

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



**IMPORTANCIA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE CUENTAS PARA LA
FISCALIZACIÓN DE CONTRATISTAS DE OBRAS PÚBLICAS Y DE
ADMINISTRADORES DE FONDOS PÚBLICOS EN GUATEMALA**

ELIZA SARAÍ ESPAÑA CRISPÍN

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2021

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

**IMPORTANCIA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE CUENTAS PARA LA
FISCALIZACIÓN DE CONTRATISTAS DE OBRAS PÚBLICAS Y DE
ADMINISTRADORES DE FONDOS PÚBLICOS 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

ELIZA SARAÍ ESPAÑA CRISPÍN

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, noviembre de 2021

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

DECANO: M.Sc. Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL III: Lic. Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV: Br. Denis Ernesto Velásquez González
VOCAL V: Br. Abidán Carías Palencia
SECRETARIA: Licda. Evelyn Johanna Chevez Juárez

**TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN
TECNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Licda. Julieta Pérez Castillo
Vocal: Lic. Ignacio Blanco Ardon
Secretario: Lic. Rolando Alberto Morales Gracia

Segunda Fase:

Presidente: Licda. Sandra Elizabeth García Mejía
Vocal: Lic. Victor Leonel Recinos Martínez
Secretaria: Licda. Silvia Patricia Hernández Montes

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).



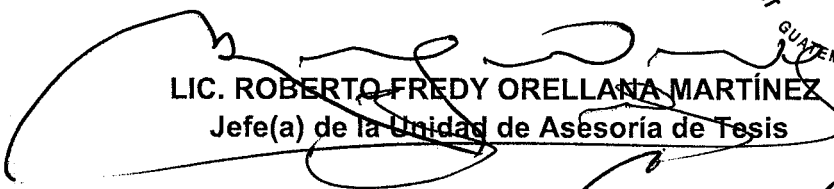
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 25 de septiembre de 2019.

Atentamente pase al (a) Profesional, CARLOS DIONISIO ALVARADO GARCÍA
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
ELIZA SARAÍ ESPAÑA CRISPÍN, con carné 200818461,
 intitulado IMPORTANCIA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE CUENTAS PARA LA FISCALIZACIÓN DE
CONTRATISTAS DE OBRAS PÚBLICAS Y DE ADMINISTRADORES DE FONDOS PÚBLICOS 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.

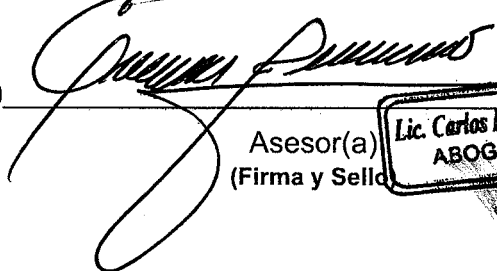
El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

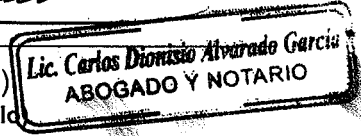
Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.


LIC. ROBERTO FREDY ORELLANA MARTÍNEZ
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 05 / 06 / 2020. f)



Asesor(a)
 (Firma y Sello) 





Guatemala 25 de septiembre del año 2020

Lic. Gustavo Bonilla
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Lic. Bonilla:

Hago de su conocimiento que revisé virtualmente la tesis de la alumna **ELIZA SARAÍ ESPAÑA CRISPÍN**, con carné 200818461, que se denomina: **“IMPORTANCIA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE CUENTAS PARA LA FISCALIZACIÓN DE CONTRATISTAS DE OBRAS PÚBLICAS Y DE ADMINISTRADORES DE FONDOS PÚBLICOS EN GUATEMALA”**.

El trabajo de tesis efectivamente cumple con lo requerido en el instructivo respectivo de la Unidad de Asesoría de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y en ese sentido le doy a conocer que las correcciones indicadas fueron efectivamente atendidas, motivo por el cual es procedente emitir **DICTAMEN FAVORABLE**.

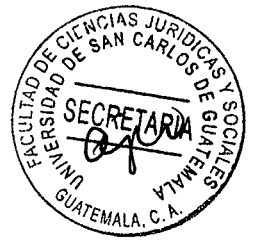
Muy atentamente.

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”



Lic. Marco Tulio Escobar Herrera
Docente Consejero de Estilo

**Lic. Carlos Dionisio Alvarado García
Abogado y Notario**



Guatemala 06 de agosto del año 2020

**Licenciado Gustavo Bonilla
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Universidad de San Carlos de Guatemala
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Su Despacho.**

Lic. Gustavo Bonilla:



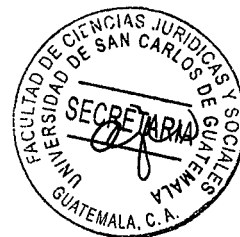
Muy atentamente le informo que de acuerdo al nombramiento de fecha veintiocho de septiembre del año dos mil diecinueve, he procedido a la asesoría de tesis de la alumna **ELIZA SARAÍ ESPAÑA CRISPÍN**, la cual es referente al tema nombrado: **“IMPORTANCIA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE CUENTAS PARA LA FISCALIZACIÓN DE CONTRATISTAS DE OBRAS PÚBLICAS Y DE ADMINISTRADORES DE FONDOS PÚBLICOS EN GUATEMALA”**, y después de llevar a cabo las modificaciones correspondientes le doy a conocer:

