscando formas de organización que respondan lo mejor posible a las necesidades del país en un momento determinado.

El Organismo Ejecutivo y las entidades públicas de la administración estatal, con la finalidad de lograr la unidad de la acción para el buen funcionamiento del estado, y ejecución, así como evitar la duplicidad de los esfuerzos y alcanzar económicamente los fines y cumplir las obligaciones del estado, señalados por la Constitución Política de la República de Guatemala, deben organizarse dentro de las normas de organización administrativa.

3.5. Clases de administración

Dentro de la administración pública, existen cuatro clases de administración, denominadas también formas de administrar, siendo las siguientes:

3.5.1. De planificación

El tratadista Guillermo Cabanellas indica respecto a la planificación estatal: "... establecimiento de una estructura coherente al servicio del progreso nacional o del bienestar público mediante la ejecución de obras, la intensificación productora, que la creación o activación de sustituciones en plazos de intermedia duración... en este último sentido, en moderna aceptación, la academia habla de un plan general, científicamente organizado y frecuentemente de gran amplitud, para obtener un objeto determinado; tal como el desarrollo económico, la investigación científica o el financiamiento de una industria."²⁷

La planificación, consiste en fiscalizar con precisión lo que va a realizarse a futuro, determinar el curso concreto de la acción que ha de seguirse, que principios habrán de orientar a la administración al desarrollo de sus operaciones determinando el tiempo necesario para su realización.

²⁷ Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 259

Se dirige a la administración pública al desarrollo de sus actividades, estableciendo las soluciones necesarias.

Se deben contar con los elementos materiales y humanos que lleven los marcos teóricos formados por la planeación. Puesto que en las funciones que se ejerce se estudia la integración de cosas, refiriéndose especialmente a las personas y sobre todo, al aspecto específicamente administrativo.

3.5.2. Ejecutiva

Esta clase de administración ejecutiva, es la que decide ejecutar, realmente tiene y ejerce la competencia administrativa. Posee la facultad legal para poder actuar, a través de las decisiones, actos o resoluciones administrativas.

Dentro de la administración pública existen otros órganos que no deciden ejecutar como los órganos de control, los órganos asesores, y otros.

Órganos ejecutivos: el Presidente de la República, Ministro de Estado, Directores Generales, Consejos Municipales, y otros.

3.5.3. De control

Esta clase de administración, se encarga que las tareas administrativas se realicen de conformidad con las normas establecidas.

Respecto al control Guillermo Cabanellas, señala: "predominio, hegemonía, supremacía... dirección, día."²⁹

Es una clase de administración que consiste en verificar o evaluar si se están llevando a cabo las actividades planificadas, y si están resultando tal cual se planificó, y tomar las medidas necesarias para corregir los errores o deficiencias.

Como órganos de independencia de funciones, tales como la Contraloría General de Cuentas, la Corte de Constitucionalidad, el Congreso de la República.

3.5.4. De asesoría

Desarrollan una actividad dentro de la Administración pública, su función es aconsejar o asesorar al órgano ejecutivo sobre la conveniencia legal y técnicas de las decisiones que tomará quién tiene o ejerce la competencia administrativa, se puede citar como ejemplo la Procuraduría General de la Nación.

El tratadista Guillermo Cabanellas, expone: "administración consultiva. El conjunto de órganos técnicos que asesoran a la administración central, formados por diversos consejos, institutos, comisiones. Realizan estudios,

²⁹ *Ibidem*. Pág. 362

preparan informes, evacuan consultas de las autoridades ejecutivas y cumplen otras funciones asignadas." ³⁰ Esta administración, da apoyo a la administración central como a sus dependencias, con apoyo institucional a dependencias estatales.

Es una clase de administración que consiste en establecer las actividades que realizará cada persona y asignar los recursos necesarios para llevar a cabo dichas actividades y dar la asesoría de calificar como se está llevando a cabo algún procedimiento específico.

³⁰ **Ibidem.** Pág. 168

CAPÍTULO IV

4. La autónoma, centralizada y descentralizada y el procedimiento para declarar un contrato lesivo para las entidades autónomas

En esta forma de organización el estado por disposición de la ley transfiere determinadas facultades y atribuciones a un órgano administrativo, otorgándole personalidad jurídica y patrimonio propio para la realización de las mismas, actuando con plena independencia funcional y autofinanciamiento, lo que se conoce como autarquía.

