

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

**DESCONOCIMIENTO DEL CUASICONTRATO ADMINISTRATIVO APLICADO A LOS
PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN GUATEMALA**

MARTA JEANNETTE ESTRADA CAMEY

GUATEMALA, MARZO DE 2016

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

**DESCONOCIMIENTO DEL CUASICONTRATO ADMINISTRATIVO APLICADO A LOS
PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MARTA JEANNETTE ESTRADA CAMEY

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, marzo de 2016

**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. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO: Lic. Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

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



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, 18 de mayo de 2015.

Atentamente pase al (a) Profesional, OTTO RENE ARENAS HERNÁNDEZ
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
MARTA JEANNETTE ESTRADA CAMEY, con carné 9614829,
 intitulado DESCONOCIMIENTO DEL CUASICONTRATO ADMINISTRATIVO APLICADO A LOS PROCESOS DE
CONTRATACIÓN PÚBLICA EN GUATEMALA.

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 éste debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

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



Fecha de recepción 21 / 05 / 2015

Asesor(a)
 (Firma y Sello)

LIC. OTTO RENE ARENAS HERNÁNDEZ
 ABOGADO Y NOTARIO

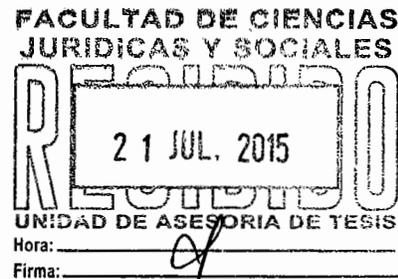


Lic. Otto Rene Arenas Hernández
Abogado y Notario
Colegiado 3805



Guatemala, 21 de julio del año 2015

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



Doctor Mejía Orellana:

Le informo que de conformidad con el nombramiento emitido por el despacho a su cargo de fecha dieciocho de mayo del año dos mil quince, procedí a la asesoría del trabajo de tesis de la bachiller Marta Jeannette Estrada Camey, que se denomina: **“DESCONOCIMIENTO DEL CUASICONTRATO ADMINISTRATIVO APLICADO A LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN GUATEMALA”**. Después de la asesoría encomendada, le doy a conocer lo siguiente:

1. El contenido de la tesis es científico y técnico, además la ponente utilizó la legislación y doctrina acordes, redactando la misma de forma adecuada, empleando un lenguaje apropiado y se desarrollaron de manera sucesiva los distintos pasos correspondientes al proceso investigativo. Los métodos que se emplearon fueron: analítico, con el que se señala el desconocimiento del cuasicontrato administrativo; el sintético, indicó sus características; el inductivo, dio a conocer su importancia, y el deductivo, estableció la problemática de actualidad. Se utilizaron las siguientes técnicas de investigación: fichas bibliográficas y documental, las cuales fueron de utilidad para la recolección de la información actual y suficiente para el desarrollo de la tesis.
2. La redacción utilizada es la adecuada y las citas bibliográficas son acordes con el desarrollo de la tesis. Además, los objetivos determinaron la importancia de los procesos de contratación pública. La hipótesis formulada fue comprobada, dando a conocer que se desconoce el cuasicontrato administrativo en la sociedad guatemalteca.
3. El tema de la tesis es una contribución científica y técnica de útil consulta tanto para profesionales como para estudiantes, en donde la ponente señala un amplio contenido relacionado con el tema investigado.
4. En relación a la conclusión discursiva de la tesis, la misma se redactó de manera sencilla y de fácil comprensión. Se empleó la bibliografía adecuada y de actualidad. A la sustentante le sugerí diversas enmiendas a su introducción y capítulos, encontrándose conforme en su realización; siempre bajo el respeto de su posición ideológica. Se hace la aclaración que entre el asesor y la sustentante no existe parentesco alguno dentro de los grados de ley.

Lic. Otto Rene Arenas Hernández
Abogado y Notario
Colegiado 3805



La tesis que se desarrolló por la sustentante efectivamente cumple con los requisitos que establece 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 emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite correspondiente, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente.



Lic. Otto René Arenas Hernández
Asesor de Tesis
Colegiado 3,805

LIC. OTTO RENE ARENAS HERNÁNDEZ
ABOGADO Y NOTARIO



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 26 de enero de 2016.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante MARTA JEANNETTE ESTRADA CAMEY, titulado DESCONOCIMIENTO DEL CUASICONTRATO ADMINISTRATIVO APLICADO A LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/srrs.



Lic. Aídaan Ortiz Orellana
DECANO





DEDICATORIA

A DIOS:

Que enseña buen sentido y da sabiduría, por haberme brindado la oportunidad de estar con vida y salud; con toda verdad, para Él sea la gloria y la honra.

A MI MADRE:

María Magdalena Camey Estrada, por sus enseñanzas, instrucción y dirección reciba el presente que les hago de este acto, Dios la bendiga.

A MI ESPOSO:

Pablo David Gómez Paez, por la comprensión y apoyo incondicional que siempre me ha brindado.

A MIS HIJOS:

Mis tres pequeños, Brandon, Sofía y Bryan, que mi ejemplo sirva como luz y puedan alcanzar la meta de estudios que se tracen en su momento.

A MIS HERMANOS:

Carlos, Christopher, Ricardo y Yadira con cariño.

A LOS LICENCIADOS:

Verónica, Otto Eduardo Irain Consuegra Cifuentes, Byron Vinicio Melgar García, Henry Macz Coy y Nancy Carina Muñoz.



A MIS CENTROS DE ESTUDIOS: Especialmente a la Universidad de San Carlos de Guatemala y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por haberme dado la oportunidad de ser profesional.

A MI PATRIA: Guatemala de la Asunción, con respeto.



PRESENTACIÓN

El tema de tesis que se desarrolló se intitula desconocimiento del cuasicontrato administrativo aplicado a los procesos de contratación pública en Guatemala y con la misma se indica que el cuasicontrato es todo acto lícito voluntario que sin existir convención que lo acuerde, produce obligaciones, ya sea respecto de uno de los interesados, de forma recíproca entre las partes, o en beneficio de un tercero, siendo costumbre ser considerados como cuasicontratos el enriquecimiento sin causa, la gestión de negocios y la promesa pública de recompensa.

El cuasicontrato no comprende únicamente las clásicas nociones del enriquecimiento sin causa y la gestión de negocios ajenos, sino otras como el concesionario del servicio público que, habiendo vencido el plazo de la concesión, sigue con el subcontratista o quienes, sin que el contrato lo autorizase, ni lo hubiere autorizado la administración pública, se les cedió o transfirió el contrato administrativo y lo ejecutaron de manera satisfactoria.

El aporte de la tesis es científico y permitió señalar lo fundamental de conocer los fundamentos jurídicos que informan el cuasicontrato administrativo. El ámbito geográfico estudiado abarcó la ciudad capital de Guatemala y el ámbito temporal comprendió los años 2014-2016. La naturaleza jurídica de la misma es pública y es referente a una investigación cualitativa.



HIPÓTESIS

La hipótesis que se formuló del plan de investigación intitulado desconocimiento del cuasicontrato administrativo aplicado a los procesos de contratación pública en Guatemala, comprobó que la relación de hecho entre la administración y el agente de facto se tiene que encontrar debidamente presididas por un cuasicontrato administrativo, al cual se le tiene que otorgar determinado derecho y crear una cierta responsabilidad, siendo la situación del funcionario de facto, aquella que no puede ser equiparada a la del funcionario, al cual se le tienen que aplicar las normas precisas del empleado público.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Dentro del derecho administrativo, la calidad de cuasicontrato, se encuentra desacreditada en el derecho privado, y es reconocida por diversos autores. La conceptualización de cuasicontrato puede tener una mayor aplicación en relación al derecho civil, debido a que la noción de cuasicontrato, cuando no existe un acto o un contrato administrativo, puede abarcar cualquier hecho jurídico subjetivo idóneo para la producción de alguno de los efectos que normalmente son auténticos del acto administrativo o del contrato en el derecho público. Entre los mismos se pueden citar: la gestión de negocios en beneficio de un ente administrativo y el pago de lo indebido.

Para desarrollar la tesis fue empleada la metodología pertinente. Los métodos que se utilizaron fueron: analítico, sintético, inductivo y deductivo. Las técnicas empleadas fueron la bibliográfica y documental.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. El contrato.....	1
1.1. Conceptos.....	2
1.2. Reseña histórica.....	3
1.3. Interpretación de los contratos.....	5
1.4. Teorías.....	6
1.5. Formación contractual.....	7
1.6. Forma de los contratos.....	9
1.7. Clasificación.....	10
1.8. Tipología de los contratos.....	15

CAPÍTULO II

2. Contrato administrativo.....	17
2.1. División.....	18
2.2. Contratos de la administración pública.....	18
2.3. Criterios para la diferenciación del contrato administrativo.....	20
2.4. Conceptualización de contrato administrativo.....	25
2.5. Principios.....	27
2.6. Elementos.....	29



Pág.

2.7. Contratos administrativos nominados.....	34
---	----

CAPÍTULO III

3. La contratación pública.....	37
3.1. Servidores públicos.....	40
3.2. Régimen jurídico.....	43
3.3. La contratación.....	44
3.4. Negociaciones contractuales.....	45
3.5. Procedimiento de contratación.....	47
3.6. Suscripción contractual.....	55

CAPÍTULO IV

4. El desconocimiento del cuasicontrato administrativo aplicado a los procesos de contratación pública.....	59
4.1. Origen del cuasicontrato.....	59
4.2. Naturaleza jurídica.....	60
4.3. Teoría del enriquecimiento sin causa.....	61
4.4. Nexos entre el cuasicontrato y el enriquecimiento sin causa.....	63
4.5. Estudio del desconocimiento del cuasicontrato administrativo aplicado a los procesos de contratación pública en Guatemala.....	64
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	69
BIBLIOGRAFÍA.....	71



INTRODUCCIÓN

Se eligió el tema investigado debido a lo esencial de conocer el cuasicontrato administrativo aplicado a los procesos de contratación pública del Estado de Guatemala. La aplicación de la teoría del cuasicontrato en el derecho administrativo es propiciada por un calificado sector doctrinal. El cuasicontrato administrativo no tiene un régimen jurídico orgánico, o sea, que no se encuentra contemplado en una ley dentro del ordenamiento legal.

El cuasicontrato administrativo no tiene relación con el contrato civil y va más allá que este, debido a que se encuadra en el principio más amplio del enriquecimiento sin causa, aplicable a situaciones tales como el funcionario de hecho, la obra pública no autorizada y la gestión urgente y necesaria. Se fundamenta en los principios de enriquecimiento sin causa, la buena fe y el error provocado como lo señalan los objetivos del trabajo de tesis.

En el caso del vencimiento del término, por el cual fue otorgada la concesión del servicio público, se continúa sin oposición del Estado, no habiendo una tácita reconducción, pero puede continuar con la prestación con iguales derechos y deberes, y ello hasta que el concedente recupere la concesión, en cualquier momento. Las obligaciones que se encuentran agrupadas de acuerdo a los cuasicontratos no son únicamente obligaciones nacidas de la ley o de la voluntad unilateral, cuyo fundamento general se encuentra en el enriquecimiento sin causa, o sea, en la imposibilidad jurídica de admitir que un patrimonio se pueda enriquecer o se mejore con detrimento de otro que correlativamente se empobrece, sin que exista una razón legal que lo justifique como se comprobó con la hipótesis formulada.

La inexistencia de criterios o de normas expresas al cuasicontrato se le tienen que aplicar en primer lugar a las normas administrativas relacionadas con los contratos administrativos, debido a que el cuasicontrato consiste en un reflejo de los mismos. La legislación procura que el patrimonio que se ha enriquecido debido al trabajo o gestión

de un tercero, se encargue de solventar una determinada prestación para el mantenimiento del equilibrio entre los dos. Las motivaciones de equidad y justicia consisten en el fundamento moral, el cual subyace como una fuente de derecho, siendo dicha teoría no aplicable por completo en el derecho público, pero efectivamente se pueden citar determinados casos en los cuales se puede dar lugar a la clasificación de los cuasicontratos administrativos.

El carácter administrativo del cuasicontrato siempre deriva del objeto del mismo y en ningún momento de la existencia de cláusulas expresas del derecho privado. Todo ello, es notorio al no poderse hacer mención de cláusulas exorbitantes expresas, debido a que si las mismas existen se presenta un contrato y si no un cuasicontrato.