1. El contenido de la tesis es científico y técnico y durante el desarrollo de la misma el alumno realizó un amplio estudio dogmático, jurídico y doctrinario, demostrando dedicación y esmerándose en presentar un informe final fundamentado en la normativa vigente.
2. Se utilizaron los métodos analítico, sintético, inductivo y deductivo y las técnicas de investigación bibliográfica y documental, así como una redacción adecuada que determinó una contribución científica relativa al tema de tesis investigado referente a la importancia de la Contraloría General de Cuentas para la fiscalización de contratistas y administradores de fondos públicos. Me encargué de asesorar la tesis y estuve pendiente del desarrollo de la misma, así como de su presentación, hipótesis y bibliografía utilizada.
3. Los objetivos se alcanzaron y dieron a conocer soluciones certeras a la problemática actual. La hipótesis comprobó la importancia de que se garantice una adecuada fiscalización por parte de la Contraloría General de Cuentas.
4. La conclusión discursiva en síntesis expone al máximo lo fundamental de analizar el tema objeto de la investigación. La tesis es un aporte bastante significativo y el trabajo fue desarrollado en distintos capítulos que abarcan los aspectos más importantes del tema, desarrollando técnicamente la bibliografía consultada. Se hace la aclaración que entre la sustentante y el asesor no existe parentesco dentro de los grados de ley.

=====

**6ª. Avenida 11-43 zona 1 Edificio Panam 2do nivel oficina 203
Tel: 55805431**

**Lic. Carlos Dionisio Alvarado García
Abogado y Notario**



Me permito opinar que el trabajo de tesis satisface correctamente y reúne los requisitos necesarios para su aprobación, tal y como lo establece el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por ende emito **DICTAMEN FAVORABLE** el cual a mi juicio llena los requisitos exigidos previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

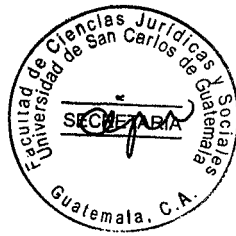
Deferentemente.


Lic. Carlos Dionisio Alvarado García
Abogado y Notario
Asesor de Tesis
Col. 9824





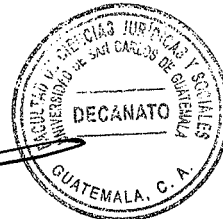
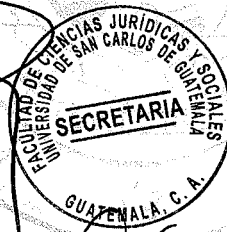
USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

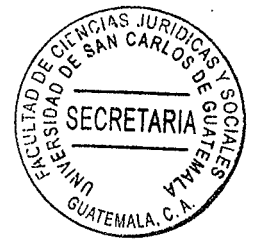


Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Ciudad de Guatemala, veintidos de marzo de dos mil veintiuno.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante ELIZA SARAÍ ESPAÑA CRISPÍN, titulado IMPORTANCIA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE CUENTAS PARA LA FISCALIZACIÓN DE CONTRATISTAS DE OBRAS PÚBLICAS Y DE ADMINISTRADORES DE FONDOS PÚBLICOS 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.

AJLR/JP.





DEDICATORIA

A DIOS:

Ser la guía en mi camino y ayudarme a cumplir mis sueños, ya que sin Él que es la luz de mi vida los sueños ya cumplidos y los que están por cumplirse no serían posibles.

A MI PADRE:

Cesar Ernesto Ovalle Zacarias por todo sus consejos y esmero por inculcarme el valor del trabajo y la responsabilidad que este conlleva, por estar conmigo en cada momento difícil y por todo el apoyo brindado.

A MI MADRE:

Ana Victoria Crispín Ramos, por su amor, consejos, esmero, dedicación en cada momento, por ser una mamá excepcional llena de valentía y virtudes. Gracias por ser una madre dedicada y responsable y por enseñarme a ser una mujer fuerte y responsable ante las circunstancias de la vida.

Este logro es por ustedes, por que de no haber puesto todo su empeño y dedicación para proporcionarme una educación idónea. Esto no hubiese sido posible.

A MIS ABUELOS:

Salvador Crispín Peralta (Q.E.P.D.) y María Amparo Ramos, por su amor, dedicación y consejos.



A MIS HERMANOS:

Brenda y Victor, por todo el apoyo brindado, por estar siempre conmigo en las buenas y en las malas, por tantos momentos que hemos vivido, por ser mi apoyo incondicional y el saber que siempre están a mi lado para que los tres cumplamos nuestras metas, los quiero mucho.

A MIS TÍOS:

Andrea, Josué (Q.E.P.D.), Carina, Luis, por estar a mi lado cuando necesite un consejo.