4.1. Autónoma

Las entidades autónomas no dependen del Organismo Ejecutivo, es decir que este, no ejerce ninguna clase de control político o financiero, pues no manejan fondos públicos sino privativos.

Como órganos autónomos pueden designar a sus propias autoridades, teniendo su propio representante legal.

Se rigen por sus propias leyes, es decir que crean sus propios estatutos y reglamentos.

Generalmente la autonomía es reconocida por la ley constitucional. Están dotadas de personalidad jurídica y patrimonio propio, por lo que sin perder su calidad de estatal constituyen una persona jurídica de carácter público distinta del estado. Cuentan con capacidad para tomar sus propias decisiones y gestionar sus asuntos por sí mismos.

La autarquía les permite el autofinanciamiento, gozando de gran independencia económica a disponer libremente de sus propios recursos y captarlos por sí mismos sin depender del Presupuesto General del Estado.

No existe una verdadera autonomía, ya que las entidades denominadas autónomas carecen de suficientes ingresos propios, por lo que se encuentran presupuestadas, dependiendo así financieramente del estado, por lo que al captar fondos públicos son fiscalizadas por mandato constitucional por la entidad denominada Contraloría General de Cuentas.

Así también, el órgano central ejerce control sobre las mismas y en algunos casos dependen del nombramiento de funcionarios por parte del ejecutivo, de allí que se hable de una semi-autonomía.

4.2. Centralizada

Se denomina así aquella forma de organización administrativa que tiene lugar cuando los órganos de la administración tienen una relación de dependencia y

subordinación directa e inmediata con el órgano superior de la misma, no existe autonomía alguna.

Se caracteriza principalmente por dos circunstancias, la primera establecida por todas las funciones estatales que se concentran en un órgano superior, ejerciendo todas las facultades públicas de decisión, revisión, mando, vigilancia, disciplina y nombramiento;

La segunda la existencia de una relación de jerarquía entre los órganos inferiores con el superior, lo que permite tener establecidos los rangos o grados en la administración pública, en relación a los cargos públicos.

4.3. Descentralizada

Esta representación de organización administrativa, tiene lugar cuando el estado otorga facultades y atribuciones determinadas a un órgano administrativo, quien actúa con independencia funcional al contar con personalidad jurídica y patrimonio propio, a efecto de prestar ciertos servicios públicos a la colectividad.

Esta se caracteriza por las siguientes circunstancias:

El órgano descentralizado goza de independencia administrativa, realiza todas sus funciones sin depender directamente del gobierno central, sin

perjuicio a que en ciertos casos se ejerza determinado control o vigilancia. El estado a través de la ley ordinaria otorga personalidad jurídica y patrimonio propio para que puedan ejercer derechos y contraer obligaciones por sí mismo.

Se crea una nueva persona jurídica de carácter público distinta del estado pero parte de la estructura estatal. Se rigen por una ley orgánica, la cual regula su personalidad, su patrimonio, su denominación, su objeto y su actividad.

Se transfieren del órgano central poderes de decisión y de mando a otras entidades, manejando su presupuesto con el objeto de que puedan administrar sus recursos y realicen sus actividades económicas por sí mismos; y

Se les permite emitir sus propias normas jurídicas, estatutos y reglamentos, pero sin violar la ley orgánica que las creo ni la Constitución Política de la República.

Respecto a la independencia financiera es relativa, pues deben hacerlo conforme a su ley orgánica, Ley Orgánica del Presupuesto, el Presupuesto General del Estado, la Ley de Contrataciones del Estado, sus estatutos y reglamentos propios, con vigilancia que por mandato constitucional sólo tiene la Contraloría General de Cuentas.

4.4. Problemática planteada

El vacío legal en materia administrativa que existe en la administración pública en relación al Artículo 20 de la Ley de lo Contencioso Administrativo del decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala, al establecer el procedimiento para declarar un contrato lesivo de las entidades del estado, y al señalar que este podrá declararse en acuerdo gubernativo emitido por el Presidente de la República en Consejo de Ministros...