La autoridad competente para los contratos administrativos es la persona autorizada para contratar a nombre de una entidad, de acuerdo con la legislación. Competencia es la aptitud de obrar de los órganos públicos, especificándose de esa manera los límites dentro de los cuales pueden actuar de forma válida. Dichos límites comportan diversos ámbitos como el de la institución pública de la cual se trate. También, para ejercer la competencia se necesita de personalidad jurídica, pero la legislación puede encargarse del otorgamiento de la debida competencia, para la celebración de determinados contratos a órganos descentralizados que no cuentan con personalidad legal.

Los capítulos desarrollados fueron los siguientes: el primer capítulo, señala el contrato; el segundo capítulo, indica el contrato administrativo; el tercer capítulo, establece la contratación pública; y el cuarto capítulo, analiza el desconocimiento del cuasicontrato administrativo aplicado a los procesos de contratación pública en Guatemala. Las técnicas utilizadas fueron la bibliográfica y documental. Los métodos empleados fueron: analítico, sintético, inductivo y deductivo. La proliferación de conciertos económicos, contratos, programas, convenios fiscales, contratos o cuasicontratos de conformidad con la imprecisa y equívoca terminología expresa una necesidad real de la administración llevada a cabo de forma imperiosa para llevar a cabo una negociación.

CAPÍTULO I

1. El contrato

Es un acuerdo de voluntades, verbal o escrito, manifestado entre dos o más personas con capacidad, que se denominan partes y que se obligan en virtud del mismo. Sus relaciones son relativas a una finalidad determinada o a una cosa, y a cuyo cumplimiento pueden compelerse de manera recíproca, si el contrato es bilateral o compelerse una parte a la otra, cuando el contrato es unilateral.

El contrato es generador de derechos y obligaciones relacionados, o sea, únicamente para las partes contratantes y sus causahabientes. Pero, también del acuerdo de voluntades, algunos contratos exigen, para su perfeccionamiento otros hechos o actos que son de alcance legal, como efectuar una determinada entrega o exigir la formalización en documento especial, de manera que, en algunos casos especiales, no es suficiente con la misma voluntad. De todas maneras, el contrato en general, cuenta con una connotación patrimonial, inclusive de forma parcial y forma parte de la categoría mayormente amplia de los negocios jurídicos.

La función elemental del contrato es referente a originar efectos jurídicos, o sea, obligaciones que sean exigibles, de modo que aquella relación de sujetos que no derive en efectos jurídicos, no se le puede en ningún momento atribuir cualidad contractual. Además, en cada Estado puede presentarse un sistema de requisitos contractuales distintos en lo superficial, pero su conceptualización, en esencia, es idéntica. La

divergencia de requisitos contractuales tiene relación con la variedad de las realidades sociales, culturales y jurídicas de cada uno de los países, existiendo ordenamientos en los cuales el contrato no se limita solamente al campo de los derechos patrimoniales únicamente, sino que abarca también derechos personales y de familia.

1.1. Conceptos

Para la formación de un negocio de carácter obligacional por actuaciones jurídicas, como también para toda modificación del contenido de un negocio, se tiene que exigir un contrato celebrado entre las partes, a excepción de que legalmente se disponga de otra manera.

"Hay contrato cuando las partes dan su manifestación de una forma concordante de su voluntad recíproca, siendo dicha manifestación aquella que puede ser expresa o bien tácita. Además, los actos jurídicos, o sea, las actuaciones que sean tendientes al establecimiento, modificación o extinción de relaciones pueden ser unilaterales o bilaterales".¹

También, es de importancia anotar que hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos. Es una convención, por la cual una parte se obliga para con otra o ambas partes se obligan recíprocamente a una prestación cualquiera, esto es a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

¹ Amadeo Armas, José Luis. **Los contratos**. Pág. 57.

1.2. Reseña histórica

"El contrato en el derecho romano, se presenta como una forma de acuerdo que se denomina *conventio*. La convención, consiste en el consentimiento de dos a más personas que se avienen sobre una cosa que tienen que dar o prestar. Lo consensual consistía en la forma dominante".²

La convención se divide en pacto y contrato, siendo el primero el que no tiene nombre ni mucho menos causa y el contrato el que efectivamente cuenta con dichos elementos.

En ese contexto, se comprende por nombre a la palabra que se encarga de la producción de la acción, o sea, es el pacto al que se refieren solamente las relaciones que engendran una excepción.

Por su parte, la causa es alguna cosa que está presente y de la cual deriva la obligación.

El pacto fue poco a poco asimilándose al contrato, al tomar en cuenta las acciones del instrumento para la exigencia de su cumplimiento. El contrato tiene que aplicarse a todo acuerdo de voluntades que se encuentre encaminado a la creación de obligaciones exigibles y siempre ha estado protegido por una acción que atribuya eficacia legal.

² Bustamante Farías, José Eduardo. *Introducción al estudio de los contratos*. Pág. 60.

Los contratos se dividen en verdaderos y en cuasicontratos. Eran verdaderos, aquellos que se basaban en el consentimiento expreso de las partes; y los cuasicontratos, los que encontraban su fundamento en el consentimiento presunto.

A su vez, los contratos verdaderos se dividieron en nominados e innominados. Eran nominados, los que tenían un nombre específico y particular confirmado por el derecho; e innominados, aquellos que aún teniendo causa no tenían nombre. La acción consiste en otro elemento esencial de los contratos en el derecho romano. Las acciones relacionadas con los contratos son *actiones in personam*, en las cuales el demandante fundamenta su pretensión en una obligación contractual, la cual puede ser directa o contraria.

"Las acciones directas eran aquellas con la cuales contaba el acreedor, frente al deudor, desde el momento de la celebración del contrato, tales como la *actio certi*, que persigue un objeto específico, en relación a la suma de dinero o cosa. La *actio ex stipulatio*, es aquella con la cual contaba el acreedor cuando el objeto no era ni dinero, ni bienes genéricos sino que implicaba un hacer. La *actio locati*, era la que tenía el arrendador contra el arrendatario. La *actio commodati* directa buscaba lograr la restitución de la cosa dada en préstamo".³

El código de las Siete Partidas del Rey Alfonso X de Castilla, ha ejercido durante varios siglos, una gran influencia jurídica en el derecho contractual y también en la mayoría de los países hispanohablantes de América.

³ Ibid. Pág. 67.

1.3. Interpretación de los contratos

La interpretación de un texto es referente a la atribución del significado preciso a sus palabras. La interpretación de cualquier texto es esencial, y especialmente lo es en materia contractual, debido a que de ella depende la calificación posterior jurídica que se lleve a cabo, así como la determinación de los efectos que asigna el ordenamiento a la manifestación de la voluntad que se encuentre comprendida en sus términos.

Al tratar lo referente a los contratos, su interpretación tiene que definir la causa, el objeto y las manifestaciones de voluntad con integración de aquello que, no siendo esencial, falte a su perfección. La problemática de incoherencia del contrato, en caso de discordia entre las partes, se tiene que trasladar al juez, quien deberá encargarse de aplicar las reglas de interpretación de acuerdo al principio de legalidad.

Las cláusulas contractuales son susceptibles de dos sentidos, o sea, de validez y nulidad del acto. Las cláusulas equívocas o ambiguas, tienen que interpretarse mediante términos claros y precisos utilizados en otra parte del mismo escrito. Los hechos de los contrayentes, posteriores al contrato, que tengan relación con lo que se discute, servirán para la explicación de la intencionalidad de las partes al tiempo de la celebración del contrato. Las cláusulas ambiguas tienen que interpretarse en relación al uso y costumbre en el lugar del contrato.

"Las cláusulas ambiguas tienen que ser interpretadas en beneficio del deudor. Pero, las que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o

deudora, tienen que ser interpretadas contra ella, siempre que exista falta de explicación. Lo anotado, indica una antigua regla romana, siendo su fundamento el que se encuentra en el principio de responsabilidad, el cual impone la carga de hablar de forma clara".⁴

De ello, deriva la oscuridad del pacto que tiene que perjudicar al declarante. La generalidad de las leyes de defensa del consumidor establece que ante la duda se tiene que interpretar el beneficio del consumidor.

1.4. Teorías

Siendo las mismas las siguientes:

- a) **Teoría subjetivista:** de acuerdo a la misma, el juez tiene que buscar la solución fundamentado en las intenciones que hayan tenido las partes, al momento de llevar a cabo la contratación. El trabajo del juez es referente a la investigación de las intenciones.
- b) **Teoría objetivista:** el juez debe encargarse de evaluar los datos objetivos que provengan de conformidad a precisar cuál fue la intención común de las partes.
- c) **Teoría de la imprevisión:** se aplica a los contratos, en caso que, por cambios radicales en las condiciones económicas generales, la satisfacción del contrato

⁴ Cervantes Ahumada, Raúl Alejandro. **Contratos**. Pág. 44.

se le haga en exceso gravosa y tengan que ajustarse las condiciones del contrato para que las mismas se asemejen a lo que las partes indicaron originalmente.

1.5. Formación contractual

Es esencial analizar los actos, causas, hechos, requisitos y formas que de forma instantánea o sucesiva tienen que confluir para la perfección y cumplimiento del contrato.

- a) **Acuerdo de voluntades:** el contrato necesita de la manifestación inequívoca de la voluntad de las partes que integrarán el acto jurídico. De esa manera, sucede cuando las partes contratantes expresan su voluntad en el momento en el cual se integra el contrato, y ello se denomina entre presentes. Si la manifestación de voluntad ocurre en momentos distintos, se llama entre ausentes.

Su distinción es de importancia para poder determinar con exactitud el momento en el cual el contrato entra en la vida jurídica de los contratantes. El contrato entre presentes entrará en vigencia en el momento de la manifestación simultánea de la voluntad, mientras que el contrato entre ausentes hasta que el último haya otorgado su manifestación.

- b) **Oferta y aceptación:** la oferta consiste en una manifestación unilateral de voluntad, encaminada a otro. La misma tiene carácter obligatorio, o sea, una vez

emitida, el proponente no puede modificarla en el momento de la aceptación del sujeto con interés. La aceptación de la oferta tiene que ser de forma explícita, de manera que el otro contratante tiene que encargarse de mostrar su consentimiento tanto expreso como tácito.

"La vigencia obligatoria de la oferta, varía de acuerdo a los distintos ordenamientos jurídicos. Para algunos, el oferente puede variar la oferta mientras la misma no haya sido aceptada, en cambio, en otros la oferta tiene que mantenerse por todo el tiempo que, de forma usual o legal, se reconozca al contratante para su aceptación".⁵

- c) **Aceptación en el contrato entre ausentes: existen diversas teorías relacionadas con el momento en el cual un contrato se encarga de desplegar sus efectos jurídicos, cuando se trata de partes diferenciadas físicamente entre sí. En ello, confluyen las siguientes teorías:**
- **Teoría de la emisión: la cual entiende que la oferta es aceptada en el momento en el cual se produce la aceptación.**

 - **Teoría de la remisión: también se le llama de expedición, y en la misma la aceptación se llega a producir en el momento en que se acepta y se presenta la remisión de dicha aceptación al oferente.**

⁵ **Ibid. Pág. 90.**

- Teoría de la recepción: es aquella en la cual la aceptación se produce en el caso de la aceptación, remisión y llegada de esta última al campo en el cual el oferente lleva a cabo su actividad.

- Teoría del conocimiento: la cual exige la aceptación, remisión, llegada al ámbito y además su conocimiento.

- d) Etapa precontractual: el denominado precontrato tiene como finalidad la preparación de un contrato futuro. En el pacto de *contrahendo*, las personas se obligan entre sí para llevar a cabo negociaciones que den como resultado un contrato futuro y no pueden romper las negociaciones sin incurrir en responsabilidad contractual y en la promesa unilateral aceptada un sujeto presenta una oferta para un contrato futuro a otro sujeto, quien asiente en estudiarlo y decidir si acepta o rechaza. El oferente, por su parte conviene en no retirar la oferta durante un determinado plazo.

1.6. Forma de los contratos

"La forma puede ser determinante para la validez y eficacia de los contratos. Los contratos pueden ser verbales o escritos. Los verbales, son aquellos que conservan su contenido únicamente en la memoria de los intervinientes; o escritos, si su contenido se ha transformado en un texto gramatical reflejado o grabado en soporte permanente y duradero que permita su lectura y exacta reproducción posterior".⁶

⁶ Mármol Marquis, Hugo Leonel. *El contrato*. Pág. 10.

Los contratos escritos, pueden además ser solemnes o no, de conformidad si los mismos tengan que ser formalizados en escritura pública e inclusive si la legislación exige su inscripción en algún tipo de registro público. En los llamados contratos reales, la perfección de su forma exige además la entrega de la cosa.

