

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

**LA NECESIDAD DE AMPLIAR EL PLAZO PARA DECLARAR LA LESIVIDAD
DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

DAMARIS JOCABED VELÁSQUEZ GARCÍA

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2015

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

**LA NECESIDAD DE AMPLIAR EL PLAZO PARA DECLARAR LA LESIVIDAD
DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

DAMARIS JOCABED VELÁSQUEZ GARCÍA

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
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic.	Gerardo Prado
Vocal:	Lic.	Angel Roberto Tepaz Gomez
Secretario:	Lic.	Carlos Ernesto Garrido Colon

Segunda Fase:

Presidente:	Lic.	Menfil Osberto Fuentes Perez
Vocal:	Lic.	Arnoldo Torres Duarte
Secretaria:	Licda.	Dilia Augustina Estrada Garcia

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).



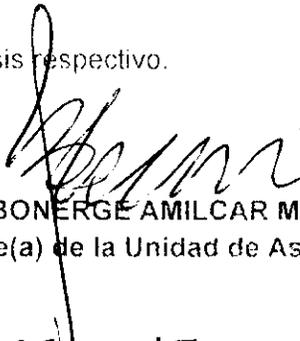
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 12 de marzo de 2015.

Atentamente pase al (a) Profesional, EDSON ALEXANDER RODRIGUEZ ARGUETA
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
DAMARIS JOCABED VELÁSQUEZ GARCÍA, con carné 199822972,
 intitulado LA NECESIDAD DE AMPLIAR EL PLAZO PARA DECLARAR LA LESIVIDAD DE LOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS.

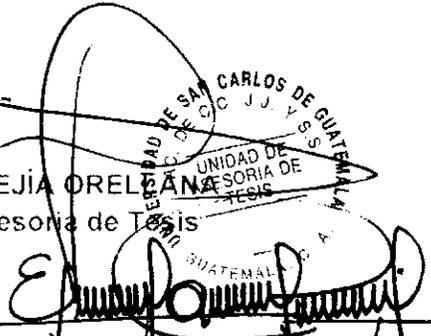
Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

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 fueron 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 20 / 07 / 2015


 Edson Alexander Rodríguez Argueta
 Abogado y Notario



Lic. Edson Alexander Rodríguez Argueta

ABOGADO EN LA LEY
CALLE 13-10-10, ZONA 10, GUATEMALA, GUATEMALA
TEL: 2333-1111
CEL: 9999-1111

Guatemala, 09 de septiembre de 2015

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



Apreciable doctor Mejía:

Respetuosamente a usted informo sobre mi nombramiento como asesor de tesis de la bachiller Damaris Jocabed Velásquez García, la cual se intitula LA NECESIDAD DE AMPLIAR EL PLAZO PARA DECLARAR LA LESIVIDAD DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, por lo que me complace manifestarle lo siguiente:

- a) Respecto al contenido científico y técnico de la tesis, en la misma se analizan aspectos legales importantes y de actualidad; ya que trata sobre los contratos administrativos que lesionan los intereses del Estado y la necesidad de declararlos lesivos en un plazo mayor al que establece la ley.
- b) Los métodos utilizados en la investigación fueron el análisis, la inducción, la deducción y la síntesis; mediante los cuales la bachiller no sólo logró comprobar la hipótesis sino que también analizó y expuso detalladamente los aspectos más relevantes relacionados con la lesividad administrativa. La técnica bibliográfica permitió recolectar y seleccionar adecuadamente el material de referencia.
- c) La redacción de la tesis es clara, concisa y explicativa, habiendo la bachiller utilizado un lenguaje técnico y comprensible para el lector; asimismo, hizo uso de las reglas ortográficas de la Real Academia Española.

Edson Alexander Rodríguez Argueta
Abogado y Notario

Lic. Edson Alexander Rodríguez Argueta

Abogado y Notario

Colegiado No. 10,180



- d) El informe final de tesis es una gran contribución científica para la sociedad y para la legislación guatemalteca; puesto es un tema muy importante que no ha sido investigado suficientemente. En todo caso puede servir como material de consulta para futuras investigaciones.
- e) En la conclusión discursiva, la bachiller expone sus puntos de vista sobre la problemática y a la vez recomienda que se amplíe el plazo para declarar lesivos los contratos administrativos con el objeto que el Estado ejerza una legítima defensa de sus intereses.
- f) La bibliografía utilizada fue la adecuada al tema, en virtud que se consultaron exposiciones temáticas tanto de autores nacionales como extranjeros.
- g) La bachiller aceptó todas las sugerencias que le hice y realizó las correcciones necesarias para una mejor comprensión del tema; en todo caso, respetó sus opiniones y los aportes que planteó.
- h) Declaro que no soy pariente de la estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime.

Con base a lo anterior, hago de su conocimiento que la tesis cumple con todos los requisitos estipulados en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; por lo que apruebo el trabajo de investigación, emitiendo para el efecto DICTAMEN FAVORABLE, para que la misma continúe el trámite correspondiente.

Atentamente,

LICENCIADO EDSON ALEXANDER RODRÍGUEZ ARGUETA

ABOGADO Y NOTARIO

Colegiado No. 10,180

Edson Alexander Rodríguez Argueta
Abogado y Notario



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 DAMARIS JOCABED VELÁSQUEZ GARCÍA, titulado LA NECESIDAD DE AMPLIAR EL PLAZO PARA DECLARAR LA LESIVIDAD DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. 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. Aníbal Ortiz Orellana
DECANO

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Edificio S-7, Ciudad Universitaria Zona 12 - Guatemala, Guatemala





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por ser fuente de bendición en mi vida y de mi familia, y darme la sabiduría para poder alcanzar mis metas. Gracias bendito padre celestial por tus misericordias.
- A MIS PADRES:** Israel Velásquez Cardona y Amalia García Ramírez, por haberme dado la vida y brindado su apoyo incondicional durante todo este tiempo, sin el cual no habría podido llegar a la meta; y enseñarme a luchar para lograr mis propósitos. Que Dios los bendiga.
- A MIS HIJOS:** Mariana Estefanía y José Adrián, por ser mi motivación, este logro es de los tres. Gracias por su comprensión, los amo mis hijos bellos.
- A MI FAMILIA:** En especial a mis hermanos: Maritza, Eunice, Asdrúval, Gersom, Abner y Merari; mis sobrinos, mis tías Carolina y Estefana por sus consejos y apoyo. En general, a toda mi familia por su cariño y aprecio sincero.
- A MIS AMIGOS:** Por ser parte de muchas y lindas vivencias que han dejado marcada mi vida, especialmente a Mirna, Irma, Ana Yensi, Dina, Claudia, Gladys, Rosemary, Mercy, Alejandrina, Allan y Juan Carlos.
- A MI ASESOR:** Licenciado Edson Alexander Rodríguez Argueta por su tiempo, valiosa colaboración y apoyo.
- A:** **MIS CENTROS DE ESTUDIOS**, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Tricentennial University of San Carlos de Guatemala, por ser parte de mi formación profesional, orgullosamente.



PRESENTACIÓN

Estudiar la Ley de lo Contencioso Administrativo con relación al plazo que regula dicho cuerpo legal para que proceda la declaratoria de la lesividad de los contratos administrativos cuando son contrarios a los intereses del Estado en un plazo mayor de tres años es importante, toda vez que hoy en día los funcionarios públicos contraen obligaciones u otorgan concesiones a transnacionales que realizan actividades diversas en el territorio guatemalteco, cuyo impacto no necesariamente se refiere a la obtención de los beneficios económicos que se haya pactado, sino que generalmente sus efectos son más negativos que positivos, vulnerando los intereses de la colectividad, es decir del Estado.

Actualmente existen algunos casos, cuyo plazo para declarar la lesividad, de acuerdo a la ley, ya prescribió; y los intereses del Estado siguen siendo violentados, tal es el caso de una empresa, que desde el año 2005, está explotando los recursos naturales en el Altiplano de San Marcos; sin embargo, ha quedado de manifiesto que los efectos de los trabajos de explotación minera han acarreado consecuencias negativas para la población. Asimismo, los casos de adquisiciones que la gran mayoría de veces son sobrevaloradas, entre otros.

Por lo que propongo la reforma al Artículo 20 de la Ley de lo Contencioso Administrativo para que la declaración de la lesividad de los contratos administrativos pueda hacerse en un plazo de 10 años a partir de su suscripción, y de esta manera la sociedad civil también pueda ejercer un mejor control directo sobre la administración pública con el fin de que los recursos del Estado sean efectivamente administrados de acorde a la realidad nacional guatemalteca y no en beneficio de pequeños grupos.



HIPÓTESIS

Los contratos administrativos por el sólo hecho que el estado comparece como parte, van a tener características y principios especiales, diferentes a los contratos civiles y mercantiles, y esto se debe a que el fin de los contratos administrativos es un fin público, es decir serán de beneficio social, teniendo como consecuencia una protección especial tal como establece el artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala en su segundo párrafo: "El interés social prevalece sobre el interés particular".

Derivado de lo expuesto podemos decir que el plazo para declarar la lesividad de los contratos administrativos que regula la Ley de lo Contencioso Administrativo impide la legítima defensa de los intereses del Estado.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

A través del presente trabajo de tesis tuve la oportunidad de comprender la lesividad de los contratos administrativos, lo que me permitió comprobar la hipótesis planteada oportunamente, recurriendo a tratadistas contemporáneos por medio del estudio de las doctrinas que aclaran los efectos de los contratos administrativos que son adversos a los intereses del estado, siendo pocos los estudiosos que abordan las figuras del derecho administrativo y sobre lesividad, permitiéndome reiterar la propuesta de la necesidad de ampliar el plazo que regula actualmente el Decreto 119-96 del Congreso de la República, Ley de lo Contencioso Administrativo, en su Artículo 20, para una efectiva defensa de los intereses del Estado.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Estado	1
1.1. Antecedentes.....	1
1.2. Definición de estado	4
1.3. Elementos del estado	5
1.3.1. Población	5
1.3.2. Territorio	6
1.3.3. Ordenamiento jurídico	7
1.3.4. Autoridad o poder público	8
1.3.5. Fin del estado	8
1.4. Funciones del estado.....	9
1.4.1. Funciones jurídicas	9
1.4.2. Función legislativa	10
1.4.3. Función ejecutiva.....	10
1.4.4. Función judicial	11
1.4.5. Funciones políticas	12
1.4.5.1. Gobierno.....	12
1.4.5.2. Control	12

CAPÍTULO II

2. La administración pública	15
2.1. Nociones básicas de administración.....	15
2.2. Definición de administración pública	16
2.2.1. Evolución	17



	Pág.
2.2.2.	Clases de administración..... 19
2.2.3.	Función pública..... 20
2.2.4.	Función administrativa 22
2.3.	Elementos de la administración pública..... 24
2.3.1.	El órgano administrativo 24
2.3.2.	La actividad administrativa..... 24
2.3.3.	La finalidad de la administración pública 25
2.3.4.	El medio..... 25
2.4.	Actividad de gobierno 25
2.4.1.	Actividad discrecional 26
2.4.2.	Actividad reglada 26
2.5.	Sistemas de organización administrativa..... 26
2.5.1.	La centralización o concentración administrativa:..... 27
2.5.2.	La desconcentración administrativa:..... 28
2.5.3.	La descentralización administrativa:..... 29
2.5.4.	La Autonomía: 30
2.6.	Principios 32
2.6.1.	Principio de juridicidad 32
2.6.2.	Principio de legalidad..... 33
2.7.	Corrupción administrativa 33

CAPÍTULO III

3.	Contratos administrativos 35
3.1.	Generalidades del contrato, convenio y cuasicontrato 35
3.2.	Definición de contrato administrativo 37
3.2.1.	Características 38
3.2.2.	Elementos 39
3.2.3.	Principios del contrato administrativo 41
3.2.4.	Regulación..... 42



	Pág.
3.3. Clasificación de los contratos administrativos	43
3.3.1. Contrato de obra pública	44
3.3.2. Contrato de suministros	44
3.3.3. Concesión de servicios públicos	44
3.3.4. Contrato de servicios al estado	45
3.3.5. Contrato de consultoría profesional	45
3.3.6. Explotación y exploración de recursos no renovables	45
3.4. Modalidades para la contratación administrativa	46
3.4.1. Contrato abierto	46
3.4.2. Compra directa	47
3.4.3. Cotización	47
3.4.4. Licitación pública	48
3.5. Extinción de los contratos administrativos	49
3.5.1. Extinción normal	50
3.5.2. Extinción anormal	50

CAPÍTULO IV

4. La lesividad de la contratación administrativa	53
4.1. Antecedentes de la lesividad	53
4.2. Generalidades	55
4.3. Acepciones de lesividad	56
4.4. Naturaleza	57
4.5. Declaración de lesividad	57
4.5.1. Fase administrativa	59
4.5.2. Fase judicial	63
4.6. Consecuencias de la declaración de la lesividad	66
4.7. Análisis del plazo legal actual para declarar la lesividad de los contratos administrativos	67



Pág.