Y no así a las entidades autónomas ya que no se establece el procedimiento específico para declarar un contrato lesivo del estado frente a estas entidades, por lo cual el problema en si es que no exista una normativa específica para dicho procedimiento, por tal motivo lo viable es establecer un procedimiento adecuado para declarar lesivo de los contratos del estado para las entidades autónomas, para buscar el fortalecimiento para el derecho administrativo y establecer el procedimiento adecuado para declarar la lesividad de los contratos administrativos en las entidades autónomas.

Tal como lo establece en el Artículo 2 de la Ley de Contrataciones del Estado: Negociaciones entre las entidades del sector público. Se autoriza la adquisición de bienes, servicios personales y no personales y de suministros entre las dependencias de los organismos del estado y entre éstas y las entidades descentralizadas, autónomas, unidades ejecutoras y las municipalidades, las cuales se regulan conforme lo establezca el reglamento de esta ley.

El Código Civil también establece los derechos y obligaciones de los contratantes, cuando ha habido cumplimiento e incumplimiento. Adicionalmente, se establece en el Artículo 1434 que se ocasionan daños derivados de un incumplimiento, definiéndolo así: “Los daños que consisten en las pérdidas que el acreedor sufre en su patrimonio y los perjuicios, que son las ganancias lícitas que deja de percibir, deben ser consecuencia inmediata y directa de la contravención, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse”.

4.5. Actos administrativos

Son actos en la administración pública, que ocurren en el desarrollo de las funciones de entidades en el estado.

4.6. Definición de actos administrativos

Los actos administrativos son declaraciones de voluntad, emitidas unilateralmente y en forma concreta por los órganos centralizados y entidades administrativas del estado, que produce efectos jurídicos directos e inmediatos entre la Administración y los sujetos a quienes va dirigido, a partir de su publicación.

4.7. Vicios

Existe vicio, por la falta total o parcial de cualquiera de los elementos de forma o de fondo de los actos administrativos puede ser calificada como Actos Viciados, lo que puede ser motivo de control directo (recursos administrativos) en contra de estos actos.

Estos se resumen en actos jurídicamente inexistentes y se refieren a que no tienen una existencia jurídica, pues los mismos carecen de requisitos esenciales y los actos anulables que se refieren aquellos actos que tienen apariencia de ser legales, pero carecen de algunos de los elementos de forma o de fondo.

4.8. La inacción administrativa

Sucede cuando la administración pública no resuelve los expedientes administrativos, en los que los particulares (administrados) han realizado alguna gestión o en algún procedimiento que se inicia de oficio; es de donde surge la figura jurídica del silencio administrativo.

4.9. El silencio administrativo

El silencio administrativo es la figura jurídica en la que, el órgano administrativo dotado de competencia administrativa, no resuelve las

peticiones o las impugnaciones de los administrados, en la administración pública.

Como se establece en la Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 28 establece que el silencio administrativo es una figura que está sujeta a control legal, ser parte del derecho de petición que es el género y el derecho de impugnación que es la especie.

Es necesario para que se produzca el silencio administrativo son necesarias las condiciones siguientes: Que la administración pública deba legalmente hacer o resolver algo y que se encuentre un plazo fijado en la ley o reglamento y que el mismo transcurra sin que la administración se pronuncie o actúe.

4.10. Clases de silencio administrativo

Las clases de silencio administrativo se pueden mencionar las siguientes:

- **Silencio administrativo de naturaleza sustantiva**

Se da cuando se trata de una petición originaria; el particular está sujeto a control judicial a través de la acción de Amparo y para que este proceda es necesario que dentro de la vía administrativa se encuentre agotado el

procedimiento, de lo contrario el Amparo devendrá improcedente por prematuro.

El procedimiento administrativo se encuentra agotado cuando está en estado de resolver, esto significa que en el trámite las diligencias administrativas se agotaron. Agotado el plazo el administrado o particular tiene las opciones de consentir el silencio de la administración pública y esperar indefinidamente la resolución o no aceptar el silencio y accionar mediante Amparo a efecto que un órgano jurisdiccional fije un término perentorio para que se emita la resolución administrativa. En caso que la ley exprese que a falta de resolución se tiene como favorable la petición hecha por el particular.

- **Silencio administrativo de naturaleza adjetiva**

Surge por la falta de resolución ante un recurso administrativo planteado contra una resolución administrativa. Surge entonces la decisión ficta desfavorable que significa que la ley suple la voluntad del órgano administrativo y le asigna efectos legales negativos a ese silencio administrativo.