1.7. Clasificación

Siendo la misma la siguiente:

- a) **Unilaterales y bilaterales:** los primeros, son acuerdos de voluntades que engendran obligaciones únicamente para una parte. Los segundos, se refieren al acuerdo de voluntades que otorgan nacimiento a obligaciones para ambas partes.

Cuando en un contrato unilateral existen obligaciones que impliquen la transferencia de una cosa, si la misma se destruye por caso fortuito o fuerza mayor, entonces es necesario poder establecer quién debe de sufrir la pérdida. La cosa siempre perece para el acreedor en los contratos traslativos de dominio, en donde el acreedor es el dueño, mientras en los contratos traslativos de uso, el acreedor a la restitución es el dueño y la cosa perece para él.

Cuando el contrato sea bilateral, no puede haber posibilidad de plantear el problema, debido a que dicha cuestión supone que siendo las obligaciones recíprocas, una parte no cumple entregando las cosas por un caso de fuerza

mayor y en atención a esto la otra parte debe cumplir, ya que no es imputable el incumplimiento del deudor.

En todos los contratos bilaterales, que generan obligaciones recíprocas, cuando una parte no cumple o se allana a cumplir, carece de derecho para exigir a la otra el cumplimiento de su obligación, y si a pesar de ello pretendiera exigir judicialmente el cumplimiento por una demanda, el demandado le opondrá la excepción de contrato no cumplido.

"La *exceptio non adimpleti*, no puede presentarse en los contratos unilaterales, por una sencilla razón de que en ellos únicamente una de las partes se encuentra obligada, y si no cumple, la otra podrá judicialmente exigir ese cumplimiento, sin que pueda oponérsele dicha excepción, ya que no tiene por su parte ninguna obligación que llevar a cabo".⁷

- b) **Contratos onerosos y gratuitos:** los primeros, son aquellos en los cuales existen beneficios y gravámenes recíprocos, existiendo en los mismos un sacrificio equivalente que llevan a cabo las partes. En los segundos, únicamente se tiene por objeto la utilidad de una de las partes.

- c) **Contratos conmutativos y aleatorios:** los primeros, son aquellos contratos en los cuales las prestaciones que se deben a las partes son determinadas desde el momento que se celebra el acto jurídico. Los contratos aleatorios, son los que se

⁷ **Ibid.** Pág. 17.

presentan cuando la prestación depende de un acontecimiento futuro e incierto y al momento de contratar, no se tiene conocimiento de las ganancias o pérdidas hasta el momento en que dicho acontecimiento se lleve a cabo en el futuro.

Entre las características comunes de los contratos anteriores se encuentran: la incertidumbre sobre la existencia de un hecho, o bien sobre el tiempo de la realización de ese hecho; la oposición, y no únicamente la interdependencia de las prestaciones; y la medida de la ganancia de una de las partes.

- d) **Contratos principales y accesorios:** el contrato principal, es el que existe por sí mismo, en tanto que los accesorios, son aquellos que se encuentran bajo la dependencia de un contrato principal. Los accesorios continúan la suerte de lo principal, debido a que la nulidad o la inexistencia de los primeros origina a su vez, la nulidad o la inexistencia del contrato accesorio. Los contratos accesorios son también denominados de garantía, debido a que por lo general se constituyen para garantizar el cumplimiento de una obligación que se reputa principal y de esa manera de garantía.

La norma de que lo accesorio continúa la suerte de lo principal, padece en determinados casos y excepciones, debido a que no puede existir contrato accesorio, sin que anteriormente se constituya el principal.

- e) **Contratos instantáneos y de tracto sucesivo:** los primeros, también son llamados de tracto único y son aquellos que se cumplen en el mismo momento en que se

celebran, o sea, su cumplimiento se tiene que llevar a cabo en un mismo acto. Los segundos, son aquellos en los cuales el cumplimiento de sus necesidades primordiales y sus términos pueden ser de ejecución continuada, de ejecución intermitente y de ejecución periódica.

- f) **Contratos consensuales y reales:** los primeros, son los que por regla general, el consentimiento de las partes es suficiente para la formación del contrato, debido a que las obligaciones nacen tan pronto como las partes se han puesto de acuerdo. El consentimiento de las partes puede manifestarse de cualquier manera. No obstante, es necesario que la voluntad de contratar revista una forma particular, que permita por medio de ella conocer su existencia, debido a que no es la simple coexistencia de dos voluntades internas lo que constituye el contrato, siendo necesario que las mismas se manifiesten al exterior. Los segundos, quedan concluidos desde el momento en que una de las partes haya hecho a la otra la tradición o entrega de la cosa sobre lo que versare el contrato.
- g) **Contrato formal y contrato solemne o no solemne y no formal:** el primero, es el que la ley ordena que el consentimiento se manifieste por determinado medio para que el contrato sea válido.

En la legislación se acepta un sistema ecléctico o mixto en relación a las formalidades, debido a que en principio, se considera que el contrato es consensual, y únicamente cuando el legislador imponga determinada formalidad tiene que cumplirse con ella, ya que de lo contrario el acto estará afectado de

nulidad. El contrato formal solemne, es el que además de la manifestación del consentimiento por un medio específico, necesita de determinados ritos estipulados por la legislación para la producción de sus efectos propios.

"Las formalidades serán *ad probationem*, cuando deban ser realizadas con la finalidad de poder demostrar la celebración de un acto, el cual es referente a un acto ante funcionario público. Por su parte, las formalidades serán *ad solemnitatem*, cuando la voluntad de las partes, por exigencia legal necesitan una formalidad particular sin la cual el contrato no tiene eficacia jurídica alguna. La distinción entre los contratos formales y solemnes radica en lo relacionado a la sanción. La falta de forma origina la nulidad relativa, así como la falta de solemnidad que ocasiona la inexistencia".⁸

- h) Contrato privado y público: el primero, es el llevado a cabo por las personas intervinientes en un contrato con o sin el asesoramiento profesional. Tendrá igual valor que la escritura pública en las personas que los suscriben, así como con sus causahabientes. Los segundos, son aquellos autorizados por los funcionarios o empleados públicos, siempre dentro del campo de sus competencias y cuentan con una mejor condición probatoria.
- i) Contrato nominado o típico e innominado o atípico: los primeros, son aquellos contratos que se encuentran previstos y regulados legalmente. Por ende, en

⁸ Zuleta Torres, José Bernardo. **El contrato**. Pág. 98.



ausencia de acuerdo entre las partes, existen normas dispositivas a las cuales se tiene que acudir.

Los segundos, son aquellos para los cuales la legislación no tiene previsto un nombre específico, debido a que sus características no se encuentran reguladas legalmente. Puede ser un híbrido entre varios contratos o inclusive uno completamente nuevo.

Para completar las lagunas del derecho o las situaciones que no se encuentran previstas por las partes en el contrato, existe la necesidad de acudir a la regulación de los contratos similares o análogos.

- i) Contratos determinados únicamente en su género: son aquellos en los cuales se hace mención a la cantidad y calidad del objeto del contrato.
- j) Por su publicidad: pueden ser públicos y privados. Los primeros, son los realizados bajo la autoridad de notarios o jueces. Los segundos, son los contratos otorgados por las partes contratantes sin la autorización o la existencia de fedatario público, aunque pueden contar con la presencia de testigos.

1.8. Tipología de los contratos

Es ilimitado el número de modalidades de contratos que pueden ofrecer un sistema jurídico que cuente con libertad de contratación, como casi infinitos son los derechos y

obligaciones que pueden crear las partes, tomando en consideración el hacerlo de manera simple, o sometida a una modalidad.

"La tipicidad de los contratos se hace efectiva a través del principio de integración del contrato aplicado bien con arreglo a la formulación que las partes hubieren atribuido a su contrato, o bien de acuerdo a que se deduzca del contenido de las cláusulas del texto, si fueren oscuros en términos en que el contrato se hubiere formulado por las partes".⁹

⁹ **Ibid.** Pág. 110.

CAPÍTULO II

2. Contrato administrativo

La convención o convenio desde el derecho romano fue tomada en consideración como típica, de conformidad con el acuerdo de voluntades, distinguiéndose dos clases o especies que fueron el pacto y el contrato.

"Desde sus comienzos, el carácter eminentemente formalista del derecho romano se encargó de negar efectos legales a los pactos, otorgándolos únicamente a las convenciones investidas de determinadas formas con carácter solemne como la *mancipatio*, la *stipulatio*, la *transcriptio* y la *traditio*, las cuales con sus correspondientes formas se encargaron de la representación de los contratos en el ordenamiento jurídico romano".¹⁰

La convención fue interpretada como el acuerdo genérico de voluntades y la misma tuvo al contrato como la especie de convención cuyo acuerdo de voluntades permite el origen a una determinada obligación, debido a ser un convenio por el cual una o varias personas se obligan en relación a otras para dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos. Además, las disposiciones legales sobre los contratos son aplicables a todos los convenios.

¹⁰ Meza Duarte, Leonardo Antonio. **Introducción al derecho administrativo**. Pág. 46.

Existen interpretaciones del negocio contractual que son: el concepto amplio que identifica la noción de contrato con la de convención o acto jurídico bilateral; el concepto estricto, que distingue la convención del contrato, al considerar a aquella el género y a éste la especie, debido a que se entiende por convención todo acuerdo sobre un objeto de interés jurídico, siendo el contrato exclusivamente el acuerdo encaminado a la dirección y constitución de una obligación patrimonial.

El derecho romano atribuyó el nacimiento de las obligaciones a un contrato, siendo reconocidas las fuentes adicionales de las obligaciones y las diversas corrientes de los glosadores como cuasicontratos y como cuasidelitos.

2.1. División

La institución del contrato ha encontrado en el derecho civil su mayor desarrollo, pero dicha circunstancia no le niega a dicha institución su carácter legal, ni tampoco limita de ninguna manera a otras ramas del derecho para que se ocupen de ella, como en la realidad se ha presentado, siendo por ello dable la división de los contratos en civiles, mercantiles, laborales y administrativos.

2.2. Contratos de la administración pública

"Doctrinariamente, se ha puesto en duda la posibilidad legal de que la administración pública pueda celebrar contratos que sean auténticos, motivo por el cual se discute cuál es su naturaleza y carácter para poder establecer si efectivamente existe un tipo

especial de contrato que sea diferente al del derecho privado, o sea, si existe el contrato administrativo o no. Mientras los jurista polemizaban sobre la posibilidad de que el poder público pudiera realizar contratos, la realidad cotidiana se encargó de patentizar la presencia de relaciones contractuales entre el Estado y los particulares”.¹¹

En dicho disenso de la doctrina se advierten dos corrientes, una negativa que rechaza la existencia de contratos administrativos y constitutivos de una categoría distinta a la de los del derecho privado; y otra corriente positiva, que señala la existencia de los contratos administrativos, diferentes a los celebrados entre los particulares y sometidos a un régimen jurídico del derecho privado, a causa de un interés público implícito en el objeto del contrato.

La corriente negativa ha desaparecido casi en su totalidad en la actualidad y fue sostenida por juristas destacados. La negación del contrato administrativo supone que normalmente se tienen que manejar bajo ese nombre los contratos civiles de la administración, como también los actos administrativos necesitados del consentimiento de los particulares destinatarios y con frecuentes efectos legales de actos de condición.

Los contratos administrativos se caracterizan por ser celebrados por la administración pública, por lo general con un particular, con una finalidad pública o relativa a la satisfacción de una necesidad sometida al derecho público, con cláusulas exorbitantes del derecho privado, en los cuales el particular queda en una situación de subordinación jurídica relacionada con la administración pública.

¹¹ Romero Pérez, Jorge Enrique. **Derecho administrativo**. Pág. 28.

Aun cuando la doctrina ha discutido en relación al particular, se cree que en la actualidad efectivamente se acepta esta clase de contratos, y se tiene que explicar la intervención estatal en vista de una autolimitación a su soberanía y a su poder de mando, en función de las finalidades que persigue con la celebración del contrato y que son los de cumplir con sus cometidos.

2.3. Criterios para la diferenciación del contrato administrativo

"La diferenciación del contrato administrativo, se ha postulado de conformidad con distintos criterios doctrinales, entre los cuales destacan: el subjetivo, el de la jurisdicción; el formal, relacionado con la cláusula exorbitante; el legalista, relacionado con los servicios públicos; el de finalidad y el mixto".¹²

- a) **Criterio subjetivo:** de acuerdo a dicho criterio, un contrato es administrativo si uno de los contratantes integra la administración pública. Un contrato es administrativo por el hecho de que es celebrado por la administración pública, obrando como tal y relacionándose por dicho conducto con los particulares.