CONCLUSIÓN DISCURSIVA 77

BIBLIOGRAFÍA 79



INTRODUCCIÓN

El Estado, es una persona jurídica, tal como lo establece el Artículo 15 numeral 1º. del Decreto Ley 106, Código Civil y por lo tanto puede ejercitar todos los derechos y contraer las obligaciones que sean necesarios para realizar su fin supremo, que es la realización del bien común. De ahí que el Estado de Guatemala puede contraer obligaciones con otras personas, sean individuales o jurídicas, y que en algunos casos se han vulnerado principios y garantías constitucionales, beneficiando a pequeños grupos sin importar que al final los damnificados son las grandes mayorías, no solo las presentes sino también las futuras.

Partiendo de esa inquietud y si bien es cierto que en Guatemala han existido varios casos declarados lesivos por ser perjudiciales a los intereses del Estado de Guatemala, es interesante hacer un estudio del Decreto 119-96 del Congreso de la República, que contiene la Ley de lo Contencioso Administrativo con relación al plazo que regula dicho cuerpo legal para que proceda la declaratoria de la lesividad de los contratos administrativos cuando son contrarios a los intereses del Estado en un plazo mayor y poder plantear la propuesta y la necesidad de ampliar dicho plazo, toda vez que hoy en día existen concesiones otorgadas a transnacionales que realizan actividades diversas en el territorio guatemalteco, que generalmente sus efectos son más negativos que positivos y que a largo plazo no alcanzarán para restaurar los daños causados; o bien se pactan contratos administrativos vulnerando principios y garantías constitucionales.

El fin de los contratos administrativos es un fin público, es decir serán de beneficio social, teniendo como consecuencia una protección especial tal como establece el Artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala en su segundo párrafo: "El interés social prevalece sobre el interés particular", por lo que a través del presente trabajo se puede establecer que si es necesario ampliar el plazo para declarar la lesividad de los contratos administrativos que regula la Ley de lo Contencioso Administrativo, comprobando así la hipótesis planteada oportunamente.



La metodología de investigación consistió en el uso de los siguientes métodos: analítico para interpretar la Ley de lo Contencioso Administrativo; para poder determinar si en el plazo que ésta establece para la declaración de la lesividad efectivamente impide la legítima defensa de los intereses del Estado cuando un contrato administrativo violenta los principios fundamentales de la administración pública y el fin supremo del Estado de Guatemala, observándose las causas y los efectos; el dialéctico, considerando sus características más relevantes, pues concibe al mundo como reflejo objetivo de la realidad cambiante, en constante movimiento y desarrollo. Así mismo, el deductivo, partiendo de lo general a lo especial. En cuanto a la técnica que sirvió de base para la obtención de la información se utilizó la bibliográfica documental.

De acuerdo con la sistemática y metodología seguida en la investigación, en el primer capítulo se trató específicamente en el tema del estado, en el segundo el tema de la administración pública en general; en el tercero las generalidades de los contratos administrativos y en el cuarto el tema de la lesividad de la contratación administrativa.



CAPÍTULO I

1. Estado

En la presente investigación, es necesario partir desde el estado, por lo que iniciaré haciendo referencia a este tema.

1.1. Antecedentes

El estado es un fenómeno que ha estado en constante evolución, desde el Estado Primitivo, pasando por el Estado Feudal, hasta llegar al Estado – Nación que actualmente conforma la sociedad.

El tratadista Francisco Porrúa Pérez en su obra Teoría del Estado, señala que los hechos políticos más importantes que dieron origen al estado son los siguientes:

- Asia Oriental: a partir del siglo VIII, a. J. C., que se da la existencia de sociedades políticas gobernadas por un monarca. En ese tiempo, se suponía al emperador como el representante del cielo y señor absoluto de todos los hombres, aunque respondía ante el pueblo con la concordancia de sus actos con las leyes.

- Antiguo Oriente: esta época se caracterizó por tener un estado despótico, porque la autoridad era tan regia que la capacidad de las personas en el derecho privado estaba restringida, así como la capacidad para actuar dentro del derecho público se limitaba a los individuos pertenecientes a una clase o casta privilegiada; y,



teocrático, porque existía una relación entre el soberano de la comunidad política y la divinidad.

- Grecia: los habitantes de las polis tomaron parte en las tareas del gobierno, reconociéndoseles como hombres libres; no obstante, no participaron en un plano de igualdad, pues la sociedad se dividía en clases, según su fortuna y los derechos y deberes estaban en proporción a su riqueza. La característica fundamental de la organización política griega es la potestad absoluta en relación con la misma, con la organización política, que su capacidad para participar en ella a través de la elaboración de las leyes. Ya formuladas las leyes eran impuestas a los individuos, de tal manera que no tenían libertad, en el sentido actual.

- Roma: fundado en el año 750 a. C. inicialmente el gobierno era monárquico electivo y se dividía en dos clases, los patricios, que era la clase aristocrática con derechos políticos y la plebe. En el año 506 a. C. aparece la República como forma de gobierno, pero a finales del siglo II a. C. empieza el ocaso de la República, y se instaura el imperio como régimen monárquico absoluto que perdura hasta la caída de Roma en el año 476 d. C.

- Edad Media: su florecimiento se debió a la caída del imperio romano de occidente en el año 476. En esta época siguen influyendo las ideas del imperio romano recogidas por Carlomagno, aunque dentro de las comunidades políticas desaparece el monismo político. En la época feudal se acentúa el dualismo, es



decir al lado del poder del soberano existía la justicia popular. El poder se fue dividiendo de tal manera que se afirmó la posición de los señores feudales dentro de la comunidad política.

- Estado Moderno: a finales de la Edad Media se hicieron esfuerzos por unir al estado, territorial y administrativamente, puesto que éste se encontraba dividido a causa del feudalismo. Con el Renacimiento surgió la concepción del Estado Moderno, al igual que revalorizó la razón humana la colocó como centro del universo. Se supera el dualismo, el estado está por encima de la iglesia, desaparece el feudalismo. Nace el absolutismo que logró nivelar las diferencias entre las clases y los ciudadanos llegaron a tener igualdad jurídica con sus variantes desde 1789 hasta nuestros días.

Massimo Severo Giannini establece: "las guerras de finales del siglo XV impulsaron a España, Francia e Inglaterra a constituirse en Estados. Por lo tanto el nacimiento del estado comprende el periodo del siglo XV hasta el siglo XVII".¹

Posteriormente, durante los siglos XVII, XVIII y XIX, el Estado Constitucional tuvo su origen en J. Locke, Montesquieu, Rousseau, T. Jefferson y el abate Siéyes.

¹Instituto Nacional de Administración Pública. **Derecho Administrativo**. Ministerio para las Administraciones Públicas. Pág. 47



1.2. Definición de estado

Etimológicamente la palabra estado, nace de la voz latina status, la cual toma un sentido político de unidad política moderna con Nicolás Maquiavelo, con su obra El Príncipe. “Como se sabe, la obra comienza con las siguientes palabras: “Todos los Estados, todas las dominaciones que ejercieron y ejercen imperio sobre los hombres, fueron y son repúblicas o principados”.²

Otra definición que me parece acertada es: “Agrupación humana, fijada en un territorio determinado y en la que existe un orden social, político y jurídico orientado hacia el bien común, establecido y mantenido por una autoridad dotada de poderes de coerción”.³

Algunos tratadistas definen el estado como poder, es decir como el órgano superior, soberano e independiente por encima del cual no existe autoridad superior o, como estructura social, o sea, el pueblo. Maquiavelo, en sus reflexiones sobre el poder, lo considera como uno de los ingredientes fundamentales de la comunidad política, y que al convertirse en soberanía, dio origen al estado moderno.

Al respecto de la soberanía, la Constitución Política de la República de Guatemala establece en su Artículo 141: “La soberanía radica en el pueblo quien la delega, para su ejercicio, en los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial. La subordinación entre los mismos es prohibida”.

²Bobbio, Norberto. **Estado, gobierno y sociedad**. Pág.86

³Hauriou, Andre. **Derecho Constitucional e Instituciones Políticas**. Pág. 118



Para el Licenciado Gerardo Prado, 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”.⁴

Dicho en otras palabras, estado es una forma de organización social con personalidad jurídica, en la cual un grupo de personas viven en un territorio determinado, y se rigen por un conjunto de normas jurídicas que son creadas, interpretadas y aplicadas por una autoridad, con la finalidad de proteger a cada una de las personas y a la familia para la realización del bien común.

1.3. Elementos del estado

Partiendo de las definiciones anteriores, se puede establecer que los elementos indispensables en la estructuración del estado son: la población, el territorio, el ordenamiento jurídico, la autoridad o el poder público y el fin del estado.

1.3.1. Población

Término sociológico que se refiere a un grupo complejo de individuos. Primer elemento del estado por cuanto éste es, ante todo, una agrupación humana. La población es un conjunto de personas naturales que habitan en un territorio de manera estable. Este

⁴Prado, Gerardo. **Teoría del Estado**. Pág. 29



asentamiento estable o residencia exigida a los integrantes de la población excluye a los extranjeros de paso o transeúntes. Este conjunto humano estará integrado habitualmente por nacionales y extranjeros.

La población o grupo humano, se refiere a un cierto número de personas o conjunto de habitantes que componen el estado, hallándose condicionadas por un vínculo jurídico específico: la nacionalidad, que debe distinguirse de la ciudadanía. Es decir que la nacionalidad es el vínculo jurídico que une a un individuo a un estado, y según el Licenciado Gerardo Prado "ese vínculo le da derecho a reclamar la protección de la entidad estatal, pero también le somete a obligaciones impuestas por sus leyes"⁵ y la ciudadanía la condición que reconoce a una persona derechos políticos y sociales en un país determinado.

Es decir que la población es el total de los habitantes de un estado, y comprende a los nacionales como a los extranjeros, sometidos al ordenamiento jurídico positivo de ese estado.

1.3.2. Territorio

Para el estado, el territorio es un elemento de primer orden, colocado al lado del elemento humano en cuanto a que su presencia es necesaria para que surja y se conserve el estado.

⁵Ibid. Pág. 66



El territorio, el espacio físico en donde se asienta la población, constituye uno de los elementos fundamentales del estado, ya que sin territorio desaparece el estado. El territorio se convierte en elemento de cada estado, no cualquier territorio sino uno determinado, lo que no implica afirmar su invariabilidad, ya que éste admite cambios.

El territorio es un instrumento para el estado, necesario para la realización de sus funciones y cumplimiento de sus fines. El territorio es fuente de recursos, ámbito de desarrollo de actividades, hábitat de la población y se proyecta como parte del ecosistema terrestre. El territorio es el ámbito espacial que delimita el ejercicio de la competencia por parte del estado y donde se asienta su colectividad.

El territorio comprende el espacio terrestre, marítimo y aéreo, así como las aguas interiores o sea los lagos y ríos del estado que se trate, establecido dentro de sus deslindes geográficos.

1.3.3. Ordenamiento jurídico

Este elemento se refiere al conjunto de normas jurídicas vigentes y positivas, que rigen en un determinado estado y son el carácter fundamental que forman la Constitución Política de un país, donde se establecen principios relacionados con el orden y con el régimen político imperante.



1.3.4. Autoridad o poder público

“Poder, suprema potestad rectora y coactiva del estado que se traduce en la fuerza de imponer decisiones de carácter general que afectan al bien común. Si esta autoridad es ejercida hacia sus ciudadanos se llama imperium y si es ejercida hacia el exterior, hacia otros estados se llama soberanía”.⁶

Este elemento del estado se entiende como la capacidad o autoridad de dominio, freno y control a los seres humanos o, en otras palabras, a la población, con objeto de limitar su libertad y reglamentar su actividad. Este poder puede ser por uso de la fuerza, la coerción, o por diversas causas, pero en toda relación social, el poder presupone la existencia de una subordinación de orden jerárquico de competencias o cooperación reglamentadas.

Es la facultad del estado para ordenar, mandar o hacer una cosa y que en la esfera política se manifiesta como Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

1.3.5. Fin del estado

Como lo he indicado anteriormente, el fin o finalidad del estado es el bien común, entendiendo la suma de condiciones de la vida social mediante las cuales el grupo humano puede conseguir con mayor plenitud y facilidad su propia perfección.

⁶http://www.rocketclub.org/nacion_y_estado.pdf. (Consultado: Guatemala, 26 de junio de 2015)



Cabe mencionar que el fin del Estado no es un aspecto puramente doctrinario, ya que es una garantía constitucional, toda vez que la Constitución Política de la República de Guatemala regula en el Artículo 1: “El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común”.

1.4. Funciones del estado

Es a través de sus funciones que todo estado puede llegar a cumplir con sus fines, para ello el estado debe ejercitar por un lado las funciones jurídicas, que comprende: i) la función legislativa, ii) la función ejecutiva; y iii) la función de juzgar; y por otro lado las funciones políticas, o sea las funciones de gobierno y las de control.