Esto deja con libertad al administrado para poder utilizar la vía judicial a través del Proceso Contencioso Administrativo.

El recurso administrativo se considera resuelto desfavorable y por agotada la

vía administrativa, la administración pública queda legalmente sin facultades para resolver el recurso administrativo una vez vencido el plazo, en caso de resolver vencido el plazo, ese acto o resolución tendrá vicios de fondo, procederá un Amparo.

El particular puede hacer uso de su derecho de acción en la vía judicial a través del proceso contencioso administrativo, puede aceptar el silencio administrativo y esperar indefinidamente la resolución o plantear una acción de Amparo para el solo objeto de obligar a la administración pública a que resuelva.

4.11. Definición de lesividad

Como lo indica Cabanellas, con relación a la lesividad: "El sentido etimológico de la palabra lesividad deviene de lesión que viene del latín laesio o laedere que significa herir, o sea, el daño o detrimento corporal causado por una herida, golpe o enfermedades."³²

4.12. Motivos por el cual surge

"La lesividad surge para dejar sin efecto aquellos mandatos del rey que producían lesión a los intereses de los súbditos, y siendo dichas ordenes

³² Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de Derecho Usual**. Pág. 130.

sustentadas en la discrecionalidad del monarca, se dejarían sin efecto en el momento que la propia autoridad así los dispusiese; de igual manera, en el caso que se causare lesión, es decir, que el acto o mandato emanado del monarca le causare daños o perjuicios, procedía a dejar sin efecto dicha disposición en el momento que lo considerara necesario, sin importar que se vulneraran derechos colectivos o particulares, pues era más importante resguardar el interés de la autoridad en sí misma."³³

4.13. Antecedentes

"El antecedente histórico de la lesividad administrativa se encuentra en España, en donde se le consideró todo un proceso administrativo de carácter especial. Es en España donde el contencioso administrativo cobra vigencia, en el año 1845, considerándolo como un recurso administrativo extraordinario (paralelamente en ese mismo año surge la lesividad). Tiene origen la lesividad administrativa en el derecho Español con la promulgación del Reglamento del 1 de octubre de 1845, en donde se le da a la lesividad administrativa el carácter de recurso administrativo extraordinario. Fue el Real Decreto de Hacienda del 21 de mayo de 1853, donde se facultó al Gobierno a recurrir a la vía contenciosa si consideraba que sus derechos eran perjudicados. Es en

³³ Astolfi, Jose Carlos. **Historia del Derecho**. Pág. 237.

España donde la figura de lesividad se desarrolla hasta adquirir una definición precisa en todas sus instancias, hasta erguirse como un proceso especial"³⁴

4.14. La lesividad en Guatemala

La lesividad, queda reconocida con la creación y vigencia de la primera Ley de lo Contencioso Administrativo, Decreto número 1550 de la Asamblea Legislativa, la cual regulaba la lesividad. Esta ley fue derogada por el Decreto número 1881 del Presidente de la Republica, el cual regulaba que la propia administración podría interponer el proceso de lo contencioso administrativo respecto a las providencias y resoluciones que por Acuerdo Gubernativos se declararen lesivas para los intereses del estado. Actualmente la lesividad se encuentra regulada en el Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala.

En la doctrina guatemalteca, se establece el concepto de lesividad como un proceso; como el derecho de petición que ejercita la propia administración con el objeto de revocar una resolución que no puede revocarse de oficio por haberse agotado la vía gubernativa o simplemente porque es una resolución firme, se puede afirmar que la lesividad es una figura jurídica del derecho administrativo y que salvaguarda los derechos y los intereses del estado, cuando un acto administrativo los llegase a vulnerar.

³⁴ Guaita, Aurelio. **El Proceso Administrativo de Lesividad**, Pág. 29

4.15. Contratos lesivos de entidades autónomas

Es necesario establecer tanto la responsabilidad de las entidades autónomas que realicen contratos administrativos con el estado y no conllevar a contratos lesivos para los mismos.

Es de suma importancia establecer que: La lesividad es un mecanismo técnico y legal incorporado al Derecho Administrativo, como una institución jurídica especial y tiene dos momentos fundamentales y escalonadamente ligados entre sí. El primero: cuando se tramita en sede administrativa (procedimiento administrativo de declaratoria de lesividad, y, posteriormente el segundo: cuando se substancia en sede jurisdiccional (proceso contencioso administrativo).