Los contratos celebrados entre los particulares, no pueden ser de naturaleza administrativa, pero ello no quiere decir que todo contrato que haya sido celebrado por la administración pública sea administrativo. La tesis que sostiene que es administrativo el contrato que sea celebrado por la administración pública obrando como tal y con los particulares tiene que rechazarse debido a que se

¹² **ibid.** Pág. 99.

encuentra fundamentada por la teoría de la doble personalidad del Estado, en la cual se distinguen los actos de la administración pública de los de autoridad, en los cuales se actúa como persona de derecho público, así como también de los actos de gestión.

La teoría de la doble personalidad ha sido descartada, entre otras motivaciones, por comprobarse fácilmente que el Estado no es sino uno mismo y único sujeto de derecho, por lo cual se le tiene que dividir en dos personalidades, una pública y la otra privada.

- b) **Criterio de la jurisdicción:** a diferencia del contrato de derecho privado cuyas controversias se resuelven en los tribunales judiciales, la competencia relativa al contrato administrativo son correspondientes a los tribunales de lo contencioso administrativo. A causa de sus débiles fundamentos, el criterio jurisdiccional hace radicar en la competencia de los tribunales de lo contencioso administrativo, el carácter administrativo de un contrato. El criterio jurisdiccional busca convertir lo adjetivo de lo sustantivo, y lo accidental en lo esencial de los contratos, siendo inaceptable que el accidente jurisdiccional altere la esencia contractual, como inadmisibile resulta que la voluntad del legislador, del juez o de las partes, haga variar de manera artificial la esencia o naturaleza de un contrato, por supeditarla a su competencia jurisdiccional.
- c) **Criterio formal:** la caracterización de un contrato como administrativo se determina, de acuerdo al criterio formal, debido a la observancia de determinadas

formalidades específicas y predeterminadas, como la licitación previa o el apego a las bases o condiciones preestablecidas, entre otras.

- d) **Criterio de la cláusula exorbitante:** un contrato es administrativo siempre que estipule una serie de cláusulas que rebasen los límites del derecho privado, como el atribuirse a la administración pública contratante derechos en relación al particular con el que contrata, los cuales no se pueden conferir a ningún particular en contrato alguno, o bien por otorgarle al particular con quien contrata los poderes o facultades de carácter específico respecto a terceros.

"La nota propia de este tipo de contratación se encuentra en la existencia en ellos, de cláusulas que son exorbitantes del derecho privado, o sea, de cláusulas que no tendrían lugar dentro del derecho común y que ponen de manifiesto la existencia de un régimen especial de derecho público".¹³

El criterio de la cláusula exorbitante, se objeta debido a que la inserción de dichas cláusulas en los contratos administrativos pudiera ser innecesaria para alcanzar los mismos efectos, debido a que la administración pública disfrute de prerrogativas establecidas en las leyes y reglamentos..

- e) **Criterio teleológico:** un contrato es administrativo si tiene determinados fines, los cuales son distintos a los mismos de los contratos de derecho privado, como puede ser la satisfacción de la necesidad de carácter general o del interés

¹³ Santamaría Pastor, Juan Alfonso. **Fundamentos de derecho administrativo.** Pág. 36.

público, o bien el logro de la utilidad pública. Dicho criterio teleológico, registra en la doctrina diversas versiones, entre las cuales se destacan las de los servicios públicos, las de interés público y la de utilidad pública.

De acuerdo al criterio teleológico en su modalidad de los servicios públicos, es administrativo todo contrato cuyo objetivo consiste en la prestación de un servicio público.

De esa manera, la concesión, la locación, la subrogación y la gestión interesada en el servicio público se tiene que configurar a través de un contrato administrativo. De esa forma, se le tiene que censurar su imprecisión derivada de la inexistencia de un consenso en cuanto al concepto de servicio público, así como la exclusión de contratos administrativos tan notorios como el de obra pública. La utilidad pública consiste en otra versión del criterio teleológico de los contratos administrativos, los cuales se identifican por ser los celebrados por la administración pública con fines de utilidad pública. A dicha modalidad, como también a los de servicios públicos, se le tiene que criticar la imprecisión del concepto determinante que limite la realización de dicha diferenciación, además de que también los particulares puedan celebrar entre sí contratos con fines de utilidad pública.

Otra modalidad del criterio teleológico para la diferenciación de los contratos administrativos es la del interés público, de acuerdo a la cual ese interés es representativo de la finalidad de los mismos.



Todas esas singularidades características, así como las peculiaridades que le son asignadas contribuyen a perfilar los contratos administrativos, nacen de su específica finalidad de interés público, motivo por el cual dicha finalidad de alcanzar de forma directa e inmediata la satisfacción de ese interés público, define de manera contundente e irrefutable un contrato como contrato administrativo.

Pero, aun dejando de lado la imprecisión de la conceptualización determinante, la misma finalidad de interés público no es suficiente para el establecimiento de la diferencia específica del contrato administrativo, toda vez que son determinantes de los contratos celebrados entre los particulares y por ende del derecho privado.

- f) **Criterio legal:** es el más pragmático de los criterios para el establecimiento del carácter administrativo de un contrato, de acuerdo con el cual únicamente serán administrativos los contratos que la ley determine como tales.

El criterio en mención, es objetable debido a que el legislador puede llegar a considerar como administrativos los contratos estrictamente de derecho privado que hayan sido celebrados por la administración pública sin que por ello adquieran tal carácter.

- g) **Criterio mixto:** el criterio mixto debe ser prevaleciente y de conformidad con el mismo se pueden considerar como contratos administrativos, aquellos en los cuales una de las partes es una persona de derecho público, en ejercicio de una

función administrativa, con observancia de formalidades especiales, y con un posible contenido de cláusulas del derecho privado y no adversas al derecho público, así como destinadas a la satisfacción de necesidades de carácter general o del interés público, o al logro de la utilidad pública, y cuyas controversias puedan suscitarse, siendo ello referente al órgano jurisdiccional facultado para el conocimiento de asuntos de derecho administrativo.

2.4. Conceptualización de contrato administrativo

"La idea referente al contrato administrativo, supone que en determinados casos los actos bilaterales en que tiene participación la administración, son contratos que cuentan con peculiaridades propias que limitan la asimilación de los modelos contractuales del derecho privado".¹⁴

En dicho orden de ideas, se puede claramente observar que la administración pública lleva a cabo actos bilaterales que, de conformidad con su contenido, son de naturaleza contractual, de los cuales deviene una relación jurídica del derecho administrativo, lo cual claramente evidencia su sometimiento a determinadas normas jurídicas, siendo la mayoría de las mismas distintas a las del derecho privado. Dichos contratos forman, dentro de los contratos de la administración, la categoría particular de los contratos administrativos. El contrato administrativo consiste en una forma de crear obligaciones, así como también sus correlativos derechos, como resultado de una relación plurilateral consensual, con frecuencia caracterizada por la situación privilegiada de una de las

¹⁴ Jiménez Sánchez, Guillermo Javier. *Los contratos*. Pág. 33.

partes que es la administración pública, la cual guarda respecto de la otra una particular consideración en lo relativo a las obligaciones pactadas, sin que por dicho motivo disminuyan los derechos económicos atribuidos a la otra parte.

Existe dos clases de contratos administrativos: los que lo son debido a su naturaleza y los que tienen tal carácter por la voluntad del legislador y debido a su forma son administrativos. Los contratos administrativos son aquellos celebrados por la administración pública con un fin público, lo cual es una circunstancia por la cual pueden conferir al contratante una serie de derechos y obligaciones frente a terceros, o bien en su ejecución, pueden afectar la satisfacción de una necesidad de carácter público y colectivo, motivo por el cual se encuentran bajo la sujeción de reglas de derecho público, exorbitantes del derecho privado, las cuales colocan al contratante de la administración pública en una situación de subordinación legal.

"El contrato administrativo no se celebra únicamente entre la administración pública y los particulares, sino también entre dos órganos de la administración pública, motivo por el cual parece más exacta la definición en estudio".¹⁵

Consiste en el acuerdo de voluntades generador de obligaciones, que es celebrado por un órgano del Estado, en el pleno ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para la satisfacción de las finalidades públicas.

¹⁵ Ibid. Pág. 40.

2.5. Principios

La teoría del contrato administrativo y su regulación legal se fundamentan en distintos principios cuya sistematización se encuentra pendiente de realización, entre los cuales es de importancia mencionar los siguientes:

- a) **Principio de legalidad:** de conformidad con el mismo, el contrato administrativo tiene que encontrarse bajo la sujeción de un régimen jurídico determinado con precisión, debido a que la administración consiste en una función ejecutiva, la cual tiene fundamento en la legislación y su límite en la acción.

- b) **Principio de continuidad:** de acuerdo al mismo, la ejecución de los contratos administrativos no tiene que interrumpirse ni mucho menos retrasarse, a efecto de que se logre alcanzar cabalmente y de manera oportuna su finalidad.

En el contrato administrativo la administración necesita contar imprescindiblemente con el derecho de exigir en cualquier momento la continuidad de su ejecución, así como que el interés público se encargue de la imposición de que el contratante particular se encuentre bajo la obligación de dicha prestación continuada.

- c) **Principio de mutabilidad:** en virtud del *ius variandi* de la administración pública, el contrato administrativo puede ser unilateralmente cambiado por ésta dentro de ciertos límites, en beneficio del interés público y en clara contradicción al principio

contractual proveniente del derecho romano *pacta sunt servanda*, y de esa forma el principio de mutabilidad toma en consideración al mismo como el más importante de los principios rectores del contrato administrativo.

La administración no puede renunciar a sus potestades, ni mucho menos cercenar su voluntad en la gestión del interés general. Además, su responsabilidad privativa de interés general no puede verse en ningún momento condicionada por los contratos que vaya celebrando. De ello, deriva su potestad de introducir modificaciones en el objeto mismo del contrato, las cuales tienen que asegurarse para una mejor realización de aquél o de una mejor adaptación de sus finalidades.

- d) Principio del equilibrio financiero: de conformidad con el mismo, conocido también como el principio de la ecuación financiera, en el contrato administrativo se tiene que mantener el equilibrio financiero establecido en su celebración, con la finalidad de que las partes no resulten lesionadas o bien que los perjuicios ocasionados se puedan reducir a su mínima expresión, debido a una relación que se pueda llegar a tornar inequitativa, debido a causas imputables al Estado o a la administración pública, o por causas no imputables al Estado, para lo cual se tienen que utilizar mecanismos como aquellos a los cuales se hace referencia con la teoría de la imprevisión.

"La teoría de la imprevisión puede dar lugar a una modificación de las tarifas o bien a una ampliación del plazo de vigencia, así como a una prórroga al plazo

de ejecución de un contrato de obra pública, o bien a una indemnización al contratista de la misma, a la actualización de precios en el contrato de suministro y al reajuste del monto del alquiler en el contrato de locación”.¹⁶

2.6. Elementos

Es de importancia tomar en consideración la diferenciación que existe en materia contractual entre los requisitos y los elementos. Los primeros, consisten en toda condición necesaria para la validez del contrato; mientras, que los elementos, son aquellos que se indican en cada una de las partes integrantes del contrato, algunas de las cuales reciben la denominación de esenciales debido a ser necesarias para su existencia, a diferencia de las no esenciales, así denominadas porque el contrato puede existir aun si carece de ellas.

Como esenciales, se entienden a aquellos elementos necesarios para que exista el contrato, por cuya razón la voluntad de las partes no puede encargarse de subsanar su carencia, considerándose como naturales aquellos elementos que de ordinario figuran en todo contrato o bien derivan de la naturaleza particular de un contrato dado, siendo la voluntad de los contratantes la que puede excluir al contrato.

Los elementos accidentales no aparecen en el contrato a menos que las partes convengan en su incorporación. En relación con el contrato administrativo, la doctrina no puede objetar los elementos esenciales, pero se muestra reticente en relación a los

¹⁶ Romero. Ob.Cit. Pág. 70.

naturales y a los accidentales, así como de una clasificación tripartita, debido a que considera que la administración pública se encuentra siempre obligada a ceñir su actuación al marco de su competencia, la cual le limita a llevar a cabo sus actuaciones fuera del perímetro de sus facultades y le sujeta a los fines determinados por la ley, lo cual le restringe la exclusión de los elementos naturales y la inclusión de los accidentales.

En dicho orden de ideas, es importante proponer una clasificación bipartita de los elementos del contrato administrativo, para hacer la clara distinción únicamente de los elementos del mismo, sin cualquiera de los primeros el contrato no puede surgir a la vida jurídica, en cambio, la falta de los no esenciales no limita que el contrato pueda presentarse. La doctrina señala con bastante insistencia a los sujetos, al consentimiento, el objeto y la causa como elementos esenciales del contrato administrativo, aun cuando de forma aislada y poco frecuente, también se postulan como elementos esenciales la forma, la competencia, la capacidad, la finalidad, el régimen jurídico especial y la licitación. Como elementos no esenciales del contrato administrativo pueden señalarse el plazo de duración, las garantías y las sanciones.