1.4.1. Funciones jurídicas

Gerardo Prado, al referirse a las funciones jurídicas del estado, “se considera las funciones que despliega el estado, al margen de reflexiones acerca de regímenes políticos”.⁷

⁷Prado, Gerardo. **Op. Cit.** Pág. 152



1.4.2. Función legislativa

A través de ésta, se formulan las normas generales que deben, en primer término, estructurar el estado y en segundo lugar, reglamentar las relaciones entre el estado y los ciudadanos y las relaciones de los ciudadanos entre sí.

“La función legislativa ordinaria está a cargo del órgano que comúnmente se le llama Congreso y la función legislativa extraordinaria está a cargo de un órgano superlegislador o poder constituyente que define la suprema ley, llamado Asamblea Nacional Constituyente”.⁸

1.4.3. Función ejecutiva

La función ejecutiva o administrativa, “es la actividad que normalmente corresponde al poder ejecutivo, se realiza bajo el orden jurídico y limita sus efectos a los actos jurídicos concretos o particulares y a los actos materiales, que tienen por finalidad la prestación de un servicio público o la realización de las demás actividades que le corresponden en sus relaciones con otros entes públicos o con los particulares, reguladas por el interés general y bajo un régimen de policía o control”.⁹

⁸ **Ibid.** Pág. 154

⁹ Serra Rojas, Andrés. **Derecho Administrativo, Primer Curso.** Pág. 67



La función ejecutiva consiste en el actuar del estado, promoviendo la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos y fomentando el bienestar y el progreso de la colectividad.

1.4.4. Función judicial

También llamada jurisdiccional, es la acción jurídica que tiene como finalidad la declaración del derecho a un caso concreto, que se manifiesta a través de su acto fundamental que es la sentencia.

El principal cometido de la función judicial es impartir justicia en la sociedad: o sea expresar la voluntad de la ley. Esto significa que le compete resolver, dentro del marco de la legislación que le ha sido dado por la función legislativa, todas las reclamaciones que le sean solicitadas.

La función judicial no hace la ley sino que la aplica a los casos particulares. Sus fallos son obligatorios sólo para las partes, aunque en algunos casos sientan "jurisprudencia", es decir, establecen una forma de interpretar y de aplicar la ley en casos similares. Sin embargo, las sentencias sólo son obligatorias para las partes involucradas en el asunto que se juzga.



1.4.5. Funciones políticas

1.4.5.1. Gobierno

Según la Enciclopedia de la Política, es “la compleja función de conducir a las personas y administrar las cosas del estado o el conjunto de órganos que la cumplen. La tarea de gobernar comprende dos grandes aspectos: conducir personas y administrar cosas”.¹⁰

El primer aspecto se convierte en una tarea compleja y sutil, pues implica la dirección, inducción, motivación, estimulación, generación de aliento y desaliento, aplicación de normas disciplinarias, coordinación de esfuerzos, señalización de metas y articulación de actividades para que cada persona cumpla con lo que le corresponde en la vida comunitaria. En lo que se refiere al segundo aspecto, es la “promoción o gestión de las cosas del estado y la supervisión del proceso de la producción, circulación y distribución de los bienes económicos”.¹¹

1.4.5.2. Control

La función política de control del estado se refiere a una verificación de acciones concretas, que tiene un valor jurídico originario, que implica un límite a la actividad del órgano con la posible influencia en sus decisiones. Puede definirse como: “toda

¹⁰Borja, Rodrigo. **Enciclopedia Política**. Pág. 4

¹¹**ibid.**



capacidad o facultad indirecta de influir o limitar la decisión del titular de una función, a quien está formalmente atribuida por el derecho".¹²

¹²Prado, Gerardo, **ibid.** Pág. 158



CAPÍTULO II

2. La administración pública

2.1. Nociones básicas de administración

- Para Harold Koontz y Cyril O'Donnel, administración es: "La dirección de un organismo social y su efectividad en alcanzar sus objetivos, fundada en la habilidad de conducir a sus integrantes".¹³
- Münch Galindo y García Martínez, se refieren a la administración como "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".¹⁴

Partiendo de esas ideas, personalmente puedo decir que administración es la serie de etapas ordenadas y concatenadas dirigidas por una autoridad competente, orientada a planificar, organizar, integrar, dirigir y controlar a un determinado grupo de seres humanos (sea público o privado), con el objeto de lograr fines y propósitos de diversa índole.

¹³Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de San Carlos. **Apuntes de Administración I**, Pág. 1

¹⁴**ibid.**



2.2. Definición de administración pública

La actividad administrativa del Organismo Ejecutivo recibe el nombre de administración pública. Etimológicamente administración pública es la acción o actividad que busca servir a los habitantes del estado para realizar el bien común.

Según Villegas Basavilvaso, es: "Aquella actividad del estado que tiene por objeto la satisfacción directa e inmediata de las necesidades colectivas, por medio de actos concretos dentro del orden jurídico y de acuerdo con los fines de la ley".¹⁵

Para el Licenciado Hugo Haroldo Calderon M. la administración pública es: "la parte orgánica del Estado que realiza la función administrativa, la que en principio, corresponde al Organismo Ejecutivo su ejercicio a través del acto administrativo y actos de administración; servicios públicos y contratación pública".¹⁶

De las definiciones anteriores podemos decir que la administración pública se refiere al que hacer del Organismo Ejecutivo, a quien le corresponde la prestación de los servicios y obras públicas con el presupuesto de ingresos y egresos del estado, a través de los órganos y entidades públicas a cargo de funcionarios que desarrollan funciones para satisfacer las necesidades sociales, y de esta manera lograr la finalidad del estado, que es el bienestar colectivo y la paz social, ajustándose al ordenamiento jurídico vigente y positivo.

¹⁵Villegas Basavilvaso, Benjamín. **Derecho administrativo**. Pág. 86

¹⁶Calderon M., Hugo Haroldo. **Teoría General del Derecho Administrativo**. Pág. 17



2.2.1. Evolución

La administración pública es tan antigua, así como las civilizaciones egipcias y babilonias; y algunos estudiosos hacen referencia a que los primeros documentos sobre este maravilloso tema fueron escritos en el siglo IV antes de Cristo, ejemplo de ello son los Arthsastras indios, que hasta donde se sabe fue el primer trabajo escrito acerca de la ciencia de la administración como disciplina utilizada para resolver los problemas gubernamentales. Posteriormente, los árabes crearon una corriente constante por diez siglos sobre la ciencia de la administración, aportando estudios de administración musulmanes que constituyen la creación intelectual administrativa más importante de la antigüedad.

Así como los indios y los árabes hicieron sus aportes sobre este tema que ocupa la presente investigación, también lo hicieron los chinos con su valioso aporte y famosa obra denominada Libro de los exámenes orientada a la formación de la burocracia más grande de la antigüedad, a pesar que China no dejó plasmada una doctrina sobre su administración pública, como lo hicieron las civilizaciones anteriores.

Los aportes para la moderna ciencia de la administración de la civilización occidental son menos antiguos y abundantes que los precedentes orientales, mereciendo la pena mencionar a Roma como la que más ha contribuido a la formación de la administración pública moderna, cuyas instituciones políticas pudieron sobrevivir a la Edad Media, sirviendo de alguna forma a la construcción del estado contemporáneo.



Uno de los exponentes occidentales, Juan Bodino, establece “los requisitos reales y formales que constituyen las bases de la naciente administración monárquica; así mismo las bases del estudio de la administración pública moderna, sus investigaciones cimentaron el edificio conceptual de la ciencia de la administración, la cual, sin embargo, nació en su época con el nombre de ciencia de la policía”.¹⁷

La ciencia de la policía fue eficazmente desarrollada por Von Justi, quien afirmó que la policía buscaba la felicidad de los habitantes, es decir la supervivencia, vida y vivir mejor, refiriéndose así al arte moderno de gobernar, en otras palabras, el bien común de todos los ciudadanos considerados individualmente. Ésta al haber sido difundida en Francia contribuyó a la Revolución francesa de 1789, emergiendo un nuevo estado, la República.

Luego de la toma de la Bastilla, Francia después de haber sido un estado monárquico, fue gobernada por diferentes grupos políticos, entre ellos: la Asamblea Constituyente, la Asamblea Legislativa, la Asamblea Nacional, el Comité de Salud Pública, El Directorio, hasta la llegada del imperio de Napoleón, hechos históricos que determinaron la gestión de la administración pública más avanzada de entonces; así mismo, registraron las nociones universales y permanentes que rigen la administración, por lo que se puede decir que Francia es el país de la nueva ciencia de la administración.

¹⁷ Guerrero Orozco, Omar. **Introducción a la administración pública**. Pág. 24



En síntesis, se puede decir que la administración pública, como ciencia, nace del movimiento revolucionario francés de 1789, del cual surge lo que se conoce como estado liberal, creando el Consejo de Estado, órgano dependiente del jefe de gobierno y que tenía el deber de juzgar a los entes administrativos.

2.2.2. Clases de administración

Según el Licenciado Hugo Calderón M. "fundamentalmente, en la administración pública existen cuatro clases de administración o formas de administrar, la planificación, administración ejecutiva, la administración de control, y la asesoría".¹⁸

- Administración de planificación: es aquella a través de la cual se hacen planes, programas y proyectos de corto, mediano y largo plazo, estableciendo las necesidades para poder lograrlos, así como las soluciones a éstas.

- Administración ejecutiva: es la clase de administración pública a través de la cual se tiene la facultad legal para poder actuar, es decir, la potestad que se tiene para decidir y actuar. Ejemplos de órganos administrativos a quienes les corresponde la administración ejecutiva: el Presidente de la República, Ministros de Estado, entre otros.

¹⁸Calderon M., Hugo Haroldo, **Op. Cit.** Pág. 26



- **Administración de control:** es la clase de administración pública a través de la cual se otorga la facultad legal a un determinado órgano administrativo independiente, que tiene por objeto velar porque todas las actuaciones de la administración pública se realicen dentro del marco de las normas establecidas. Ejemplo de éstos órganos: La Corte de Constitucionalidad, a quien le corresponde velar por el estricto cumplimiento de las garantías constitucionales y la Contraloría General de Cuentas, encargada de fiscalizar todo interés hacendario del Estado, es decir que los funcionarios y empleados públicos administren los bienes del estado de acuerdo a lo establecido en el ordenamiento jurídico vigente, entre otros.
- **Asesoría:** Es el consejo que se da a través de una opinión o dictamen emitido por personas versadas en determinada ciencia o área del conocimiento a un órgano ejecutivo a manera de cuidar que las decisiones sean aceptadas y que jurídica y técnicamente cumplan con la legalidad y la juridicidad.

2.2.3. Función pública

La función pública se refiere a la actividad del estado a través de los tres órganos, es decir el Órgano Ejecutivo, el Órgano Legislativo y el Órgano Judicial, a quienes les corresponde realizar el bien común, a través de sus respectivas funciones.

- Función legislativa: formula normas generales que deben en primer término estructurar el estado y en segundo lugar, reglamentar las relaciones entre el estado y los ciudadanos y las relaciones de los ciudadanos entre sí.
- Función ejecutiva: consiste en el actuar del estado promoviendo la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos y fomentado el bienestar y el progreso de la colectividad. En ella se encuentra comprendida la función gubernamental o alta dirección del estado.
- Función judicial: es la encaminada a tutelar el ordenamiento jurídico, dirigida a obtener en casos concretos la declaración del derecho y la observancia de la norma jurídica pre constituida, mediante una resolución de controversia que surge por conflicto de intereses.

“La función pública en general debe entenderse como la atribuida al estado, cuyo ejercicio requiera el desempeño de una actividad que conlleve, su potestad, su imperio, su autoridad, de ahí que sea la manifestación de su soberanía, la función pública lo puede ser en sentido formal o material”.¹⁹

En otras palabras la función pública es la actividad que realizan los tres órganos del estado para alcanzar su finalidad: el bien común, que además de ser doctrinario

¹⁹Calderon M., Hugo Haroldo, **Op. Cit.** Pág. 6



también tiene carácter de garantía constitucional, regulado en el Artículo 1 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

2.2.4. Función administrativa

La función administrativa está regulada por el derecho administrativo, que es el conjunto de principios que inspiran las doctrinas, que explican las normas jurídicas, que regulan la función administrativa y las actividades de la administración pública, así como las relaciones que se dan entre la administración y los particulares, las relaciones interorgánicas y su control que incluye la protección judicial de los particulares y el derecho de defensa en contra de los actos que le afectan al administrado.

La función administrativa se refiere a las actividades que realizan los órganos administrativos que integran el Órgano Ejecutivo, ya sean centralizados, descentralizados o autónomos, para el logro de su finalidad, mediante los actos administrativos, con el total apego a las normas establecidas y a los principios fundamentales que inspiran al derecho administrativo: legalidad y juridicidad.

En otras palabras, la función administrativa es el que hacer de la administración pública e implica también los pasos que la buena administración debe desarrollar para su buen funcionamiento, en una forma técnica y acorde a los principios que inspiran la función administrativa, los cuales se encuentran regulados en la Constitución Política de la República de Guatemala y la Ley del Organismo Ejecutivo.