4.16. Procedimiento para declarar un contrato lesivo por entidades autónomas

Considerar que en materia administrativa en relación al establecer el procedimiento para declarar un contrato lesivo de las entidades autónomas frente al estado, y al señalar que este podrá declararse en acuerdo gubernativo emitido por el Presidente de la República en Consejo de Ministros..., por ser practicas realizadas con anterioridad la falta de responsabilidad y de poder establecer las responsabilidades para las entidades autónomas no quedan limitadas. y no así a las entidades

autónomas ya que no se establece el procedimiento específico para declarar un contrato lesivo del estado frente a estas entidades, por lo cual el problema en si es que no exista una normativa específica para dicho procedimiento, por tal motivo lo viable es establecer un procedimiento adecuado para declarar la lesividad de los contratos del estado para las entidades autónomas, dejando un vacío legal en el ámbito administrativo por la lesividad de los contratos con entidades autónomas, que como no existe un procedimiento adecuado en sus casos que quedan en suspenso y no pueden ser declarados como lesivos, es una de las formas que las entidades autónomas encuentran para no ser señalados responsablemente de las malas prácticas o incumplimiento de los contratos que realizan, de manera que al establecerse el procedimiento para declararse lesivo un contrato con las entidades autónomas se estaría cerrando la brecha para evitarse la responsabilidad de estas entidades autónomas.

Al emitirse el Acuerdo Gubernativo respectivo, declarando un acto lesivo, la administración pública inicia ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, un proceso de lo contencioso administrativo, con el objeto de que se determine la procedencia de la lesividad, sin olvidar que la legislación guatemalteca, solo requiere la lesión en contra de los intereses del estado, sin especificar su tipo, basta que sean intereses públicos, por lo que en un caso concreto pueden concurrir dos tipos de lesiones, el de derecho y el de interés.

4.17. La obligatoriedad

Recordar que en los contratos administrativos las obligaciones son aquellos elementos por cuya virtud una persona aparece constreñida a realizar una determinada prestación. Acerca de cuáles son esos elementos a los que el derecho objetivo vincula aquella consecuencia jurídica es sobre lo que gira todo el contenido de la teoría de las fuentes.

Se llama fuente al hecho, acto o disposición legal que da origen a las obligaciones. Las fuentes de las obligaciones pueden establecerse en dos grandes grupos: la voluntad y la ley.

Los romanos identificaron las fuentes de las obligaciones con la causa eficiente de Gayo, en un principio se consideró que únicamente eran fuentes de obligaciones el delito, el contrato y figuras de varias causas.

La doctrina critica a esta clasificación, unos dicen que en realidad las fuentes obligacionales serían únicamente el contrato y la ley. Otros dicen que la clasificación es incompleta ya que en su criterio, faltarían otras fuentes como en ciertos casos la declaración unilateral de la voluntad.

La voluntad de las partes: son obligaciones que nacen de la voluntad de las partes -sujeto activo y pasivo- que componen la obligación. El contrato es la

fuente de obligaciones más común que existe, pues es el medio a través del cual las partes formalizan la intención de crear una obligación civil.

Los actos generadores de obligaciones: son actos que producen obligaciones que no necesitan del consentimiento de las partes. Dentro de esta categoría se encuentra la gestión de negocios, la administración de la cosa común y pago de lo indebido. Este grupo de fuentes de obligaciones nacen del desprecio que tiene la ley por alguien que aumenta su patrimonio a costa de otro sin causa justificada.

El autor Puig Peña, al referirse al tema establece: “Al enfocar el problema de las fuentes de las obligaciones desde el prisma de la codificación, nos encontramos con que este movimiento legislativo recoge, y a su vez inspira, con el aditamento respetuoso de la ley, la llamada clasificación tradicional de las fuentes, que recibió consagración indiscutida a partir del derecho intermedio. Esta antigua clasificación se asienta en los términos fundamentales de: contrato, cuasi-contrato, delito y cuasi-delito. La empresa codificadora añade a los cuatro términos tradicionales la ley.”³⁵

La legislación civil guatemalteca, establece entre las fuentes de las obligaciones las siguientes: obligaciones provenientes de contrato; las obligaciones provenientes de hechos lícitos sin convenio y; las obligaciones que proceden de hechos y actos ilícitos.