“Dentro de los elementos esenciales del contrato se puede hacer la distinción de los básicos y de los presupuestos; los primeros, consisten en elementos esenciales en sentido estricto y son el consentimiento y el objeto; en tanto que los presupuestos, consisten en aquellos que se encuentran implícitos en los básicos, como sucede con los sujetos, que son quienes constituyen un elemento esencial en el consentimiento”.¹⁷

¹⁷ *Ibid.* Pág. 77.

- a) **Los sujetos:** cualquier contrato es imposible sin los sujetos o partes que se encarguen de su celebración. En los contratos administrativos, al menos una de las partes, las cuales pueden ser dos o más, tiene que existir un órgano del poder público en cumplimiento de una función administrativa, el otro sujeto será un particular o, en el caso del denominado contrato administrativo, es otro órgano del poder público.

El órgano del poder público puede ser un órgano administrativo, al igual que uno legislativo o uno jurisdiccional, pero siempre ello en cumplimiento de una función administrativa y debidamente dotada de competencia para la celebración del contrato correspondiente.

Por ello, la competencia consiste en un requisito que se tiene que satisfacer por parte del órgano público contratante y no en un elemento del contrato.

Cuando el otro sujeto del contrato administrativo sea, como acostumbra suceder un particular, se tiene que satisfacer el requisito de tener capacidad para contratar y lo mismo puede ser una persona física que una persona jurídica. Además, puede quedar sujeto a la satisfacción de requisitos especiales.

- b) **Consentimiento:** la doctrina, la legislación y la jurisprudencia se unifican para tomar en consideración el consentimiento, o sea, el acuerdo de voluntades en torno a una finalidad común, como la causa esencial del contrato administrativo, que se encarga de la creación de derechos y obligaciones para cuya existencia

se necesita de la voluntad de los sujetos o partes y de su coincidencia para la generación del consentimiento y con ello del contrato mismo.

La voluntad administrativa, o sea, la voluntad del órgano del poder público en el cumplimiento de una función administrativa, es representativa de su determinación deliberada de producción de un acto bilateral específico y generador de derechos y obligaciones, en concurrencia con su contratante, siendo dicha voluntad la que se exterioriza mediante una manifestación llevada a cabo en la forma estipulada en la norma jurídica.

Como consecuencia de ello, la forma no consiste en un elemento del contrato, sino en un requisito que tiene que satisfacerse tanto en relación al consentimiento y en particular a la manifestación de la voluntad, como en cuanto a la instrumentación del contrato relacionado.

También, es de importancia hacer mención de la necesidad de preservación de la voluntad contra la existencia de cualquier vicio que la violente o deforme, el error, el dolo y la violencia son vicios señalados en la doctrina, que lesionan el consentimiento en relación a los contratos administrativos.

Otro aspecto esencial y fundamental de cualquier contrato consiste en su objeto, el cual tiene que ser cierto, posible, lícito y determinado o determinable en relación a su especie y es referente a la creación o transmisión de derechos y obligaciones.

A diferencia del contrato de derecho privado, la cosa objeto del contrato administrativo puede no encontrarse en el comercio, como sucede con el contrato de obra pública relacionado con la conservación y mantenimiento.

- c) **La causa:** dentro del contexto del contrato administrativo se entiende por causa el móvil o principio impulsor de la voluntad de las partes para su celebración, siendo la causa del órgano público distinta a la de su contratante, cuando el mismo es un particular y en dicho caso no cuenta con mayor relevancia.

No sucede lo mismo con la causa del órgano público contratante, cuya importancia es de tal magnitud que si desaparece, el contrato administrativo se extingue, lo cual quiere decir que es la causa impulsora de la voluntad del órgano público, y no la del contratante particular, la cual configura este elemento como esencial de dicho contrato.

"La causa acostumbra a tomarse en consideración como un elemento esencial o implícito en el objeto, en dicho sentido, la existencia del objeto implica la de una causa y la de una finalidad implícita".¹⁸

- d) **Finalidad:** es un elemento vinculado con la causa, y se encuentra implícito en el objeto mismo, habida cuenta que la finalidad se encarga de explicar el porqué de tal objeto, debido a que su objetivo constituye la razón que se encarga de

¹⁸ Bustamante. *Ob.Cit.* Pág. 89.

justificar la emisión del acto, de manera que en relación al objeto o contenido del acto actúa teleológicamente.

2.7. Contratos administrativos nominados

Son aquellos contratos administrativos tanto porque es siempre la administración pública una de sus partes, como también debido a que están regulados por un régimen jurídico de derecho público.

Dichos contratos son principales, debido a que subsisten en sí mismos y tienen una finalidad propia al ser sinalagmáticos, porque generan obligaciones recíprocas tanto para la administración pública como para los contratantes.

Además, son a título oneroso, debido a que cada una de las partes obtiene sendas prestaciones a cambio de otras que tienen que llevarse a cabo.

- a) Contrato de adquisición de bienes muebles: es uno de los elementos más usuales de los contratos administrativos nominados, y a través de ellos la administración pública se provee de los bienes muebles que sean necesarios para el debido desempeño de sus actividades.
- b) Contrato de arrendamiento de bienes muebles: se regula por lo general por los mismos ordenamientos jurídicos relacionados con la adquisición de bienes muebles y es celebrado por la administración pública.

- c) **Contrato de servicios relativos a bienes muebles:** es el que versa fundamentalmente sobre seguros, maquila, transportación, reconstrucción, reparación, conservación, limpieza y vigilancia de la maquinaria, el equipo y los vehículos. En general, los bienes muebles propiedad de la administración pública, así como los técnicos relacionados con la adquisición de los mismos hacen referencia al mismo.
- d) **Contrato de obra pública:** consiste en el contrato administrativo por antonomasia, a través de él, un sujeto a quien se le denomina contratista, quien por lo general es un particular, se obliga a la construcción, reforma, reparación, mantenimiento o demolición de un bien inmueble, a través del pago de un precio al cual se obliga a cancelar otro sujeto.



CAPÍTULO III

3. La contratación pública

Desde la época prehispánica, se encuentran antecedentes de la función pública y por ende de los servidores públicos, siendo dicha etapa en la cual los mejores cargos públicos eran ocupados por los parientes de los gobernantes y era tan importante la misma que se contaba con una preparación especial y existían escuelas destinadas para ello, además, que se sancionaba al servidor deshonesto y se estimulaba a quien prestaba buenos servicios.

Diversos autores dedicados al estudio del derecho administrativo externan su opinión en relación a la naturaleza jurídica, no únicamente en cuanto a la función pública, sino también de los funcionarios públicos, dando con ello origen a distintos criterios y teorías, interesándose especialmente por la naturaleza jurídica administrativa, sin dejar de hacer mención de que también se tiene que tomar en cuenta que son de naturaleza civil.

"La naturaleza jurídica que se establece entre los funcionarios y empleados por un lado y el Estado por el otro, es decir la naturaleza jurídica de la función pública, permite el origen a distintas teorías, siendo las más sobresalientes las teorías del derecho público y del derecho privado".¹⁹

¹⁹ Garrido Sánchez, Jorge Alfredo. **Fundamentos de la contratación pública**. Pág. 67.

La relación del Estado y de los servidores públicos aparecen con motivo de un acto administrativo, como lo es el nombramiento consistente en la expresión unilateral de la potestad soberana de aquél, con objeto de asignar una función pública a la persona que considere idónea para su desempeño.

En la función pública los empleados y funcionarios son titulares de las distintas esferas de competencia, en las que se tienen que dividir las atribuciones estatales, por lo mismo, el régimen de dicha función debe adaptarse a la exigencia de que las referidas atribuciones sean llevadas a cabo de manera eficiente, regular y continua, sin que el interés particular del personal utilizado pueda llegar a adquirir importancia legal para la destrucción de la satisfacción del interés general.

Dentro del derecho público, las tesis que se han sostenido son las que a continuación se indican:

- a) Teoría que sostiene que consiste en un acto unilateral del Estado.
- b) Teoría que afirma que un acto es contractual.
- c) Teoría que la considera como un acto y como condición.

La tesis que señala el carácter contractual del acto generador de la función pública, toma en consideración que nace de un contrato administrativo desde el momento en que existe un concurso de la voluntad del Estado, que se encarga de nombrar y la del

nombrado que la acepta, sin que tenga importancia alguna que no exista una perfecta igualdad entre las partes, debido a que lo mismo sucede en todos los contratos administrativos.

En dicho orden de ideas, se manifiesta que las tres teorías anotadas aunque han sido las mayormente aceptadas, los comentarios sobre las mismas son bajo conceptualizaciones distintas, motivo por el cual es de interés tener conocimiento de una segunda opción al respecto y para ello se tiene que señalar que respecto a la primera teoría, se considera que se presenta por un acto unilateral, debido a que el servicio a prestar debe ser impuesto de manera unilateral por el poder público, lo cual no es posible ya que la libertad de trabajo consiste en una garantía individual.

La segunda le otorga un carácter de contrato administrativo, debido al concurso de voluntades que se necesitan, pero, la naturaleza pública del interés, materia de la relación, no puede encontrarse sujeta a la negociación.

La tercera teoría es la de mayor aceptación, siendo la misma la que señala que la concurrencia de voluntades es necesaria para la aplicación de un estatuto específico, predeterminado por la ley, que no puede modificarse por el interés de las partes, debido a que su conocimiento únicamente genera la individualización de la disposición general al caso concreto.

Los criterios anteriormente expuestos han sido rechazados en variadas ocasiones por los juristas dedicados al estudio del derecho administrativo. Lo anotado, es necesario

considerarlo como un acto diverso, cuyas características son las de estar formado por la concurrencia de las voluntades del Estado que nombra y del particular que acepta el nombramiento y por el efecto jurídico que origina dicho concurso de voluntades, que no consiste en el de fijar los derechos y obligaciones del Estado y del empleado, sino el de condicionar la aplicación a un caso individual de las disposiciones legales preexistentes que indican la forma abstracta a impersonal de los derechos y obligaciones que corresponden a los titulares de los distintos órganos del poder público.

3.1. Servidores públicos

"El servidor público es toda persona que desempeña un trabajo, un cargo o una comisión de cualquier naturaleza dentro de la administración pública, inclusive en relación a los representantes de elección popular, a los miembros del poder judicial y al resto de funcionarios y empleados".²⁰

Su clasificación es la siguiente:

- a) **Altos funcionarios:** consisten en las personas de primer nivel en el ejercicio de la administración pública.

Su función se identifica claramente con los fines del Estado, siendo sus actuaciones trascendentales a los particulares y las que lesionan o comprometen al Estado.

²⁰ **Ibid.** Pág. 157.

La nota esencial consiste en que la inestabilidad de sus miembros en los cargos asignados o logrados por la vía del sufragio es marcada en relación a los niveles inferiores e implica en la mayoría de las veces la culminación de la carrera dentro del servicio civil.

- b) **Funcionario:** es la persona que lleva a cabo una función que tiene poder de decisión, mando de personas y ejercicio de autoridad.
- c) **Empleado:** consiste en toda persona física que presta un servicio para algún órgano estatal, en virtud de un nombramiento y que se desempeña normalmente actividades de apoyo al funcionario.

La doctrina lleva a cabo una clasificación basándose en los siguientes supuestos:

- a) en la duración del empleo; b) en su tipo de funciones y c) en el tipo de ordenamiento que regula su actuación.

Pero, dicha clasificación puede ser objetada, debido a que ninguna cuenta con los elementos necesarios para alcanzar una importante diferencia entre las categorías anotadas. Por ende, se tiene que considerar como funcionario o servidor público a aquél que ocupa un grado en la estructura orgánica y que asume funciones de representación, iniciativa, decisión y mando.

De igual forma, el servidor público ha generado diferentes cuestiones en relación de su condición frente al Estado, debido a que no obstante que se le ha

identificado como un elemento esencial de los órganos de la administración pública, sigue siendo un individuo con su misma esfera de derechos, obligaciones e intereses particulares.