Cabe mencionar que el estado realiza tres clases de actividad administrativa: de prestación, de fomento y de coacción.

- Actividad de prestación: o sea el conjunto de actividades que desarrolla el estado en forma directa o indirecta, para satisfacer las necesidades sociales, atendiendo a la población por imperativo constitucional y de esta manera lograr la finalidad misma del estado (bien común).
- Actividad de fomento: actividad realizada por las distintas entidades que integran la administración pública, encaminadas a la satisfacción de necesidades públicas que no merma la libertad de las personas o entes estimulados o protegidos, los que sin sentirse coaccionados, cooperan voluntariamente en la satisfacción de dichas necesidades, las cuales se alcanzan indirectamente.
- Actividad de coacción: también llamada policía administrativa, el licenciado Hugo Haroldo Calderón M. la define: “es el conjunto de medios que dispone la administración y que tiene como función imponer los límites a las libertades públicas”.²⁰

O sea que la actividad de coacción o policía administrativa es la actividad del estado que limita el ejercicio de los derechos individuales de libertad y de propiedad para adecuarlos a las exigencias del interés general.

²⁰Calderón M., Hugo Haroldo, **Derecho Administrativo, Parte Especial**. Pág. 275



2.3. Elementos de la administración pública

De la definición de la administración pública, se puede establecer que los elementos más importantes que integran la administración pública son: i) el órgano administrativo, ii) la actividad administrativa que realiza el estado, iii) el medio del que se vale el estado; y iv) la finalidad que pretende para cumplir con el mandato constitucional.

2.3.1. El órgano administrativo

El órgano administrativo es un ente que forma parte del estado y que sirve como medio para conformar la voluntad del estado, a través de la prestación de servicios públicos para la realización del bien común, que está a cargo de un funcionario público, que con su voluntad ejercen la competencia administrativa, que se refiere a la cantidad de facultades o atribuciones, funciones y responsabilidades que la ley le otorga a cada órgano administrativo para que pueda actuar.

2.3.2. La actividad administrativa

La actividad administrativa se refiere al que hacer de los órganos administrativos, como entes que forman parte de la administración pública, para el cumplimiento de su finalidad mediante la prestación de los servicios públicos.



2.3.3. La finalidad de la administración pública

La Constitución Política de la República de Guatemala establece que el Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia, su fin supremo es la realización del bien común. Partiendo de esta garantía constitucional se debe entender que la finalidad de la administración pública es alcanzar el desarrollo integral de todas las personas que habitan el Estado de Guatemala mediante la prestación de los servicios públicos reconociendo la dignidad de cada persona.

2.3.4. El medio

El medio del que dispone la administración pública para el logro de su finalidad es el servicio público, es decir el conjunto de actividades que desarrolla el estado en forma directa o indirecta, con la finalidad de satisfacer necesidades sociales, atendiendo a la población, por mandato constitucional.

2.4. Actividad de gobierno

Antes de tratar sobre la actividad de gobierno, se debe establecer ¿qué es gobierno? Se entiende como el conjunto de instituciones organizadas por el ordenamiento jurídico vigente, para el ejercicio de la soberanía. Es una forma de actividad política que impulsa, coordina y defiende la organización de una comunidad.



2.4.1. Actividad discrecional

La actividad discrecional de gobierno o la función política, se refiere a la actividad que desarrolla un funcionario según las facultades que le otorga el ordenamiento jurídico vigente, dentro de un marco amplio para que pueda aplicar la misma sin poder salirse de los parámetros que ésta le ha fijado.

2.4.2. Actividad reglada

La actividad reglada o función administrativa, se refiere a la actividad que desarrolla un funcionario según las facultades que le otorga el ordenamiento jurídico vigente, la cual debe realizarla de la forma como la ley lo establece, es decir que no tiene la facultad para poder actuar de distinta manera sino debe ajustarse estrictamente a la norma, contrario a lo establecido en el Artículo 5 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

2.5. Sistemas de organización administrativa

La administración necesita ordenarse adecuada y técnicamente, es decir, organizarse, para realizar su actividad en forma eficaz, eficiente y conveniente. Para ello se ha tratado de buscar formas de organización que respondan lo mejor posible a las necesidades del estado en un momento determinado. Rafael Godínez Bolaños, citado por Calderón Morales, nos dice que: "Los Sistemas de Organización de la



Administración Pública, son las formas o el modo de ordenar o de estructurar las partes que integran el Organismo Ejecutivo y las entidades públicas de la Administración Estatal, con la finalidad de lograr la unidad de la acción, dirección y ejecución, evitar la duplicidad de los esfuerzos y alcanzar económicamente, los fines y cumplir las obligaciones del Estado, señalados por la Constitución Política".²¹

Existen cuatro formas de organización administrativa, las cuales son:

2.5.1. La centralización o concentración administrativa

Es 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 que ocupa el más alto grado dentro de la pirámide jerárquica de la administración.

Se caracteriza principalmente por dos circunstancias:

- Todas las funciones estatales se concentran en un órgano superior, ejerciendo todas las facultades públicas: decisión, revisión, mando, vigilancia, disciplina y nombramiento; y

²¹ Calderón Morales, Hugo Haroldo. **Derecho administrativo I**. Pág. 106

- Existe una relación de jerarquía entre los órganos inferiores con el superior. Ese órgano superior jerárquico o jefe supremo de la administración pública lo constituye el presidente de la república como titular del Organismo Ejecutivo (poder o gobierno Central).

2.5.2. La desconcentración administrativa

Es aquella forma de organización administrativa que tiene lugar cuando a un órgano inferior se le confiere alguna independencia técnica para prestar algún servicio público, para que los ejerza a título de competencia propia, bajo determinado control del órgano superior, o sea dependiente políticamente del órgano supremo.

Dentro de sus principales características se pueden mencionar:

- Existe una independencia relativa o parcial, pues aún existe vínculo de dependencia entre el órgano superior y el inferior, ya que la centralización continúa como sistema principal de organización administrativa;
- El órgano superior es quien nombra a su personal y el que ejerce control sobre la actividad que el órgano desconcentrado desarrolla en ejercicio de los poderes que le fueron dados; y
- Los órganos desconcentrados se especializan en determinados servicios públicos.



Los autores del derecho administrativo sitúan la desconcentración administrativa como un punto intermedio entre la centralización y la descentralización.

2.5.3. La descentralización administrativa

Es aquella forma de organización administrativa que 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, pero con ciertos controles del estado y bajo las políticas del órgano central de la administración.

Sus principales características son:

- El órgano central les ha transferido a los órganos descentralizados, como nueva persona jurídica de derecho público, los poderes de decisión y de mando;
- Para ejercer mejor sus atribuciones el estado les ha dado personalidad jurídica y patrimonio propio para que puedan ejercer derechos y contraer obligaciones por sí mismos, pero continúan siendo parte de la estructura estatal;
- Sin perder su calidad de estatal, el órgano descentralizado goza de independencia administrativa, es decir, que realiza todas sus funciones sin depender

directamente del gobierno central, ya que lo que se les otorga es independencia funcional;

- Poseen independencia jurídica, siempre que no violenten la supremacía constitucional ni la ley orgánica que las creó, la cual regula su personalidad, su patrimonio, su denominación, su objeto y su actividad; y
- Pueden manejar su presupuesto con el objeto de que administren sus recursos y realicen sus actividades económicas por sí mismos; sin embargo, ésta 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, además de la vigilancia que debe mantener por mandato constitucional la Contraloría General de Cuentas.

2.5.4. La Autonomía

Es aquella forma de organización administrativa que tiene lugar cuando el estado por disposición de la ley crea un órgano administrativo, dotándolo de personalidad jurídica propia, patrimonio propio, que elige a sus propias autoridades y que tiene independencia económica, es decir que no recurre al presupuesto general de ingresos y egresos del estado, y que pueden emitir sus propias normas y reglamentos.



Sus características principales son las siguientes:

- Por lo general la autonomía es reconocida por la Constitución Política de la República de Guatemala;
- Los órganos autónomos 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, contando con capacidad para tomar sus propias decisiones y gestionar sus asuntos por sí mismos;
- Tiene como elemento esencial la AUTARQUÍA, lo cual les permite el autofinanciamiento, gozando de gran independencia económica al disponer libremente de sus propios recursos y captarlos por sí mismos sin depender del presupuesto general del estado;
- Los órganos autónomos pueden designar a sus propias autoridades, teniendo su propio representante legal; y
- Se rigen por sus propias leyes, lo que los faculta a crear sus estatutos y reglamentos.

2.6. Principios

Se debe entender como principio las nociones básicas o fundamentales que sirven como directrices o lineamientos para la creación de las normas jurídicas, la interpretación adecuada de éstas, así como la correcta aplicación de la norma a un caso concreto. En el campo de la administración pública son dos los principios fundamentales que la rigen, el principio de juridicidad y el principio de legalidad.

2.6.1. Principio de juridicidad

Según el Licenciado Jorge Mario Castillo González, al referirse al principio de juridicidad “se debe entender que “la actividad administrativa debe someterse al derecho” en el entendido que “el derecho” comprende la ley, la doctrina y principios jurídicos”.²²

Dicho en otras palabras, se puede decir que por el principio de juridicidad o juricidad la administración pública en su actuar, siempre lo debe hacer con base a la ley, interpretada y aplicada con base a la legislación vigente y en concordancia con las instituciones propias del derecho administrativo. Este principio tiene su fundamento legal en el Artículo 239 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

²²Instituto Nacional de Administración Pública. **Derecho Administrativo**. Pág. 110



Señala Jorge Mario Castillo González, que el principio de juridicidad se aplica posterior al principio de legalidad debido a la jerarquía del orden jurídico basado en la ley, es decir primero la ley y después el derecho.

2.6.2. Principio de legalidad

La legalidad de la administración pública, se refiere a que todos los funcionarios y empleados públicos en sus actuaciones y resoluciones deben hacerlo apegados al ordenamiento jurídico vigente, es decir respetando la supremacía constitucional y las demás leyes, ya sean de carácter ordinario, reglamentario o individualizadas. Al respecto, la Constitución Política de la República de Guatemala regula en el Artículo 5: “Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe, no está obligada a acatar órdenes que no estén basadas en ley y emitidas conforme a ella. Tampoco podrá ser perseguida ni molestada por sus opiniones o por actos que no impliquen infracción a la misma”, entre otros artículos constitucionales que establecen dicho principio.

2.7. Corrupción administrativa

“La corrupción administrativa es un fenómeno ético, social y económico que involucra a funcionarios y empleados públicos así como a las empresas privadas, incluyendo individualmente a los particulares. La corrupción se identifica con dos hechos: recibir dinero a cambio de favores y robar bienes y recursos públicos”.²³

²³Castillo González, Jorge Mario. **Derecho Administrativo. Teoría General y Procesal.** Pág. 13

A través de los diferentes medios de comunicación se denuncia constantemente posibles acciones de corrupción en los procesos de adquisición dentro de la administración pública del país; presentándose con mayor frecuencia el fraccionamiento en las adquisiciones y así evitar los procesos que la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento regulan; asimismo, existe la figura de la colusión entre empresas contratistas para orientar la adjudicación hacia alguna empresa predeterminada; o bien a través del otorgamiento de comisiones a funcionarios públicos con la finalidad de favorecer determinada compra o adjudicación.

Para Berthand de Speville es importante tomar en cuenta “que los valores éticos, la integridad y un buen gobierno constituyen los cimientos de un estado exitoso. Continúa manifestado de Speville que siete son los elementos esenciales para combatir la corrupción: i) voluntad, ii) legislación, iii) estrategia, iv) acción coordinada, v) apoyo del público (entiéndase por público pueblo), vi) recursos; y vii) perseverancia”.²⁴

O sea que cuando el estado implemente los elementos para erradicar la corrupción administrativa, podrá cumplir con su finalidad, es decir la realización del bien común, toda vez que va a apuntar hacia el desarrollo social, la seguridad y la transparencia en los sistemas económico y político.

²⁴De Speville, Bertrand. **Superando la Corrupción. Los elementos esenciales para combatirla.** Pág. 32

CAPÍTULO III

3. Contratos administrativos

El estado es una persona jurídica según lo regulado en el ordenamiento jurídico guatemalteco, por lo tanto puede ejercitar todos los derechos y contraer las obligaciones que sean necesarios para la realización de su fin supremo: el bien común, según lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala; por ende tiene la capacidad legal para suscribir los contratos para cumplir con su función; es así como el estado puede contraer obligaciones con otras personas, sean individuales o jurídicas.