³⁵ *Ibid*, pág. 54.

Las fuentes de las obligaciones se regulan a partir del Artículo 1517 del Código Civil. Así, en cuanto a las obligaciones provenientes de contrato, en dicho Artículo se determina: "Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación."

La Ley de lo Contencioso Administrativo en el Artículo 23 establece que "el plazo para el planteamiento del proceso contencioso administrativo es de tres meses contados desde la fecha de publicación del Acuerdo Gubernativo que declaro lesivo el acto o resolución, en su caso".

4.18. Solución a la problemática

Como se establece en el Artículo 20 de la Ley de lo Contencioso Administrativo del decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala, al indicar: establecer el procedimiento para declarar un contrato lesivo de las entidades del estado, y al señalar que este podrá declararse en acuerdo gubernativo emitido por el Presidente de la República en Consejo de Ministros..., y no así a las entidades autónomas ya que no se establece el procedimiento específico para declarar un contrato lesivo del estado frente a estas entidades, por lo cual se requiere reformar la ley para establecer claramente cuál es el procedimiento idóneo para declarar lesivo un contrato de parte de una entidad autónoma con el estado.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

En la actualidad la Ley de lo Contencioso Administrativo es muy general al establecer cuál es el procedimiento que debe seguirse para la declaración de lesividad de un contrato administrativo con una institución del estado, pero no es clara y específica, ya que no establece el procedimiento para la declaración de lesividad de los contratos con entidades autónomas; y al no establecerse un procedimiento específico, éstas no son requeridas y mucho menos recompensadas o resarcidas, de manera que al realizar reformas a la ley anteriormente citada, no se dejaría brecha para omitir y dejar la obligación adquirida por las entidades autónomas y se evitaría la mala utilización de recursos del estado que se manejan a través de estas entidades.

En virtud de lo mencionado con anterioridad se hace necesario establecer un procedimiento adecuado para declarar la lesividad de los contratos administrativos específicamente con las entidades autónomas, ya que así no se vulneraría la autonomía con la que cuentan dichas instituciones y a la vez se fortalecería el derecho administrativo.

Por tal motivo se deben de realizar reformas a la Ley de lo Contencioso Administrativo y establecer específicamente un procedimiento para la declaración de lesividad de los contratos administrativos realizados por entidades autónomas.

BIBLIOGRAFÍA

- ASTOLFI, Jose Carlos. **Historia del derecho**. 8va. ed.; Argentina: Ed. Kapelusz, 1956.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. 26a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1999.
- CASTAN TOBEÑAS, José. **Derecho civil**. Madrid, España: Ed. Reus, 1941.
- ESPIN CANOVAS, Diego. **Manuel de derecho civil**. 2a. ed.; España: Ed. Derecho privado, 1959.
- GUAITA, Aurelio. **El proceso administrativo de lesividad**. Barcelona, Espatia: Ed. Busch, 1953.
- IGLESIAS, Juan. **Derecho romano**. 12a. ed.; Barcelona, España: Ed. Ariel, S.A., 1999.
- MORGAN SANABRIA, Rolando. **Material de apoyo para el curso planeación del proceso de la investigación científica**. 2a. ed.; Guatemala: Ed. Universitaria, 1999.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. 23a. ed.; revisada, corregida y aumentada; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1996.
- PAZ ÁLVAREZ, Roberto. **Teoría elemental del derecho mercantil guatemalteco**. 2a. ed.; Guatemala, Guatemala: Ed. Aries, 2000.
- PUIG PEÑA, Federico. **Tratado de derecho civil**. 3a. ed.; España: Ed. Derecho privado, 1957.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. 3a. ed.; revisada, corregida y aumentada; Guatemala, Guatemala: Ed. Universitaria, 2000.

VISOR, **Diccionario enciclopédico ilustrado visor**. Revisada, corregida y aumentada; Buenos Aires, Argentina: Ed. Anselmo Morvillo 2000.

Legislación:

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

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República, Decreto número 2-89, 1989.

Ley de lo Contencioso Administrativo. Congreso de la República, Decreto número 119-96, 1997.

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 107, 1963.

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, 1963.

Código de Comercio. Congreso de la República, Decreto número 2-70, 1970.