"El servicio público consiste en una actividad técnica, directa o indirecta de la administración pública activa o autorizada a los particulares que ha sido creada y controlada para asegurar de una manera permanente, regular, continua y sin finalidad de lucro, siendo la necesidad colectiva de interés general, sujeta a un régimen especial de derecho público".²¹

Dichos servicios públicos han sido catalogados de distintas formas, y bajo diversos criterios. Entre los elementos de los servicios públicos, se encuentran los siguientes:

- a) Consiste en una creación jurídica, debido a que no existe servicio público sino hay una norma que lo integre.
- b) Responde a una necesidad colectiva que tiene que ser tomada en consideración.
- c) Su desempeño necesita de una empresa u organización empresarial profesionalmente establecida.
- d) Su ofrecimiento se encuentra desprovisto de lucro.

²¹ Quintana Salvatierra, Jorge Jesús. **Estudio de la contratación.** Pág. 17.

- e) Su actividad se rige por las reglas de derecho público, aún cuando sea prestado por particulares concesionarios.

3.2. Régimen jurídico

El régimen legal es bien cambiante, comenzando debido a que existen dos ramas del derecho que lo regulan, por un lado se encuentra el derecho disciplinario y por el otro el denominado derecho laboral burocrático, además de algunas otras normas que tienen que analizarse. El fenómeno disciplinario es constitutivo de un hecho connatural e indispensable de las relaciones jerárquicas de cualquier tipo de organizaciones, para el mantenimiento del orden y rumbo anteriormente determinado, ello en vías de consecución de sus objetivos. Dentro del ámbito interno del aparato administrativo, se tiene que reconocer un poder especial para el mantenimiento de la disciplina de la organización jerárquica, con la finalidad de que el ejercicio del poder público se ajuste a los valores esenciales que con motivo del interés general son previamente establecidos.

Dicho poder disciplinario se ha reglamentado en el transcurso del tiempo, originalmente mediante cláusulas contractuales, con la creación de una reglamentación interna. La misma existencia de normas reguladoras para el ejercicio de la función pública no es suficiente, debido a que se necesita de la adecuada sistematización de principios e instituciones que deriven de la misma regulación, motivo por el cual el derecho disciplinario aparece para la limitación del poder otorgado a la autoridad, en dicho caso al Estado, presentándose a partir de una legislación que sea uniforme y que establezca

sus mismos valores, sujetos, obligaciones, infracciones, sanciones y procedimientos, se denomina derecho disciplinario de la función pública.

3.3. La contratación

El Artículo 1 de la Ley de Contrataciones del Estado Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala regula: "Objeto. La compra, venta y la contratación de bienes, suministros, obras y servicios que requieran los organismos del Estado, sus entidades descentralizadas y autónomas, unidades ejecutoras, las municipalidades y las empresas públicas estatales o municipales, se sujetan a la presente ley y su reglamento. Las donaciones que a favor del Estado, sus dependencias, instituciones o municipalidades hagan personas, entidades, asociaciones u otros Estados o gobiernos extranjeros, se registrarán únicamente por lo convenido entre las partes. Si tales entidades o dependencias tienen que hacer alguna aportación, a excepción de las municipalidades, previamente oirán al Ministerio de Finanzas Públicas.

En lo relativo a lo dispuesto en convenios y tratados internacionales de los cuales la República de Guatemala sea parte, las disposiciones contenidas en la presente ley y reglamentos de la materia, se aplicarán en forma complementaria, siempre y cuando no contradigan los mismos".

El Artículo 2 de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala establece: "Negociaciones entre las entidades del sector público. Se autoriza la adquisición de bienes, servicios personales y no personales y de suministros entre las dependencias de los organismos del Estado y entre éstas y las

entidades descentralizadas, autónomas, unidades ejecutoras y las municipalidades, las cuales se regulan conforme los establezca el reglamento de esta ley”.

El Artículo 3 de la Ley de Contrataciones del Estado Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala preceptúa: “Disponibilidades presupuestarias. Los organismos del Estado, entidades descentralizadas y autónomas, unidades ejecutoras y las municipalidades a que se refiere el Artículo primero, podrán solicitar ofertas aún si no se cuenta con las asignaciones presupuestarias que permitan cubrir los pagos. Para la adjudicación definitiva y firma del contrato, sí se requerirá la existencia de partida y créditos presupuestarios que garanticen los recursos necesarios para realizar los pagos por los avances de ejecución a ser realizados en el ejercicio fiscal correspondiente. Solicitadas las ofertas no podrá transferirse la asignación presupuestaria para otro destino, salvo que se acredite que los recursos no serán utilizados durante el ejercicio fiscal en vigor para cubrir avances de ejecución. Cuando el contrato continúe vigente durante varios ejercicios fiscales, la entidad contratante debe asegurar las asignaciones presupuestarias correspondientes. La contravención a lo dispuesto por el presente Artículo, hace responsables a los funcionarios o empleados correspondiente de lo establecido en el Artículo 83 de la presente ley, sin perjuicio de las demás responsabilidades a que haya lugar”.

3.4. Negociaciones contractuales

El Artículo 4 de la Ley de Contrataciones del Estado Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala señala: “Programación de negociaciones. Para la eficaz

aplicación de la presente ley, las entidades públicas, antes del inicio del ejercicio fiscal, deberán programar las compras, suministros y contrataciones que tengan que hacerse durante el mismo”.

El Artículo 46 de la Ley de Contrataciones del Estado Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Contrato abierto. Es un sistema de compra y contratación coordinado por el Ministerio de Finanzas Públicas a través de la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, con el objeto de seleccionar proveedores de bienes, suministros y servicios de uso general y constante, o de considerable demanda, previa calificación y adjudicación de los distintos rubros que se hubieren convocado a concurso público, a solicitud de dos o más instituciones de las contempladas en el Artículo 1 de esta ley, para el cumplimiento de sus programas de trabajo.

Para los efectos del contrato abierto deberá tomarse en cuenta la compra por volumen que incide en mejores precios y la estandarización de especificaciones que hacen más económica y práctica la adquisición.

El Ministerio de Finanzas Públicas, a través de la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, debe mantener un registro de los precios de referencia de los bienes, suministros y servicios objeto del contrato abierto, para garantizar que las compras que lleven a cabo bajo esta modalidad se hagan con eficiencia, efectividad y calidad, y además respondan a los intereses del Estado.

Queda exonerada de los requisitos de licitación y cotización, la compra y contratación de bienes, suministros y servicios que lleven a cabo las entidades a las 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”.

3.5. Procedimiento de contratación

El Artículo 46 bis de la Ley de Contrataciones del Estado Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala preceptúa: “Procedimiento de contratación para la modalidad de contrato abierto. La contratación se ajustará al procedimiento siguiente:

- a. Convocatoria: el proceso de contrato abierto se iniciará con la solicitud, por escrito, a la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que efectúen dos o más instituciones de las reguladas en el artículo 1 de la presente Ley.
- b. Procedimiento: para el contrato abierto es aplicable el procedimiento establecido para el régimen de licitación pública, y se deberá cumplir con lo establecido en los artículos 18 al 23 de esta ley, así como otros aspectos establecidos en esta Ley.
- c. Bases: la elaboración de las bases de licitación y especificaciones técnicas del contrato abierto, es responsabilidad de las entidades requirentes en coordinación con la Dirección normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Para el caso de productos medicinales, material médico quirúrgico, dispositivos médicos, gases médicos, fórmulas infantiles, material de diagnóstico por imágenes y productos sucedáneos de la leche materna, por la naturaleza de los mismos, las bases de licitación y especificaciones técnicas serán elaboradas por las entidades requirentes, bajo la rectoría del Ministerio de Salud Pública y

Asistencia Social, en coordinación con la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, debiendo tomar en cuenta lo establecido en el Reglamento para el Control Sanitaria de los Medicamentos y Productos Afines, en lo que se refiere a seguridad, eficacia y calidad.

Una vez elaboradas las bases, se procederá de la siguiente forma:

1. Las instituciones requirentes deberán nombrar al personal técnico en la materia, uno por cada entidad, para emitir opinión sobre su contenido.
2. Una vez recibida la opinión, el Ministerio de Finanzas Públicas a través de la dependencia de Asesoría Jurídica, emitirá opinión jurídica sobre las respectivas bases de cada concurso.
3. Analizada la opinión jurídica, las instituciones requirentes manifestaran su anuencia por escrito al contenido de las bases del contrato abierto, para continuar con el procedimiento de contratación.
4. La Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobará dichas bases, previo a la convocatoria respectiva.
- d. Convocatoria: la convocatoria a un concurso de contrato abierto será de alcance nacional o regional, según se indique en las bases y especificaciones técnicas. Para la publicación de la convocatoria se procederá de acuerdo a lo que establece el procedimiento de licitación contemplado en esta Ley.
- e. Juntas calificadoras: las dependencias de los organismos y entidades a que se refiere el Artículo 1 de esta Ley, que hayan solicitado que se realice un concurso en la modalidad de compra por contrato abierto, quedan obligadas a nombrar a las personas idóneas, con capacidad técnica y vasta experiencia, para conformar las Juntas de Calificación en cada concurso. Las juntas quedarán integradas por

un representante de cada organismo y entidad solicitante y un representante de la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, quienes deberán, en todos los casos, ser servidores públicos y deberán ser nombrados a tiempo completo y no podrán abstenerse de votar ni ausentarse o retirarse del lugar donde se encuentren constituidos durante la jornada de trabajo en el proceso de la adjudicación. Los miembros de la Junta de Calificación deberán ser personal de la institución que se encuentren contratados como personal permanente y/o que tengan como mínimo un año de estar laborando en la misma, bajo cualquier tipo de contrato.

En lo que a las Juntas de Calificación se refiere, y en cada concurso, el Ministerio de Finanzas Públicas nombrará un asistente de contrato abierto que será responsable de la custodia y diligenciamiento del expediente administrativo respectivo, asimismo, apoyará a la Junta de Calificación en la elaboración de los documentos que sean necesarios, conforme a las instrucciones giradas por dicha Junta. La Junta de Calificación podrá solicitar asistencia de asesores, tanto de la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, como de entidades requirentes, cuando lo considere necesario, para el adecuado desarrollo de sus funciones. De todo lo actuado se dejará constancia en las actas respectivas.

- f. Registro: el Ministerio de Finanzas Públicas, a través de la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, llevará un registro informático, mediante una base de datos, de los bienes o suministros de uso general y constante o de considerable demanda que necesite el sector público y que sean requeridos en la modalidad de compra por contrato abierto.

En el citado registro se deberán agrupar los bienes o suministros de acuerdo a su naturaleza y contener, como mínimo, el código de identificación del bien, número de renglón, especificación técnica, precio y proveedor adjudicado en cada uno de los concursos de oferta de precios que se lleven a cabo bajo esta modalidad. Este registro será público y estará a disposición de todas las entidades contempladas en el Artículo 1 de esta ley.

- g. Precios de referencia: la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, una vez solicitado el concurso de contrato abierto y aportadas las especificaciones técnicas, verificará si se cuenta con el registro de precios en el mercado privado nacional de los servicios, bienes y suministros objeto del concurso, y si no existiere el mismo procederá a su creación. En ambos casos deberá tomarse el precio del servicio, bien o suministro de que se trate, con base en la información que se solicite al Instituto Nacional de Estadística –INE-, según lo regulado en el Artículo 8 de esta Ley. En caso que el Instituto Nacional de Estadística –INE-, no cuente con el precio actualizado requerido, y así lo informare por escrito a esa Dirección, las instituciones públicas solicitantes deberán proporcionarle el precio de referencia respectivo al ente coordinador y administrador. En ambos casos el precio de referencia será aquel que tenga ese mismo producto con las mismas especificaciones técnicas en el mercado privado nacional, antes de la presentación de ofertas. Los precios de referencia será proporcionados por el ente administrador y coordinar a la Junta de Calificación, y publicados en Guatecompras, previo a la apertura de plicas, luego de realizada la recepción de ofertas. La Junta de Calificación deberá considerar los precios de referencia para la adjudicación.

Para aquellos renglones en que no se cuente con un precio de referencia por no existir el producto en el mercado privado nacional, la Junta podrá adjudicar al precio ofertado y este extremo se hará constar en el acta de adjudicación.

Para la modalidad de contrato abierto, todos los precios de servicios, bienes y suministros de mercado privado nacional, deberán actualizarse, por lo menos una vez al año, bajo la responsabilidad del Instituto Nacional de Estadística (INE), de conformidad con lo establecido en el Artículo 8 de la presente Ley, La Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado tiene la obligación de actualizar los precios, de acuerdo a la información proporcionada por el Instituto Nacional de Estadística (INE) el Reglamento establecerá el procedimiento a seguir.

La Junta de Calificación, además de los precios del mercado privado nacional, deberá tomar en cuenta los precios a los que fueron adjudicados los contratos abiertos que se hubieren celebrado con anterioridad, tomando en cuenta las especificaciones técnicas, marcas, precio y calidad de los servicios, bienes y suministros objeto de dichos contratos, para garantizar los precios más competitivos, en interés del Estado.