3.1. Generalidades del contrato, convenio y cuasicontrato

Manifiesta el Licenciado Hugo Haroldo Calderón M. que: “la doctrina internacional ha distinguido tres figuras jurídico-doctrinarias referentes a los contratos, es decir: el convenio, el contrato y el cuasicontrato”.²⁵

- Convenio o también llamado convención: al referirnos a un convenio de carácter jurídico, éste es usado en un aspecto más general, lo que implica reformar o suprimir obligaciones y derechos reales. O sea que el convenio jurídico “es la manifestación del imperio de la voluntad humana en todo lo que las relaciones

²⁵Calderon M., Hugo Haroldo, *Op. Cit*, Pág. 488



jurídicas están sujetas a ella, por ello podrá generarlas, moldearlas, matizarlas, y extinguirlas”.²⁶

- Contrato: de acuerdo a lo regulado en el Decreto Ley 106, Código Civil, en el Artículo 1517: “hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”, o sea ese vínculo jurídico que existe entre las partes que se obligan recíprocamente al cumplimiento de una prestación. Al respecto el Licenciado Vladimir Aguilar Guerra afirma: “contrato sería el acuerdo de voluntades generador de obligaciones entre las partes”.²⁷

- Cuasicontrato: para el Licenciado Hugo Haroldo Calderón M., el cuasicontrato es un acto voluntario a través del cual se adquieren determinados compromisos con terceras personas sin que para ello exista un contrato. La semejanza que existe entre ambas figuras radica, según el Licenciado Calderón M. en que: “en el contrato hay dos consentimientos verdaderos y reales que se encuentran sobre un mismo objeto; en el cuasi-contrato hay también dos consentimientos pero uno de ellos es real y el otro presunto o supuesto por el legislador”.²⁸

²⁶ **Ibid.**

²⁷ Aguilar Guerra, Vladimir. **El Negocio Jurídico**. Pág. 38

²⁸ Calderon M., Hugo Haroldo, **Op. Cit.** Pág. 489



3.2. Definición de contrato administrativo

Jorge Enrique Romero Pérez define el contrato administrativo como: “es un acuerdo de voluntades generador de obligaciones y por ello sinalagmático, celebrado entre un órgano del estado – en ejercicio de las funciones administrativas que le competen – con otro órgano administrativo, un particular o administrado, para satisfacer necesidades públicas”.²⁹

Expone Omar Franco Gutiérrez que contrato administrativo es: “aquel acuerdo que se celebra entre la administración y un particular, tendiente a que éste dé, haga algo, o se abstenga de hacer algo en favor de aquella, previo el lleno de ciertos requisitos, y teniendo en cuenta que la administración obra en nombre del estado”.³⁰

Jorge Mario Castillo González, en la obra de derecho administrativo del Instituto Nacional de Administración Pública expone contrato administrativo: “es todo acto por el cual el Estado o sus entidades descentralizadas, autónomas o semiautónomas, por una parte, y un ente público o privado por la otra, manifiestan su voluntad de adquirir derechos y contraer obligaciones”.³¹

Dicho en otras palabras, el contrato administrativo es aquella manifestación de voluntad del estado con un particular u otra dependencia del estado, por la cual se adquieren

²⁹Romero Pérez, Jorge Enrique. **Derecho Administrativo Especial. Contratación Administrativa**. Pág. 9

³⁰Franco Gutiérrez, Omar. **La Contratación Administrativa**. Pág. 32

³¹Instituto Nacional de Administración Pública. **Op. Cit.** Pág. 320



derechos y obligaciones, sometido a las condiciones establecidas en la ley, y regulado por el derecho administrativo, que en todo caso tiene como finalidad la realización del bien común.

Partiendo de estas ideas, es importante reconocer que para que exista el contrato administrativo, la administración pública debe cumplir con determinados requisitos y trámites que son de cumplimiento obligatorio toda vez que se encuentran regulados en la ley correspondiente; a manera de ejemplos se pueden mencionar entre los requisitos que se requiere la existencia de disponibilidad presupuestaria, en algunos casos se necesita la aprobación del funcionario superior jerárquico dentro del órgano administrativo, la presentación de determinados documentos por parte del oferente, entre otros, esto derivado a que la administración pública obra en nombre del estado.

3.2.1. Características

Los tratadistas indican distintas características del contrato administrativo, siendo las más importantes:

- Preferencia del estado: esta característica se refiere a que celebrado el convenio y producido el acuerdo entre la administración y el particular, nace el vínculo de obligatoriedad entre la administración y el contratante, que permite que la administración pueda exigir el cumplimiento del contrato particular, forzadamente, si fuera el caso; o sea que la administración goza de unos privilegios que los



particulares no tienen y que se justifican en vista de su naturaleza y de sus objetivos.

- Previo cumplimiento de requisitos: es una característica especialísima de los contratos administrativos, en virtud que la administración pública no puede emitir declaraciones de voluntad puras y simples, ya que se debe cumplir con los lineamientos legales, en nuestro caso lo regulado en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.
- Cláusulas exorbitantes: esta característica de los contratos administrativos es válida por el bien común del cual el estado es garante, por lo que al entender ésta, se puede decir que el particular no está contratando en igualdad de condiciones con la administración, pues ésta puede interpretar el contrato como lo estime conveniente, la administración puede modificarlo unilateralmente, entre otras.

3.2.2. Elementos

Omar Franco Gutiérrez expone que: “los contratos administrativos son de distintas clases, y por lo tanto no puede encajonarse dentro de un solo tipo de contrato, sino que, al igual que los particulares, debe desenvolverse dentro de distintas posibilidades. Se puede señalar para el contrato en general unos elementos que son comunes a todos:



Un contratante;

Un contratista

Una prestación

Unas solemnidades".³²

Para el Licenciado Hugo Haroldo Calderón Morales, los elementos del contrato administrativo más importantes son: sujetos, la manifestación de voluntad de los sujetos, contenido y la forma.

- **Sujetos:** el contrato administrativo al igual que los contratos civiles o mercantiles debe ser bilateral, o sea que necesariamente deben existir dos sujetos, por un lado la administración pública que actúa en nombre del estado y por la otra parte una persona individual o jurídica, ya sea de carácter público o privada.
- **La manifestación de voluntad de los sujetos:** en la contratación administrativa, como en todo negocio jurídico, la manifestación de voluntad de las partes debe ser libre, consciente e independiente pero con efectos recíprocos.
- **Contenido:** para que se esté frente a un contrato administrativo se requiere que esté dentro de la competencia del órgano administrativo que pretenda celebrarlo y que se refiera a la gestión patrimonial del estado, y que éste vaya encaminado a la

³² Franco Gutiérrez, Omar. **Op. Cit.** Pág. 39



realización del bien común, sin fines lucrativos y por supuesto que su objeto sea lícito.

- La forma: al tenor de lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado, los contratos administrativos deberán constar por escrito, y en aquellos casos que deban ser registrados deberán otorgarse en escritura pública.

3.2.3. Principios del contrato administrativo

Según el Licenciado Jorge Mario Castillo González, “los contratos administrativos han generado su propia teoría y como toda teoría, se basa en principios propios”.³³

Los principios propios de los contratos administrativos son: la imparcialidad, legalidad objetiva y juridicidad, impulso de oficio, verdad material, procedimiento escrito, economía, celeridad, eficiencia, informalismo a favor del administrado, debido procedimiento, transparencia, responsabilidad, de la ecuación contractual o equilibrio financiero del contrato, principio de interpretación de la contratación estatal, igualdad del estado frente a particulares, no alterar el orden público, y por último debe ir dirigido al cumplimiento de las finalidades del estado.

³³Instituto Nacional de Administración Pública. **Op. Cit.** Pág. 320

3.2.4. Regulación

La contratación administrativa encuentra su fundamento legal en el Decreto número 57-92 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Contrataciones del Estado, que fue promulgada el 5 de octubre de 1992, cuyo objeto es regular los procedimientos de compra, contrataciones de bienes, suministros, obras o servicios que las entidades del Estado requieran.

Asimismo, en el Acuerdo Gubernativo número 1056-92 emitido por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, que contiene el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, promulgado el 22 de diciembre de 1992, que desarrolla las normas contenidas en la ley y facilita su aplicación.

“Otros instrumentos jurídicos que también influyen en las adquisiciones públicas son la Constitución Política de la República de Guatemala, la Ley Orgánica del Presupuesto, la Ley de Arbitraje, la Ley del Ministerio Público, la Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos, la Ley sobre Seguros y la Ley de lo Contencioso Administrativo”.³⁴

³⁴Banco Centroamericano de Integración Económica. **Contratación Administrativa en Centroamérica: Procedimientos en licitaciones y adquisiciones para proyectos de desarrollo.** Pág. 218



3.3. Clasificación de los contratos administrativos

Expone el Licenciado Eric Meza Duarte que: "Este es un aspecto de la teoría de los contratos administrativos que ofrece un amplio campo de elaboración, los estudiosos suelen ofrecer distintas variantes, aunque en buena medida suelen coincidir.

Por las personas que intervienen: unilaterales y bilaterales;

Por la relación que existe en las prestaciones: a título gratuito u oneroso;

Por el momento en que quedan concluidos: consensuales y reales;

Por su clasificación en ley: nominados e innominados;

Por la circunstancia de las prestaciones ciertas o no y puedan ser objeto de apreciación: conmutativos y aleatorios;

Por su dependencia o no de otro contrato: principales y accesorios;

Por la circunstancia de constituir o no una unidad diferenciada: simples, complejos o mixtos;

Por la duración de cumplimiento de las prestaciones: instantáneos, sucesivos o escalonados".³⁵

Doctrinariamente hay una diversa variedad de clases de contratos administrativos; sin embargo, según el Licenciado Hugo Haroldo Calderón M. "los más importantes son los

³⁵ Meza Duarle, Eric. **Manual de derecho administrativo**. Pág. 317



siguientes: obra pública, de suministros, de servicios públicos, de servicios al estado, de consultoría profesional y la explotación y exploración de recursos no renovables".³⁶

3.3.1. Contrato de obra pública

"Son contratos de obra pública, aquellos que celebran las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, tales como carreteras, puentes, viaductos, represas, etc. cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago".³⁷

3.3.2. Contrato de suministros

Por el contrato de suministros, el estado adquiere periódica o continuamente bienes muebles, útiles de oficina, entre otros, y que sirven para que la administración pública pueda realizar las actividades que le competen conforme la ley.

3.3.3. Concesión de servicios públicos

Es el contrato administrativo por el cual el estado permite que un particular preste un servicio público y que cobre a la población por ese servicio, bajo control y fiscalización del estado.

³⁶Calderon M., Hugo Haroldo. **Op. Cit.** Pág. 508

³⁷Franco Gutiérrez, Omar. **Op. Cit.** Pag. 545



3.3.4. Contrato de servicios al estado

Son aquellos contratos que la administración pública celebra con un particular, para que éste preste un servicio determinado. Por ejemplo: mantenimiento de equipo de cómputo.

3.3.5. Contrato de consultoría profesional

Son contratos de consultoría profesional los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, y sólo podrán celebrarse cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o que requieren conocimientos especializados, y en ningún caso generan relación laboral.

3.3.6. Explotación y exploración de recursos no renovables

Son aquellos contratos por los que la administración pública otorga a personas individuales o jurídicas, de carácter nacional o internacional la explotación y exploración de hidrocarburos, que conforme lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala pertenecen al Estado.



3.4. Modalidades para la contratación administrativa

De conformidad con la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala, y sus Reformas, establece los distintos procedimientos de contrataciones para la adquisición de bienes, suministros, servicios de terceros entre otros, cuya aplicación es de cobertura general al sector público, con algunas excepciones contenidas en leyes específicas, tales como la Superintendencia de Administración Tributaria -SAT- y el Instituto Nacional de Electrificación -INDE- ambas entidades están facultadas para reglamentar y contratar lo relativo a sus intereses, y la Ley de Contrataciones del Estado es de observancia general y obligatoria para los organismos del Estado, al igual que las municipalidades y por supuesto las entidades descentralizadas autónomas o no, debiendo seguir los lineamientos siguientes: contrato abierto, compra directa, cotización y licitación pública.

3.4.1. Contrato abierto

Consiste en solicitar mediante convocatoria pública, oferta de precios para el suministro de bienes de uso común que requiera el sector público; o de bienes de considerable demanda que sean requeridos por dos o más instituciones del estado o entidades descentralizadas, ya que la compra en volumen permite obtener mejores precios y la normalización de especificaciones hace más económica y práctica la adquisición de bienes, su uso y mantenimiento. Este tipo de contratación aplica para adquisiciones consolidadas del sector público, que traten de adquisición de bienes de uso general y



constantemente requeridos por el sector público, en procesos administrativos por el Ministerio de Finanzas Públicas.

El Artículo 46 de la Ley de Contrataciones del Estado, regula: "Queda exonerada de los requisitos de licitación y cotización, la compra de bienes y suministro que lleven a cabo los organismos del Estado y dependencias a que se refiere el Artículo 1 de esta ley, quienes lo podrán hacer directamente con los proveedores seleccionados por medio de contrato abierto por el Ministerio de Finanzas Públicas". Asimismo, todo lo concerniente al contrato abierto está establecido en el Artículo 25 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

3.4.2. Compra directa

Es el régimen de adquisición de bienes, suministros, obras o servicios por la administración pública y que se autoriza cuando el monto de la negociación no excede de noventa mil quetzales (Q. 90000.00), en cuyo caso para decidir, deben tomarse en cuenta el precio, calidad, plazo y otras condiciones que favorezcan los intereses del Estado, según lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado en el Artículo 43.

3.4.3. Cotización

El Licenciado Eric Meza Duarte manifiesta que: "La cotización, como la concibe la ley indicada, es también un concurso, si bien se diferencia de la licitación pública en que no

requiere la convocatoria o invitación abierta, in genere, a presentar oferta³⁸. La cotización como la admiten los Artículos del 38 al 42 de la Ley de Contrataciones del Estado, es un concurso, que autoriza el funcionario público que tiene superior jerárquico dentro del mismo órgano administrativo y cuando el monto de la adquisición está comprendido entre noventa mil quetzales con un centavo hasta novecientos mil quetzales.

El régimen de cotización se diferencia del régimen de licitación pública además por el monto para la construcción de determinada obra, o para la prestación de servicios estatales, la provisión de suministros o bien la adquisición de bienes, según lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado y sus Reformas, en que la cotización es autorizada por la autoridad que tiene superior jerárquico, la junta cotizadora se integra por tres miembros, la convocatoria para cotizar únicamente se publica en el Sistema de Información de Cotizaciones y Adquisiciones del Estado denominado GUATECOMPRAS y en caso que se impugne la resolución administrativa podrá plantearse el recurso administrativo de revocatoria.

3.4.4. Licitación pública

Jorge Enrique Romero Pérez explica que la licitación pública “es el mecanismo, modalidad, medio o conjunto de principios a los que debe sujetarse el estado – en el sentido más amplio- para poder realizar su actividad de contratación, por cuanto en ella

³⁸Meza Duarte, Eric. *Op. Cit.* pág. 321

se dan cumplimiento los principios constitucionales que informan la contratación administrativa”.³⁹

Expone el Licenciado Eric Meza Duarte que: "Es un procedimiento para la mejor oferta en un concurso público destinado a la contratación para la construcción de una obra, la provisión de suministro, la adquisición de bienes, la contratación de servicios, entre otros".⁴⁰ En las instituciones del Estado debe aplicarse el régimen de licitación pública en adquisiciones cuyo monto supere los novecientos mil quetzales (Q.900000.00), según lo establece la Ley de Contrataciones del Estado en el Artículo 17. Asimismo, regula el cuerpo legal precitado, que para llevar a cabo la licitación pública se deberá elaborar los siguientes documentos: bases de licitación, especificaciones generales, especificaciones técnicas, disposiciones especiales y planos de construcción, cuando se trate de obras.

3.5. Extinción de los contratos administrativos

Los contratos administrativos como todo negocio jurídico pueden extinguirse de dos maneras: la extinción normal del contrato y la extinción anormal del contrato.

³⁹Romero Pérez, Jorge Enrique. *Op. Cit.* Pág. 40

⁴⁰*Ibid.* Pág. 319



3.5.1. Extinción normal

Se dice que hay extinción normal del contrato administrativo cuando ambas partes del negocio jurídico han cumplido en lo que respecta a cada una con sus respectivas obligaciones y que fueron pactadas dentro del contrato administrativo, como por ejemplo: por una parte el particular ha cumplido con la entrega de bienes, la prestación del servicio, etc. y por la otra la administración pública ha cumplido con la prestación que a ésta corresponde, es decir el pago previamente establecido.

3.5.2. Extinción anormal

“El contrato administrativo puede extinguirse anormalmente cuando una o ambas partes de la relación contractual ha o han incumplido en los términos señalados dentro del contrato, y se da alguna o varias situaciones de las siguientes:

Por cumplimiento de la prestación antes del plazo establecido;

Por incumplimiento de la prestación vencido el plazo establecido;

Por incumplimiento del contratante;

Por incumplimiento del contratista;

Por incumplimiento bilateral del contrato,

Por rescisión bilateral del contrato;

Por rescisión unilateral del contrato;

Por imposibilidad material de terminar la obra, servicio o entrega de bienes;

Por imposibilidad material de realizar el pago de la obra, servicio o bienes por parte del Estado".⁴¹

⁴¹Calderon M. Hugo Haroldo. *Op. Cit.* Pág. 528



CAPÍTULO IV

4. La lesividad de la contratación administrativa

4.1. Antecedentes de la lesividad

La referencia histórica de la lesividad administrativa data de 1845 en España, en donde se consideró como un recurso administrativo extraordinario.

El autor Aurelio Guaita al referirse a los antecedentes de la lesividad, en su obra El Proceso Administrativo de Lesividad, El recurso contencioso interpuesto por la Administración, señala que: “la lesividad administrativa tuvo su origen 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”.⁴²

“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 España donde la figura de lesividad se desarrolla hasta adquirir una definición precisa en todas sus instancias, que a partir de la mutación esencial que introdujo la ley de 13 de septiembre de 1888, transformó el antiguo recurso en un verdadero proceso”.⁴³

⁴²Guaitá, Aurelio. **El Proceso Administrativo de Lesividad. El recurso contencioso interpuesto por la Administración.** Pág. 30

⁴³**Ibid.** Pág. 41



En otras palabras, para el Derecho Español el verdadero proceso de lesividad es el que promueve una entidad pública en contra de un acto administrativo producido por ella misma y no por otra autoridad administrativa distinta.

La lesividad en Guatemala quedó reconocida con la vigencia de la primera Ley de lo Contencioso Administrativo, Decreto número 1550 de la Asamblea Legislativa, que regulaba en el Artículo 3: “Podrá también interponerse el recurso de lo contencioso administrativo por la propia administración, respecto a las providencias y resoluciones que por acuerdo gubernativo se declaren lesivas para los intereses del Estado, salvo el caso de que hubieren transcurrido cinco años desde la fecha en que se profirió la resolución de que se trata”.

Posteriormente fue derogado dicho cuerpo legal a través del Decreto número 1881 del Presidente de la República, el cual regulaba en el Artículo 10: “Podrá interponerlo, también, la propia administración respecto a las providencias y resoluciones que por Acuerdo Gubernativo se declaren lesivas para los intereses del Estado; en el Artículo 18 (segundo párrafo): “El plazo para que la administración utilice el recurso de lo contencioso administrativo será también de tres meses contados desde el día siguiente al que se declare, por quien corresponda, lesiva para los intereses del Estado la resolución impugnada; y el Artículo 19: “La declaración a que se refiere el artículo anterior no podrá ser hecha cuando hubieren transcurrido tres años desde que se dictó la resolución considerada como lesiva, teniéndose, en tal caso, por prescrita la acción para reclamar”.

Actualmente la lesividad administrativa está regulada en el Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de lo Contencioso Administrativo, en el Artículo 20.

4.2. Generalidades

La lesividad administrativa es una institución jurídica que cuenta con gran relevancia dentro del quehacer de la administración pública, toda vez que se produce cuando los derechos o intereses del estado se ven afectados, o sea que procede específicamente para que la administración pública actúe en defensa de los intereses de la colectividad, pudiendo ésta promover el proceso de lo contencioso administrativo, siempre que se trate de actos que no sean nulos de pleno derecho, pues en este caso, la administración puede declarar dicha nulidad, en cualquier momento, previo dictamen del Presidente de la República en Consejo de Ministros.

Asimismo, pueden ser anulados de oficio por la propia administración sin que sea necesaria la previa declaración de lesividad cuando se trate de actos que infrinjan manifiestamente la ley y, en este sentido, lo haya dictaminado el Presidente de la República de Guatemala en Consejo de Ministros, y no haya transcurrido el plazo legal.



4.3. Acepciones de 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".⁴⁴

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua lo define como: "Al que causa o puede causar lesión, daño o perjuicio".⁴⁵

En el campo jurídico, la lesividad significa que "un acto administrativo vulnera los derechos o afecta los intereses del estado. De allí que un acto lesivo, en su forma más amplia, "es aquél que causa daños y/o perjuicios al propio estado, como consecuencia de su aplicación o ejecución".⁴⁶

El tratadista Castillo González define el procedimiento de lesividad como: "El derecho de petición que ejercita la propia administración con el objeto de revocar una resolución administrativa que no puede revocarse de oficio por haberse agotado la vía gubernativa o simplemente porque es una resolución firme".⁴⁷

Los significados que pueden dársele al término lesividad pueden ser: daño, perjuicio, detrimento, pérdida, y lesión.

⁴⁴Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario de Derecho Usual. Volumen IV.** Pág. 130

⁴⁵**Diccionario de la Real Academia de la Lengua**, décimo novena edición. Pág. 797

⁴⁶Rochild, Alessandro. **Tratado teórico de derecho administrativo francés.** Pág. 500

⁴⁷Castillo González, Jorge Mario. **Derecho administrativo. Teoría de la administración.** Pág. 310.

4.4. Naturaleza

La naturaleza de la declaración de la lesividad constituye un presupuesto procesal, o bien un acto discrecional para acudir a la vía jurisdiccional mediante el proceso de lo contencioso administrativo.

4.5. Declaración de lesividad

Se considera que un acto es lesivo cuando causa un daño o perjuicio al patrimonio del estado, por lo que para que exista la lesividad administrativa, es necesario que previamente exista un acto lesivo como presupuesto fundamental para que se inicie dicha subtanciación.

La declaración de lesividad procede cuando una entidad del estado considera dañino para los intereses colectivos, un acto previamente dictado por ella misma, con el fin de poder solicitar su anulación, mediante un Acuerdo Gubernativo dictado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros; y, cuando emane de una entidad autónoma o descentralizada del Estado, deberá reunir los requisitos establecidos para la adopción de acuerdos por su órgano supremo.

El Decreto número 119-96 del Congreso de la República, Ley de lo Contencioso Administrativo, en el último párrafo del Artículo 20, establece: "Si el proceso contencioso administrativo es planteado por la Administración por sus actos o

resoluciones no será necesario que concurren los requisitos indicados, siempre que el acto o resolución haya sido declarado lesivo para los intereses del Estado, en Acuerdo Gubernativo emitido por el Presidente de la República en Consejo de Ministros. Esta declaración sólo podrá hacerse dentro de los tres años siguientes a la fecha de la resolución o acto que la origina".

Una vez que se haya emitido 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, para determinar la procedencia de la lesividad.

Sin embargo, por su parte el Código Municipal establece en el Artículo 77 las causas para revocar la concesión: "La concesión de servicio público municipal podrá ser revocada por cualquiera de las siguientes causas:" y específicamente en la literal a) del Artículo citado, que establece: "Cuando el Consejo Municipal declare que es lesiva a los intereses del municipio".

En este caso el mismo cuerpo legal regula en el último párrafo del Artículo precitado que: "en cualesquiera de estos casos queda excluida la vía de lo contencioso administrativo".

O sea que para la declaración de la lesividad municipal únicamente se acude a la vía administrativa excluyendo la vía judicial, toda vez que el mismo Código Municipal así lo establece.

La declaración de lesividad consiste en un procedimiento, en parte administrativo y en parte judicial a través del proceso de lo contencioso administrativo, el cual la administración pública debe seguir para obtener la revocación de una resolución administrativa que causa daños y perjuicios al estado, sus entidades o dependencias.

4.5.1. Fase administrativa

La fase administrativa para declarar la lesividad de un contrato administrativo se inicia de oficio por la propia autoridad que celebró el contrato administrativo, por otra dependencia que ejerza funciones de control o de fiscalización o a petición de parte interesada (particular) mediante el procedimiento administrativo para la emisión de un Acuerdo Gubernativo que declare la lesividad del acto o de la resolución para que emita una declaración no vinculante para el administrado con relación a la lesividad que determinado acto o contrato pueda causar a los intereses del estado, el cual es de índole interno, ya que no participa el administrado; y que debe ser acorde al principio de juridicidad.

Cuando se habla que el procedimiento administrativo para la emisión del Acuerdo Gubernativo que declara la lesividad del acto o resolución carece de efectos vinculantes

para el administrado, se refiere a que no tiene efectos ejecutivos ni privativos de los derechos del administrado, ya que la declaración de lesividad debe ser validada por los tribunales de justicia, al examinar la juridicidad de la declaración, como consecuencia de la demanda que en proceso de lo contencioso administrativo debe plantear el representante legal del Estado.

Al respecto la Corte de Constitucionalidad en sentencia del 15 de julio de 2004, según expediente 618-2004, reafirmó la naturaleza y efectos del proceso de lesividad, destacando puntualmente que en dicho proceso no se violan los derechos de seguridad jurídica y debido proceso del administrado, ya que el acuerdo de lesividad no tiene otro objeto ni efecto que el de permitir a la administración pública someter sus propios actos al control jurisdiccional mediante el proceso contencioso administrativo, al cual pueden comparecer las partes con interés legítimo a hacer valer sus derechos, por ello, adujo que la declaratoria de lesividad no tiene efectos materiales inmediatos que perjudiquen los derechos de las personas involucradas en el caso y sólo persigue, por medio de un proceso seguido con todas las formalidades de ley, la juridicidad de los puntos y contratos declarados lesivos.