- h. Adjudicación: la Junta de Calificación adjudicará total o parcialmente, según lo establecido para el efecto en las bases.

La Junta de Calificación podrá adjudicar hasta tres proveedores por marca ofertada, con un máximo de ocho marcas por renglón, siempre y cuando la diferencia de precio entre el oferente que haya sido calificado con el precio más bajo y el de los restantes no supere una variación de precios mayor del tres por ciento (3%) con relación al precio más bajo. Si se da el caso que por cada marca

hubiere más de tres oferentes con el mismo precio, la Junta de Calificación realizará un sorteo público para adjudicar a tres oferentes. Si se diera el caso que por cada marca hubiere más de tres oferentes con diferente precio, se adjudicará a los más de tres oferentes que presenten el menor precio. Cuando no existieren precios de referencia, por tratarse de productos no existentes en el mercado privado nacional, la Junta de Calificación podrá adjudicar el precio menor ofertado, siempre y cuando llene los requisitos exigidos por las bases de licitación garantizando la calidad y eficiencia de los productos.

La aprobación de la adjudicación se llevará a cabo de acuerdo a lo establecido en el Artículo 36 de esta Ley. Contra la aprobación de la adjudicación efectuada por la autoridad superior del ente administrador coordinador del contrato abierto, procede solamente el recurso de reposición contemplado en los artículos 100 y 101 de esta Ley, el cual será resuelto según la ley de la materia.

La Junta de Calificación no llevará a cabo la adjudicación, si el precio de la oferta es igual o superior a los precios de mercado privado nacional que tenga registrados la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Si por alguna razón no se suscribiera el correspondiente contrato abierto para un concurso adjudicado por la Junta de Calificación, o bien, si un contrato suscrito se rescindiere total o parcialmente, a efecto de asegurar el abastecimiento y no repetir el procedimiento, podrá optarse por adjudicar al subsiguiente calificado en su orden, siempre y cuando el precio ofertado sea menor que el del mercado privado nacional.

- i. **Contratos:** los contratos abiertos serán celebrados por el Ministerio de Finanzas Públicas y serán suscritos, para su formalización y perfeccionamiento, dentro del plazo de diez (10) días hábiles, contados a partir de la adjudicación definitiva, por el Director de la Dirección Normativa de Contratación y Adquisiciones del Estado, conjuntamente con el funcionario público que en cada caso deleguen las autoridades superiores de las entidades requirentes y el propietario o representante legal de la empresa o entidad adjudicada.

La aprobación de los contratos abiertos se hará por la autoridad superior de la entidad administradora y coordinadora de conformidad con lo establecido en el Artículo 48 de esta Ley y estarán vigentes por el pazo que en cada concurso se determine.

- j. **Casos de incumplimiento:** para todos los casos de incumplimiento de los contratos abiertos, deberá ser notificado a la autoridad superior de la entidad afectada o quien ésta designe, para que se efectúe el análisis correspondiente.

Para el caso particular de incumplimiento de entrega y variación de las condiciones contratadas a la autoridad superior de la entidad afectada, podrá autorizar la compra de los bienes y suministros objeto del incumplimiento para que los mismos puedan ser adquiridos fuera del contrato abierto, siguiendo los procedimientos establecidos en esta Ley.

Para cualesquiera de los supuestos establecidos en los párrafos anteriores, el expediente documentado deberá ser trasladado a la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado del Ministerio de Finanzas Públicas, para que aplique las sanciones reguladas en esta Ley.

Los incumplimientos de calidad serán conocidos por la Comisión de Vigilancia, Seguimiento y Monitoreo de Contrato Abierto, la que recomendará a la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado las sanciones respectivas, luego de agotadas las instancias pertinentes.

Las sanciones aplicadas como consecuencia de los incumplimientos, cuando proceda, deberán ser anotadas en el Registro de Proveedores de GUAATECOMPRAS.

- k. Ejecución: para la eficaz ejecución de los contratos abiertos que se celebren con motivo de la aplicación de las normas procedimentales reguladas en el presente artículo, se integrará en forma coordinada con una Comisión de Vigilancia, Seguimiento y Monitoreo de Contrato Abierto, constituida de acuerdo a la naturaleza de los suministros y bienes contratados.

Los documentos de contrato abierto que en cada caso rijan la negociación, establecerán todo lo relativo a esta Comisión.

Para el caso de los contratos abiertos que se deriven de los concursos solicitados por el sector salud, por la naturaleza de los mismos, la Comisión de Vigilancia, Seguimiento y Monitoreo de Contrato Abierto, conocerá los casos de incumplimiento de calidad y recomendará a la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones de Estado las acciones temporales que corresponden para resguardar el derecho a la salud de los usuarios de la red hospitalaria. Dicha Comisión será una entidad colegiada integrada por las entidades requirentes, cámaras gremiales y asociadas correspondientes, la cual deberá ser presidida por el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social o por quien éste designe.

- I. **Prohibiciones:** las autoridades superiores indicadas en el Artículo 9 de esta Ley, no deberán autorizar el pago de adquisiciones hechos por otro sistema, si los precios son iguales o superiores a los que figuren en los listados de bienes y suministros adjudicados en contrato abierto.

Para el caso de productos medicinales, material médico quirúrgico, dispositivos médicos, gases médicos, fórmulas infantiles, material de diagnóstico por imágenes y productos sucedáneos de la leche materna, por la naturaleza de los mismos, los documentos de contrato abierto incluirán la prohibición de adquirir tales bienes fuera de los contratos abiertos que se hubieren celebrado para el efecto.

- m. **Publicación:** los listados de los productos de bienes y suministros adjudicados en contrato abierto serán publicados en la página Web del Ministerio de Finanzas Públicas, dentro del plazo de diez (10) días contados a partir de la fecha de aprobación del contrato respectivo y además serán entregados a los jefes de los departamentos de abastecimientos, compras y/o adquisiciones de las entidades requirentes, para que éstos los reproduzcan y distribuyan a sus unidades que no cuenten con acceso a Internet”.

3.6. Suscripción contractual

El Artículo 47 de la Ley de Contrataciones del Estado Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala establece: “Suscripción del contrato. Los contratos que se celebren en aplicación de la presente ley, serán suscritos dentro del plazo de diez (10) días contados a partir de la adjudicación definitiva en representación del Estado cuando

las negociaciones sean para las dependencias sin personalidad jurídica por el respectivo ministro del ramo. Dicho funcionario podrá delegar la celebración de tales contratos, en cada caso, en los viceministros, directores generales o directores de unidades ejecutoras.

Cuando los contratos deban celebrarse con las entidades descentralizadas y las municipalidades, serán suscritos por la autoridad que corresponda de acuerdo con su Ley Orgánica o conforme el Código Municipal, supletoriamente en aplicación del párrafo primero del presente artículo.

Cuando se trate de negociaciones que deban efectuar las dependencias de la Presidencia de la República, serán suscritos por el secretario general, quien podrá delegar dicha facultad, en cada caso, en los titulares de las citadas dependencias.

Para las negociaciones de los organismos Legislativo y Judicial, del Tribunal Supremo Electoral y Corte de Constitucionalidad, el contrato deberá ser suscrito por el presidente de cada organismo”.

El Artículo 48 de la Ley de Contrataciones del Estado Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala indica: “Aprobación del contrato. El contrato a que se refiere el artículo anterior, será aprobado por la misma autoridad que determina el artículo 9 de esta ley, según el caso. Cuando los contratos sean celebrados por los organismos Legislativo y Judicial, la aprobación corresponderá a su Junta Directiva o a la Corte Suprema de Justicia”.

El Artículo 49 de la Ley de Contrataciones del Estado Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala señala: “De la forma del contrato. Los contratos deberán



faccionarse en papel membretado de la dependencia interesada o en papel simple con el sello de la misma. Cuando tengan que inscribirse o anotarse en los registros, deberán constar en Escritura Pública, autorizada por el Escribano de Gobierno. Sin embargo, el contrato podrá autorizarlo otro notario, siempre que los honorarios profesionales que se causen no sean pagados por el Estado”.

El Artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Omisión del contrato escrito. Cuando se trate de mercancías, obras, bienes o servicios que sean adquiridos en el mercado local o entrega inmediata, podrá omitirse la celebración del contrato escrito, siempre que el monto de la negociación no exceda de cien mil quetzales (Q. 100,000.00), debiéndose hacer constar en acta todos los pormenores de la negociación, agregando las constancias del caso al expediente respectivo”.

El Artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala preceptúa: “Prórroga contractual. A solicitud del contratista, el plazo contractual para la terminación de las obras, la entrega de bienes y suministros o la prestación de los servicios podrán prorrogarse por caso fortuito o causa de fuerza mayor o por cualquiera otra causa no imputable al contratista. El reglamento de esta ley, establecerá la forma y el trámite a seguir”.

El Artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala indica: “Ampliación del monto del contrato. Las variaciones del valor de los contratos de obra o de suministro de equipo instalado, pueden efectuarse



hasta un veinte por ciento (20%) en más o en menos del valor original del contrato ajustado como lo establezca el reglamento de la presente ley. Para el efecto se emitirán: órdenes de cambio, órdenes de trabajo suplementario o acuerdos de trabajo extra, que serán aprobados por la autoridad administrativa superior de la entidad interesada. Cuando las variaciones excedan del porcentaje antes indicado, y no sobrepasen el cuarenta por ciento (40%) del valor original ajustado del contrato, se celebrará un nuevo contrato adicional. Todo lo relativo a esta materia, serán contemplado en el reglamento de la presente ley.

Los valores que resulten de la aplicación de las normas contenidas en la presente ley, para los pagos por fluctuación de precios no se consideran dentro de las variaciones a que se refiere este Artículo”.

El Artículo 53 de la Ley de Contrataciones del Estado Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala establece: “Subcontratos. El contratista solamente podrá subcontratar partes determinadas de la obra, cuando esté estipulado en el contrato y obtenga autorización por escrito de la autoridad contratante. Los subcontratistas deberán estar inscritos en el Registro de Precalificados y no estar comprendidos en ninguna de las prohibiciones establecidas en esta ley”.

CAPÍTULO IV

4. El desconocimiento del cuasicontrato administrativo aplicado a los procesos de contratación pública

4.1. Origen del cuasicontrato

Dentro del derecho civil, los antecedentes del denominado cuasicontrato y el enriquecimiento sin causa se remontan a Roma.

Todo convenio obligacional es un contrato, motivo por el cual se tiene que hacer la distinción de las obligaciones que provienen de un contrato, de aquellas que no se pueden ubicar dentro de los dos conceptos en cuasicontractuales o cuasidelictuales, de acuerdo a la mayor similitud con uno y otro grupo.

"El cuasicontrato es referente al hecho de una persona, permitido legalmente, que le obliga para con otra u obliga a otra persona para con ella, sin que entre ambas pueda intervenir convención alguna".²²

Los cuasicontratos contemporáneos son el pago de lo no debido y la gestión de negocios. La jurisprudencia se ha encargado de señalar una tercera figura que es el enriquecimiento sin causa. La doctrina moderna es tendiente a la simplificación de dichas clasificaciones, reduciendo para ello la fuente de las obligaciones a la voluntad y

²² Villar Palasí, Juan José. **Cuasicontratos administrativos**. Pág. 109.

a la ley. Se puede llegar a la legislación como única fuente de todas las obligaciones, debido a que la convención de las partes no tiene fuerza obligatoria, debido a que la ley presta su apoyo.

Las características del enriquecimiento sin causa son las siguientes:

- Empobrecimiento y enriquecimiento de las partes.
- Ausencia de interés personal en el empobrecido.
- Falta de otra acción, lo cual se manifiesta en el carácter subsidiario de la acción *in rem verso*.

En relación a la clasificación tradicional, existe la duda en relación a si la categoría del cuasicontrato es general, al igual que en el contrato o si bien únicamente abarca a los tipos reglamentados, existiendo tres principales cuasicontratos que son: la agencia oficiosa, el pago de lo no debido y la comunidad.

4.2. Naturaleza jurídica

"El cuasicontrato es referente a un hecho voluntario, lícito y no convencional que genera obligaciones. De conformidad con la definición más completa, los cuasicontratos consisten en los hechos puramente voluntarios del ser humano que sean lícitos, de los cuales resulta una obligación en relación a un tercero, y en

algunas ocasiones en relación a un tercero o a una obligación recíproca de ambos interesados".²³

Quienes niegan a los cuasicontratos el carácter de fuente de obligaciones, toman en consideración que la ley es la fuente de las obligaciones que más comúnmente se hace derivar de los cuasicontratos, mientras una minoría de personas afirma que tiene que considerarse que, aun excluyéndose la analogía de los contratos, no existe razón alguna para negar a los cuasicontratos el carácter de hechos jurídicos subjetivos.