El procedimiento administrativo que se sigue para la emisión del Acuerdo Gubernativo por el que se declara la lesividad de un acto o resolución que perjudica los intereses del Estado es el siguiente:



- a) Según lo establecido en los Artículos 153 y 154 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el Artículo 20 de la Ley de lo Contencioso Administrativo y el Artículo 17 literal b) de la Ley del Organismo Ejecutivo, cuando la autoridad administrativa específica tiene conocimiento de la existencia de un acto o resolución que lesiona los intereses del Estado, por ser contraria o por no ajustarse a las prescripciones legales que gobiernan el acto o contrato, tiene la obligación de promover ante la Presidencia de la República de Guatemala, como órgano competente, la Declaración de Lesividad del acto o de la resolución;

- b) El expediente con las opiniones jurídicas correspondientes que sostienen las causas en que se fundamenta la lesión a los intereses del Estado es recibido por la Secretaría General de la Presidencia, cuya función es la de tramitar los asuntos de Gobierno del Despacho del Presidente, de conformidad con lo establecido en el Artículo 9 de la Ley del Organismo Ejecutivo;

- c) El Secretario General de la Presidencia distribuye el expediente para las consultas técnicas y legales a los órganos de asesoría de la Presidencia, con fundamento en el Artículo 9 literal b) de la Ley del Organismo Ejecutivo;

- d) Una vez que se han emitido los dictámenes técnicos y legales de los órganos de asesoría de la Presidencia, el Secretario General de la Presidencia revisa que el expediente se someta al conocimiento y aprobación del Presidente de la República en Consejo de Ministros, de acuerdo a las atribuciones establecidas en los Artículos 9, inciso c) y 16 de la Ley del Organismo Ejecutivo;

- 
- e) El Presidente de la República debe convocar al Consejo de Ministros para el conocimiento y resolución del asunto, en el que participan el Presidente de la República, que lo preside, el Vicepresidente, quien participa con voz y voto, y los Ministros de Estado, según lo regulado en la Ley del Organismo Ejecutivo en los Artículos 16 y 17, inciso b);
 - f) Establecida la existencia del acto o resolución que lesiona los intereses del Estado, el Presidente de la República en Consejo de Ministros debe declarar, por Acuerdo Gubernativo, la lesividad del acto o de la resolución que lesiona los intereses del Estado, instruyendo al Procurador General de la Nación para que, en el ejercicio de la representación del Estado, proceda a iniciar el proceso de lo contencioso administrativo;
 - g) Con base a lo establecido en el Decreto 1816 del Congreso de la República y Artículo 23 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, el Acuerdo Gubernativo que declara la Lesividad del acto o de la resolución deberá ser publicado en el Diario de Centroamérica (Diario Oficial) de tal suerte que, a partir de dicha publicación, el Procurador General de la Nación tendrá un plazo de tres meses para plantear el Proceso de lo contencioso administrativo.

El Acuerdo Gubernativo donde se declara la lesividad del contrato debe ser emitido por el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, cuando exista fundamento de que el acto o la resolución han quebrantado normas del ordenamiento jurídico; en caso de omisión a la declaración, el Presidente de la República y sus ministros incurren en



responsabilidad personal de conformidad con lo establecido en la Constitución Política de la República en los Artículos 153 y 154 y en la Ley del Organismo Ejecutivo en su Artículo 16.

Para que el Acuerdo surta los efectos legales correspondientes, deberá ser publicado en el Diario de Centroamérica, con el propósito que sirva como comunicación o notificación a los interesados.

Luego de haber declarado lesivo el contrato administrativo celebrado por el Estado de Guatemala con una persona individual o jurídica, mediante la etapa administrativa, y una vez finalizada dicha etapa, procede la etapa judicial ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo con la finalidad que dicha lesividad sea probada.

4.5.2. Fase judicial

Concluida la fase administrativa para declarar la lesividad de un contrato administrativo en particular, la administración pública debe entablar un proceso contencioso administrativo, regulado en la Ley de lo Contencioso Administrativo, contenida en el Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala, ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo para que éste sea el que determine sobre la procedencia de la lesividad del contrato.



Se trata de un proceso judicial por el que las partes resuelven sus diferencias originadas por actos o resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado, así como en los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas. El tribunal que conoce el proceso de lo contencioso administrativo es el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que forma parte del Organismo Judicial, y su función principal es la de ser contralor de la juridicidad de la administración pública.

La Procuraduría General de la Nación, en representación legal del Estado, interpone demanda de proceso contencioso administrativo directamente ante la Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo correspondiente, dentro del plazo de tres meses contados a partir de la fecha de la publicación del Acuerdo Gubernativo que declaró lesivo el contrato administrativo.

La demanda contencioso administrativa de lesividad se interpone cumpliendo los requisitos de forma que regula el Artículo 28 de la Ley de lo Contencioso Administrativo; y deben acompañarse los documentos en que se funde el derecho del Estado, tal como lo establece el Artículo 29 del mismo cuerpo legal.

Generalmente se acompañan los documentos: los títulos que acreditan la personería del Procurador General de la Nación, tales como la certificación del Acuerdo Gubernativo de nombramiento del cargo y del acta de toma de posesión; asimismo, certificación o fotocopia legalizada de los documentos donde consten los contratos



administrativos lesivos; fotocopia de los dictámenes realizados; y certificación del Acuerdo Gubernativo que declare la lesividad del contrato administrativo correspondiente, entre otros.

Existe un periodo de prueba, que es de treinta días en los cuales las partes dentro del proceso, tendrán que aportar las pruebas propuestas en la demanda.

Vencido el periodo de prueba, se señala día para la vista en un plazo de quince días; transcurrida la vista, el tribunal puede decretar un auto para mejor fallar por un plazo que no exceda de diez días, para practicar las diligencias que fueren necesarias para determinar el derecho de los litigantes, si así lo estima necesario.

Finalmente verificada la vista o realizado el auto para mejor fallar, se dicta la sentencia, dentro del plazo de quince días. La Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo examinará en su totalidad la juridicidad del contrato administrativo cuestionado, pudiéndolo revocar, confirmar o modificar. En el caso de que confirme la declaración de lesividad, deberá dictar las disposiciones que sean congruentes con dicha lesividad, conforme lo haya solicitado el Estado, sea que se pronuncie por la nulidad absoluta del acto o de la resolución o porque se pronuncie por su anulabilidad; en el caso de que exista reconvención, el tribunal deberá pronunciarse sobre cada una de las pretensiones deducidas por el demandado en la reconvención.



La Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 221 en la parte conducente establece: “Contra las resoluciones y autos que pongan fin al proceso, puede interponerse el recurso de casación”. Esto implica que la parte vencida en el proceso, incluyendo al particular, de no estar de acuerdo con el fallo, tiene la posibilidad de acudir ante la Corte Suprema de Justicia para que revise la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, siempre que se cumplan las causales de casación previstas en la ley.

4.6. Consecuencias de la declaración de la lesividad

El Acuerdo Gubernativo emitido por el Presidente de la República en Consejo de Ministros en donde declara lesivo para los intereses del Estado determinado contrato, es un acto preparatorio para iniciar el juicio de lo contencioso administrativo. La sentencia del órgano jurisdiccional causa los siguientes efectos:

- Confirma la lesividad emitida en el Acuerdo Gubernativo.
- Declara la nulidad, rescisión o revocatoria del contrato
- Regresan las cosas al estado en que se encontraban
- El órgano revoca el contrato

Es decir que al ser probada y declarada la lesividad de un contrato administrativo porque es contrario a los intereses del Estado, debe revocarse el acto, contrato o resolución que lesiona los intereses públicos, porque causa daños y perjuicios a éste,

sus entidades o dependencias, y como consecuencia provoca que las cosas vuelvan a su estado original.

4.7. Análisis del plazo legal actual para declarar la lesividad de los contratos administrativos

El Decreto número 119-96 del Congreso de la República, Ley de lo Contencioso Administrativo en la parte conducente del Artículo 20 regula: "Si el proceso es planteado por la administración por sus actos o resoluciones, no será necesario que concurren los requisitos indicados, siempre que el acto o resolución haya sido declarado lesivo para los intereses del Estado, en Acuerdo Gubernativo emitido por el Presidente de la República en Consejo de Ministros. Esta declaración sólo podrá hacerse dentro de los tres años siguientes a la fecha de la resolución o acto que la origina".

En Guatemala existen contratos administrativos declarados lesivos al Estado de Guatemala, pudiendo mencionar entre ellos: I) la adjudicación de 643.431 caballerías en áreas protegidas de Izabal (Sierra de Santa Cruz, Punta de Manabique, Cerro San Gil y Bocas del Polochic), que fue declarado lesivo porque el Instituto de Transformación Agraria no tenía la facultad para darlo; y II) el caso FEGUA, en el que se otorgó el contrato de uso oneroso a favor de Poliductos del Pacífico, Sociedad Anónima, sobre un bien inmueble que constituye el derecho de vía sobre el que se encuentra instalada la ferrovía de Fegua cuya sentencia declaró con lugar la demanda y se confirmó la lesividad del contrato, emitido en Acuerdo Gubernativo 377-95.

A pesar que existen contratos ya declarados lesivos a los intereses del Estado, considero que aún existen contratos que tienen que ser declarados lesivos, y que el plazo para poder realizar dicha declaración ya prescribió; por ejemplo: "el contrato de operaciones petroleras de explotación número 2-85, Xan, celebrado el 13 de agosto de 1985 entre el Ministerio de Energía y Minas y el consorcio Hispanoil (España) y Basic Petroleum International Limited (Basic Resources). En 1986, Hispanoil se retiró del país por lo que Basic fue la operadora del contrato hasta 2002, cuando Perenco adquirió a Basic y sus contratos petroleros. Este contrato tenía vigencia hasta el 13 de agosto de 2010 y fue prorrogado por un plazo de 15 años, ampliación que fue firmada el 4 de febrero de 2010".⁴⁸

La ampliación de dicho contrato contraviene el ordenamiento jurídico vigente relativo a áreas protegidas, y la específica de la Reserva de la Biosfera Maya, que establece claramente, y con detalle, las actividades que si son permitidas dentro del Área Núcleo de la Reserva de la Biosfera Maya, dentro de las cuales no se encuentra incluida la realización de operaciones petroleras, así deja claramente expresado que debe prevenirse para asegurar la conservación y protección de la Reserva de la Biosfera Maya, el funcionamiento de industrias o actividades potencialmente contaminantes, así como las obras que puedan provocar una sensible alteración de las condiciones ecológicas locales; por lo que se llega a la indubitable conclusión que no procede autorizar la realización de operaciones petroleras dentro de esa área.

⁴⁸<http://www.albedrio.org/htm/otrosdocs/comunicados/Enfoque6SobrecontratoPerenco2010.pdf>. (Consultado: Guatemala, 14 de julio de 2015)

El Decreto 71-2008 del Congreso de la Republica, Ley del Fondo para el Desarrollo Económico de la Nación, (más conocido como Fondo de Petróleo), vigente a partir del 31 de enero de 2009 modificó el Artículo 12 de la Ley de Hidrocarburos, y que establece que el Ministerio de Energía y Minas podrá aprobar una única prórroga de hasta quince (15) años, siempre y cuando los términos económicos resultaren más favorables para el Estado. Asimismo, regula que el Ministerio de Energía y Minas no podrá autorizar prórroga alguna de los contratos de operaciones petroleras, si éstos lesionan los intereses nacionales o violan las leyes de la República. Es por ello que la prórroga de este contrato es ilegal y en consecuencia es lesivo a los intereses colectivos.

Asimismo, se puede mencionar el caso de “la licencia de explotación otorgada a Montana Exploradora subsidiaria de la empresa Canadiense Goldcorp que el Ministerio de Energía y Minas de Guatemala emitió para el desarrollo y operación del Proyecto Marlin el 27 de noviembre de 2003, proyecto que entró en la fase de construcción durante el segundo trimestre de 2004 y concluyó en el tercer trimestre de 2005, que a partir del cuarto trimestre del mismo año inicia la producción de oro y plata”.⁴⁹

Desde el año 2005 Montana Exploradora está explotando los recursos naturales en el altiplano de San Marcos; por lo que los dividendos que el Estado de Guatemala

⁴⁹<http://goldcorpguatemala.com/institucional/historia/>. (Consultado: Guatemala, 18 de julio de 2015)

obtendrá por la extracción de esa riqueza de su suelo asciende a 10 millones de dólares (uno por ciento); sin embargo, ese monto de beneficios no guarda relación con el impacto ambiental que tendrá el proceso de extracción del metal precioso: pérdida de bosque y de la diversidad biológica, agotamiento y contaminación del agua por uso del cianuro, entre otros.

No obstante a los beneficios económicos que se han obtenido, ha quedado de manifiesto que los efectos de los trabajos de explotación minera han acarreado consecuencias negativas para la población, según el estudio realizado del río Tzalá, ubicado en Sipacapa, San Marcos por el analista italiano Flaviano Bianchini del Colectivo MadreSelva en el que menciona que la presencia de metales como cobre, aluminio, hierro y magnesio son residuales; es decir que pueden pasar del agua a las plantas, después a los animales que las consuman y, finalmente, a los humanos.

“Los metales encontrados en el río Tzalá, y sus efectos en la salud: a) cobre: la alta acumulación en los tejidos puede causar mutaciones del ADN, cirrosis hepática, enfermedades hereditarias o daños neurológicos, entre otros; b) aluminio: en altas concentraciones, puede causar problemas en el sistema nervioso central, demencia, pérdida de la memoria y otros; c) hierro: puede ser peligroso para el ambiente, en altas dosis causa conjuntivitis, retinitis y riesgo de desarrollar cáncer de pulmón; y d)

manganeso: es tóxico en altas concentraciones, sus efectos ocurren en el tracto respiratorio y el cerebro, puede causar parkinson”.⁵⁰

En este caso se debe reflexionar sobre las consecuencias, que van en contra de la salud y la vida de los habitantes de esas comunidades, vulnerando así las garantías constitucionales consagradas en los Artículos 1, 2 y 140 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en donde tiene su fundamento el fin supremo del Estado de Guatemala, que es la realización del bien común; asimismo, que son deberes del Estado garantizarle a sus habitantes la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona; y que el Estado de Guatemala está organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT en el Artículo 6 establece que los pueblos tienen el derecho a ser consultados cada vez que los gobiernos tomen medidas legales que les afecten directamente y que las consultas deben hacerse de buena fe y con ánimo de llegar a un acuerdo que beneficie a estos pueblos; asimismo el Artículo 7 del mismo cuerpo legal regula el derecho a participar en las decisiones sobre el desarrollo que tienen los pueblos indígenas, quienes podrán decidir sus propias prioridades de desarrollo y controlar el ritmo de ésta para no afectar sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras o territorios que

⁵⁰<http://www.conflictosmineros.net/contenidos/15-guatemala/3631-3631>. (Consultado: Guatemala, 18 de julio de dos mil quince)

ocupan y utilizan; sin embargo, en la práctica se hace lo contrario, son los de arriba quienes toman todas las decisiones que afectan a la colectividad.

El Decreto número 48-97. Ley de Minería, establece en el Artículo 51, literal a). "Causas de suspensión de las operaciones mineras. Previa comprobación, el Ministerio con base en dictamen de la dirección, ordenará al titular por medio de resolución, la suspensión de las operaciones mineras en los casos siguientes: a) Cuando existiere el riesgo o peligro inminente para la vida de las personas". El caso de la explotación minera que realiza Montana Exploradora si pone en peligro la vida de los habitantes de la localidad, vulnerando los intereses de la colectividad, por lo que más allá de buscar beneficios económicos se debe perseguir el desarrollo integral de la comunidad.

Entre otros ejemplos se puede mencionar "el contrato administrativo número 045-2013 celebrado el 27 de mayo de dos mil trece entre el Registro Nacional de las Personas y la empresa extranjera Easy Marketing, para la captura de datos en el extranjero para la solicitud del documento personal de identificación y otros servicios, que no fue licitado ni publicado en el portal de GUATECOMPRAS y se realizó por la modalidad de excepción por un monto de Q218.4 millones, el cual tiene una vigencia de ocho años, por una cantidad de un millón de capturas, pudiendo ser prorrogado en caso de no

cumplir con la cantidad pactada siempre que las razones no sean atribuibles a la contratista”.⁵¹

“En este caso la Contraloría General de Cuentas emitió dictamen desfavorable ya que según lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado en su Artículo 44, subnumeral 1.5 que el criterio de compra por medio de la modalidad de excepción no es válida, ya que la entidad no tiene oficinas en el extranjero”.⁵²

En consecuencia y apoyada en los ejemplos expresados en este trabajo, considero que es procedente proponer la reforma al Artículo 20 de la Ley de lo Contencioso Administrativo con el objeto de ampliar el plazo para declarar la lesividad de los contratos administrativos ya que existen contratos cuyo plazo para declararlos lesivos ya prescribió y aun así éstos siguen vigentes, ocasionando lesiones al Estado.

Actualmente la Ley de lo Contencioso Administrativo regula que el plazo para la declaración de la lesividad es de tres años; sin embargo, es evidente que es necesario poder declarar la lesividad de aquellos contratos vigentes y que hayan superado ese plazo para poder declararlos lesivos en un plazo mayor, ya que se pudo constatar que

⁵¹<https://www.renap.gob.gt/sites/default/files/Contrato%20Administrativo%200045-2013.pdf>. (Consultado: Guatemala, 19 de julio de 2015)

⁵²<http://encuentro.gt/contrato-entre-easy-marketing-y-renap/>. (Consultado: Guatemala, 19 de julio de 2015)

hay contratos cuyos efectos ocasionan daños a la salud, inclusive ponen en riesgo la vida de los habitantes; asimismo, hay desarmonía social, inversión de recursos financieros que debieran ser destinados a otros fines en donde se pueda ver que la población efectivamente se ha visto beneficiada o incluso hay pequeños grupos que son los beneficiados, incrementando su capital mientras otros se ven sometidos en la extrema pobreza y desigualdad sin que el Estado realmente cumpla con su finalidad.

Derivado de lo expuesto en el presente trabajo de tesis y siendo una necesidad reformar el Artículo 20 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, Decreto Número 119-96 del Congreso de la República de Guatemala, y con fundamento en la iniciativa de ley que la Constitución Política de la República de Guatemala le confiere en su Artículo 174 a la Universidad de San Carlos de Guatemala para promover y proponer cambios a la legislación vigente, éste debería quedar así:

Artículo 20.-. CARACTERÍSTICAS DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA.- Para plantear este proceso, la resolución que puso fin al procedimiento administrativo debe reunir los siguientes requisitos:

- a) Que haya causado estado. Causan estado las resoluciones de la administración que decidan el asunto, cuando no sean susceptibles de impugnarse en la vía administrativa, por haberse resuelto los recursos administrativos.

b) Que vulnere un derecho del demandante, reconocido por una ley, reglamento o resolución anterior.-

Si el proceso es planteado por la administración por sus actos o resoluciones, no será necesario que concurren los requisitos indicados, siempre que el acto o resolución haya sido declarado lesivo para los intereses del Estado, en Acuerdo Gubernativo emitido por el Presidente de la República en Consejo de Ministros. Esta declaración sólo podrá hacerse dentro de los diez años siguientes a la fecha de la resolución o acto que lo origina.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

En este informe de tesis se analizó la necesidad de reformar el Artículo 20 de la Ley de lo Contencioso Administrativo con respecto al plazo que establece de tres años para la declaratoria de la lesividad, periodo que se considera es muy corto e impide la legítima defensa de los derechos del Estado de Guatemala, porque existen contratos administrativos o licencias de explotación minera otorgados por plazos superiores y que vulneran los intereses del Estado, poniendo en riesgo la vida, la seguridad, la paz, y el desarrollo integral de todas las personas; que son garantías constitucionales a que todos los habitantes tenemos derecho; aunado a ello el porcentaje del 1% que el Estado de Guatemala percibe por la explotación de los recursos naturales por parte de Montana Exploradora es insignificante en comparación con los daños ocasionados, no solo al ambiente, sino también al desarrollo integral de las personas, y que al final los recursos económicos obtenidos no serán suficientes para restaurar los daños ocasionados.

Ante tal situación, se propone que el plazo para declarar la lesividad de los contratos administrativos sea de diez años a partir de su suscripción, a fin de ejercer la defensa de los intereses del Estado de Guatemala y que la administración pública busque la transparencia en todos los contratos que celebre, que tienda a eliminar toda corrupción, falta de ética y de moral para que los bienes del Estado sean administrados eficaz y eficientemente, para poder satisfacer las necesidades de las grandes mayorías y por ende una efectiva realización de su finalidad.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GUERRA, Vladimir. **El Negocio Jurídico**. 5ª. Edición. Serviprensa, S.A. Guatemala, 2006

Banco Centroamericano de Integración Económica. **Contratación Administrativa en Centroamérica: Procedimientos en licitaciones y adquisiciones para proyectos de desarrollo**. Línea Gráfica S. de R.L. 2006

BOBBIO, Norberto. **Estado, gobierno y sociedad: por una teoría general de la política**. traducción de José F. Fernández Santillán. Fondo de Cultura Económica. México, 1989

BORJA, Rodrigo. **Enciclopedia Política**. Fondo de Cultura Económica. México, 1997

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Editorial Heliasta, S.R.L. (s.e.) Buenos Aires, Argentina 1980.

CALDERÓN MORALES, Hugo Haroldo. **Derecho Administrativo I**. 1ª. Reimpresión. Imprenta Castillo. Guatemala, 1996

CALDERÓN MORALES, Hugo Haroldo. **Derecho Administrativo, Parte Especial**. 5ª. Edición Actualizada. Litografía Orión. Guatemala, 2005

CALDERÓN MORALES, Hugo Haroldo. **Teoría General del Derecho Administrativo, Tomo I**. 1ª. Edición. Editorial MR. Guatemala, 2011

CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Derecho administrativo. Teoría de la administración**. (s.e.). Editorial Estadística. Guatemala 1987.

CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Derecho Administrativo. Teoría General y Procesal.** 19 Edición actualizada. Editorial Impresiones Gráficas, Guatemala, 2009

DE SPEVILLE, Bertrand. **Superando la Corrupción. Los elementos esenciales para combatirla.** 1ª. Edición. Editorial Planeta Colombiana S.A. Colombia, 2011

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. 19a. Edición. Ed. Talleres Gráficos de Editorial Espasa, Calpesa. Madrid, España 1979

FRANCO GUTIÉRREZ, Omar. **La Contratación Administrativa.** 4ta. Edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. 2000

GUAITA, Aurelio. **El Proceso Administrativo de Lesividad. El recurso contencioso interpuesto por la Administración.** Bosch, Casa Editorial. Barcelona, España, 1953

GUERRERO OROZCO, Omar. **Introducción a la administración pública. Colección en textos universitarios en ciencias sociales.** Editorial Harla. México 1985

HAURIUO, Andre. **Derecho Constitucional e Instituciones Políticas.** Editorial Ariel, 2ª Edición, 1980

<http://encuentro.gt/contrato-entre-easy-marketing-y-renap/>. (Guatemala, 19 de julio de 2015)

<http://goldcorpguatemala.com/institucional/historia/>. (Guatemala, 18 de julio de 2015)

<http://www.albedrio.org/htm/otrosdocs/comunicados/Enfoque6SobrecontratoPerenco2010.pdf>. (Guatemala, 14 de julio de 2015)

<http://www.conflictosmineros.net/contenidos/15-guatemala/3631-3631>.

18 de julio de 2015)

(Guatemala,



http://www.rocketclub.org/nacion_y_estado.pdf.(Guatemala, viernes 26 de junio de 2015)

<https://www.renap.gob.gt/sites/default/files/Contrato%20Administrativo%20045-2013.pdf> (Guatemala, 19 de julio de 2015)

Instituto Nacional de Administración Pública. **Derecho administrativo**. 8ª. Edición ampliada, corregida y actualizada. Guatemala, 1996

Instituto Nacional de Administración Pública. **Derecho administrativo**. Ministerio para las Administraciones Públicas. Serie Administración General. 1ª. Edición en español. Fotograf, S.A. Móstoles, Madrid, España. 1991

MEZA DUARTE, Eric. **Manual de derecho administrativo**. Ed. Serviprensa. Guatemala, 2004.

PRADO, Gerardo. **Teoría del Estado**. 9na. Edición. Ediciones Renacer. Guatemala, 2009

ROCHILD, Alessandro. **Tratado teórico y práctico de derecho administrativo francés**. 1ª. Edición. Editorial La Sorbona. Paris, Francia 1991.

ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique. **Derecho administrativo especial. Contratación Administrativa**. 1ra. Edición. Editorial Universidad Estatal a Distancia, San José Costa Rica. 2002

SERRA ROJAS, Andrés. **Derecho administrativo, primer curso**. Ed. Porrúa. México. 2000.

Universidad de San Carlos de Guatemala. **Apuntes de administración I. (Primera Parte.)** Ed. no comercializada, 1997.



VILLEGAS BASAVILVASO, Benjamín. **Derecho administrativo.** Tipográfica Editora Argentina. (s.e.). Buenos Aires, Argentina 1971.

Legislación:

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

Convenio 169: Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes. Organización Internacional del Trabajo

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

Código Municipal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 12-2002, 2002.

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

Ley de lo Contencioso Administrativo. Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 119-96, 1996

Ley de lo Contencioso administrativo. Decreto número 1881, Presidente de la República de Guatemala, 1936.

Ley de Minería. Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 48-97, 1997

Ley del Fondo para el Desarrollo Económico de la Nación. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 71-2008, 2009

Ley del Organismo Ejecutivo. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 114-97