4.3. Teoría del enriquecimiento sin causa

El enriquecimiento sin causa, es referente al desplazamiento de un valor pecuniario de un patrimonio a otro, con empobrecimiento del primero y enriquecimiento del segundo, sin que ello se encuentre justificado por una operación legal.

Al empobrecido sin una causa legítima, se le tiene que reconocer una acción para la remoción del perjuicio que se haya sufrido, denominada enriquecimiento o *de in rem verso*. Ello, es procedente cuando no existe otra acción que pueda restablecer el equilibrio del patrimonio quebrantado sin una justificación que sea legítima.

Dentro de los códigos modernos del siglo XX, se tiene que establecer de manera formal que el sujeto sin una causa legítima se ha enriquecido a expensas de otro, y se

²³ *Ibid.* Pág. 110.

encuentra obligado a la restitución. Dicho principio, se presenta en dichos códigos en los mismos términos anotados o en otros parecidos.

La jurisprudencia ha reconocido de manera amplia la reparación del enriquecimiento sin causa. De esa manera, se declara que nadie puede beneficiarse de manera injusta por otro.

La acción *de in rem verso*, o de enriquecimiento sin causa es aquella que tiene por finalidad alcanzar la eliminación del enriquecimiento injustificado que haya experimentado una persona. Los requisitos de dicha acción son los siguientes:

- Que una persona experimente un enriquecimiento.
- Que la otra persona padezca un empobrecimiento.
- Que el enriquecimiento sea legítimo.

A dichos requisitos, se tienen que agregar dos condiciones que son: que la persona que padece el empobrecimiento no tenga otro medio para la obtención de la reparación del perjuicio y que la acción no transgreda un texto legislativo expreso.

Cuando se declara legítimo el acto que haya sido la causa o motivo del litigio, no puede pretenderse que habría producido un enriquecimiento injusto.

4.4. Nexo entre el cuasicontrato y el enriquecimiento sin causa

Las obligaciones administrativas consisten en obligaciones que se establecen entre la administración pública y los particulares o administrados, o bien entre sus diferentes sujetos administrados y que se encuentran regidas por su contenido y su finalidad de interés público por el derecho administrativo, ya sea de manera parcial o total.

Dicho suceso de que el derecho administrativo ha prestado figuras de otras ramas del derecho, principalmente la civil, ha producido alguna polémica entre los tratadistas en temas como la contratación administrativa, donde todavía se discute si existe propiamente un contrato administrativo.

Además, en un extremo se sitúan los que afirman que únicamente existen actos administrativos bilaterales y en el otro quienes aseguran que el contrato administrativo es esencialmente un contrato igual al civil.

"El contrato es un instituto jurídico al cual se le tiene que calificar de civil, comercial, laboral o bien administrativo, cuando se le suman a sus caracteres fundamentales y genéricos las notas que lo especifican dentro del género, en relación a su forma, sujeto, consentimiento y procedimiento de formación".²⁴

No consiste en una institución jurídica exclusiva del derecho privado, debido a que existen también los contratos de la administración o en la actividad administrativa, con

²⁴ *Ibid.* Pág. 117.

elementos comunes al contrato de derecho privado, pero con variantes que derivan de su contenido, de su fin, y de los diversos intereses que lesionan y de su régimen jurídico propio.

4.5. Estudio del desconocimiento del cuasicontrato administrativo aplicado a los procesos de contratación pública en Guatemala

La doctrina del derecho administrativo se encarga del reconocimiento de la aplicación de la figura del cuasicontrato en diversas situaciones. De esa forma, se tienen que mencionar los casos de la gestión de negocios y el empleo de utilidad, así como la teoría de los funcionarios de hecho.

Los casos en los cuales gestiona un particular sin mandato alguno, así como los asuntos de un tercero encuadran justamente en la figura de *negotium gestio*. Además, también puede suceder que el tercero que haya sido beneficiado por la gestión sea una entidad administrativa. Ello, plantea dos problemas esenciales que son: el derecho de crédito que aparece en beneficio del actor en resarcimiento de su actividad y los gastos que hubiere llevado a cabo. Las gestiones realizadas en beneficio de una autoridad pública se han conocido en el derecho romano. Naturalmente, el trabajo del particular en beneficio de la administración no puede nunca tener por objeto una prestación de derecho público sino sencillamente de negocios de naturaleza patrimonial.

Es evidente, que si el servicio de terceros se ha encargado del favorecimiento de la administración, o sea, si ha concurrido un lucro para el patrimonio del ente

administrativo, el particular, apoyándose en el principio de enriquecimiento sin causa, puede encargarse de ejercitar una acción *in rem verso*. Dicha acción del particular, únicamente puede progresar si se llega a demostrar el beneficio patrimonial experimentado por el ente administrativo.

Cuando la administración recibe una cantidad de dinero que no tenía derecho a recaudar y que equivocadamente ha sido indebidamente entregada, surge entonces la obligación de su reposición. Dicho principio se utiliza en las relaciones en las que deben intervenir las entidades administrativas como partes beneficiadas por el pago indebido.

Cuando el pago indebido se lleva a cabo de un ente administrativo a otro de igual naturaleza le es de interés solucionar de forma administrativa la diferencia y responsabilizar con ello al empleado público que ha procedido por equivocación.

Los elementos y condiciones que tienen que presentarse para la aplicación de las normas citadas con anterioridad son las siguientes:

- Comunicación inicial.
- Partida presupuestaria.
- Adquisición y recepción de la obra, bien o servicio y satisfacción de la entidad pública.

- **Competencia de autoridad.**

La disponibilidad presupuestaria se debe comprometer en el momento en el cual la autoridad competente, a través de acto administrativo válido decida adquirir de terceros bienes o servicios, o se les encargue la realización de la obra.

Para las finalidades pertinentes puede o no haberse dado el compromiso previo a:

- **El compromiso previo pudo haber sido un contrato o una orden de la autoridad competente.**
- **Puede no existir un contrato o una orden anterior y por ende la obligación se tiene que producir por la recepción de las obras, bienes o servicios.**

En el supuesto de que no exista un contrato, cuando se ha recibido a satisfacción de la entidad los servicios adquiridos por autoridad competente, a través de un acto administrativo valedero, los mismos tienen que ser pagados exista o no compromiso previo.

El hecho de haberse ejecutado obras sin los respectivos contratos, puede dar lugar al establecimiento de responsabilidades por el incumplimiento de disposiciones legales expresas, así como las responsabilidades que se deben detectar. Si a pesar de la falta de contrato valedero, el particular, ante los pedidos urgentes de la administración, lleva a cabo gastos para la ejecución del contrato proyectado, puede reclamar una

indemnización. Lo mismo, suele ocurrir si las circunstancias ponen de manifiesto un enriquecimiento sin causa o cualquier otro motivo de resarcimiento.

Cuando se busque averiguar si la administración dio instrucciones a un empresario para que inicie la ejecución del contrato, se deberá determinar de quién emanan las instrucciones. Es notoria, la elevada posición del funcionario en la jerarquía administrativa, siendo ello relativo a un elemento decisivo.

Cuando las instrucciones emanen de agentes subalternos, no habría motivo por el cual tomarlas en consideración. El empresario incurre en falta, al no hacerse ratificar dichas circunstancias por escrito, por un agente superior dentro de la jerarquía.

En relación a los bienes inmuebles, puede concebirse la alternativa de que la institución pública en vez de cancelarlos proceda a la desocupación y restitución de su propietario, siendo distinto el caso de la prestación de servicios o la construcción de obras, donde no se puede observar la forma en la cual el particular puede resarcirse de un trabajo forzoso o gratuito.

Es necesaria la existencia de algún tipo de contacto anterior, de comunicaciones y de negociaciones entre la institución pública y el particular, para que sea posible presumir que efectivamente ha existido o se pudo comprender que hubo una manifestación de interés por parte de la institución pública. La única excepción a las exigencias de negociaciones previas que puede llegar a presentarse consiste en la ejecución o reparación de una obra pública con carácter urgente, por la destrucción fortuita, así



como por la reparación llevada a cabo por los particulares que no ha tenido relación alguna anterior con el Estado, ni tampoco han recibido del mismo ninguna orden, pero debido a la urgencia de la obra han llevado a cabo una determinada actividad.

La figura del cuasicontrato administrativo en la gestión administrativa de los procesos de contratación pública, puede producir una mejoría en la prestación de los servicios públicos y facilidades en la planificación económica en los presupuestos de las instituciones del Estado, mediante la suscripción de convenios de pago cuando se han recibido obras, bienes o servicios y no ha existido un contrato administrativo con anterioridad.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El cuasicontrato consiste en una de las fuentes referentes al derecho de obligaciones, siendo el mismo el acto voluntario y lícito que se produce, sin que exista mediación o convención expresa entre las partes o bien por parte de uno de los interesados, para el interés de un tercero. Las obligaciones se presentan y surgen de la legislación, así como también de los contratos y los cuasicontratos. La conceptualización legal del cuasicontrato se tiene que aplicar en materia de derecho civil y del derecho administrativo aplicada a los procesos de contratación pública. Tienen aceptación de manera general y en el derecho administrativo por motivos de equidad, su reconocimiento e inclusión es estrictamente necesaria. Los mismos, son los actos o procedimientos llevados a cabo por un sujeto de derecho que hace surgir las obligaciones en su beneficio, sin que haya existido falta de la parte en relación al acreedor de la actividad o inacción, en las condiciones normales que pueden ser las creadoras de una obligación de reparar un daño o perjuicio.

Es fundamental el conocimiento el cuasicontrato administrativo aplicado a los procesos de contratación pública en el país, siendo el mismo el que conlleva determinadas cláusulas virtuales relacionadas con el derecho privado en beneficio de la administración pública. Esas cláusulas son auténticas de las figuras convencionales administrativas y ello produce que la persona que está vinculada a la administración pública por una relación que implique un cuasicontrato administrativo se encuentre supeditada a la aplicación de esas cláusulas, las cuales tienen que ser compatibles con la relación jurídica de cada caso en particular.





BIBLIOGRAFÍA

- ALONZO GARCÍA, Jaime Renato. **La contratación pública**. Madrid, España: Ed. Tierra, 1994.
- AMADEO ARMAS, José Luis. **Los contratos**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Norma Antuña, 1989.
- ARIÑO ORTÍZ, Gustavo Enrique. **Principios de derecho administrativo**. México, D.F.: Ed. Porrúa, 1,999.
- BUSTAMANTE FARÍAS, José Eduardo. **Introducción al estudio de los contratos**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1980.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L, 1989.
- CALDERÓN MORALES, Hugo Haroldo. **Derecho administrativo**. Guatemala, Ed. Fénix, 1999.
- CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Derecho administrativo**. Guatemala: Ed. Universitaria, 2004.
- CERVANTES AHUMADA, Raúl Alejandro. **Contratos**. México, D.F.: Ed. Herrero, S.A., 1973.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Alonso Manuel. **Curso de derecho administrativo**. Madrid, España: Ed. Reus, 2000.
- GARRIDO SÁNCHEZ, Jorge Alfredo. **Fundamentos de la contratación pública**. Barcelona, España: Ed. Sipes, S.A. 1984.
- JIMÉNEZ BLANCO, Alsira Yessenia. **Derecho administrativo**. Valencia, España: Ed. Española, 2000.



JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo. Los contratos. Buenos Aires, Argentina: Ed. Ariel, 1989.

MÁRMOL MARQUIS, Hugo Leonel. El contrato. Caracas, Venezuela: Ed. Ediciones Flor, 1984.

MEZA DUARTE, Leonardo Antonio. Introducción al derecho administrativo. Madrid, España: Ed. Nacional, S.A., 1988.

PARADA VÁSQUEZ, Carlos Donald. Derecho administrativo. Madrid, España: Ed. Rosy, 2,000

QUINTANA SALVATIERRA, Jorge Jesús. Estudio de la contratación. México, D.F.: Ed. Trillas, 1998.

ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique. Derecho administrativo. México. D.F.: Ed. Ingramex, 1988.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Fundamentos de derecho administrativo. Madrid, España: Ed. Porrúa S.A., 1990.

VILLAR PALASÍ, Juan José. Cuasicontratos administrativos. Madrid, España: Ed. Continental, 1999.

ZULETA TORRES, José Bernardo. El contrato. Bogotá, Colombia: Ed. Italgaf, 1982.

Legislación:

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

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