A MIS AMIGOS:

Por creer en mí, por sus muestras de cariño, solidaridad y lealtad, por apoyarme en los momentos en que los he necesitado.

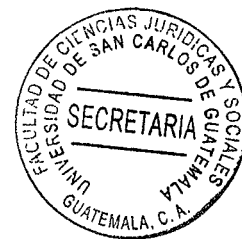
A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por todos los conocimientos brindados y por formar honorables profesionales.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala por ser mi casa de estudios, por darme las herramientas y conocimientos para crecer profesionalmente.

PRESENTACIÓN

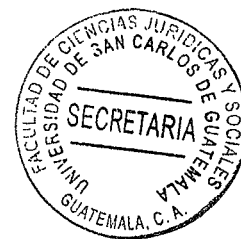


La tesis señala la importancia de la Contraloría General de Cuenta para la fiscalización de contratistas de obras públicas y de administradores de fondos públicos en Guatemala, mediante un planteamiento teórico llevado a cabo que involucró aspectos de la labor de control previo que necesitan de una mayor efectividad por parte de sus gestores, indicando para el efecto elementos encaminados a hacerlo más eficiente y oportuno para el país. La tesis es perteneciente al derecho público y se realizó una investigación cualitativa en la ciudad capitalina durante los años 2018-2019.

El objeto de la tesis dio a conocer lo esencial de que se fiscalice a los contratistas de obras públicas como factor determinante en el proceso de transparencia de la gestión pública realizada a través de los contratos administrativos, mediante herramientas de control que contribuyan al desarrollo de las gestiones tanto administrativas como financieras. Los sujetos en estudio fueron los contratistas de obras públicas y la Contraloría General de Cuentas. El aporte académico señaló el papel esencial que tiene la institución al encargarse de fiscalizar y controlar a los contratistas y administradores de fondos públicos en la sociedad guatemalteca.

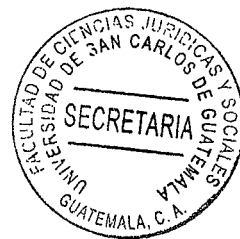
Las contrataciones administrativas se encuentran en distintos cuerpos legales y no han permitido el desarrollo eficaz de la administración pública, debido al mal manejo de fondos de las mismas y la Contraloría General de Cuentas es la encargada de una adecuada fiscalización para que se garantice transparencia en la administración de los fondos públicos del país.

HIPÓTESIS



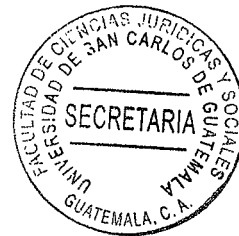
La Contraloría General de Cuentas ha tenido limitaciones en el control y fiscalización de los contratistas de obras públicas y de los administradores de fondos públicos en Guatemala, por la falta de procesos internos que aseguren el fortalecimiento de una sociedad democrática bajo el impulso de parámetros de equidad y justicia social que se fundamenten en los mandatos legales.

COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS



La hipótesis formulada se comprobó y dio a conocer la importancia de la Contraloría General de Cuentas para la fiscalización de contratistas de obras públicas y de administradores de fondos públicos en Guatemala. Además, la metodología utilizada permitió la discusión generadora de un vínculo que potenció notablemente el proceso de control y fiscalización, en el término de que esos procesos tienen que integrarse como elementos que conjuguen aspectos trascendentales para el país, habiéndose señalado a la vez metas, objetivos e indicadores, los cuales se monitorearon de manera satisfactoria.

La investigación llevada a cabo fue posible a través de los resultados obtenidos tanto a nivel bibliográfico como documental, expresándose en todo momento la importancia de un adecuado control y fiscalización de los fondos públicos estatales. Los métodos investigativos empleados fueron el descriptivo, analítico y deductivo.



ÍNDICE

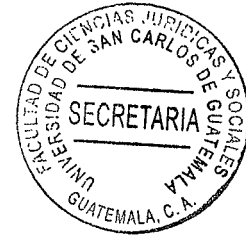
Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Control y fiscalización.....	1
1.1. Importancia.....	2
1.2. Aplicación de medidas de control.....	3
1.3. Principios del control fiscal.....	5
1.4. Clasificación del control fiscal.....	8
1.5. Información confiable en el proceso de transparencia.....	10
1.6. Control de obras del Estado.....	11

CAPÍTULO II

2. Contrato administrativo.....	13
2.1. Conceptualización.....	13
2.2. División contractual.....	15
2.3. Contratos en la administración pública.....	15
2.4. Importancia de los contratos administrativos.....	16
2.5. Principios rectores.....	18
2.6. Elementos y requisitos.....	20
2.7. Diversos criterios de clasificación.....	24
2.8. Características de los contratos administrativos.....	30
2.9. Clasificación.....	33



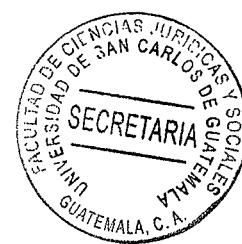
Pág.

CAPÍTULO III

3. Obras públicas.....	37
3.1. Definición de obra pública.....	39
3.2. Elementos de las obras públicas.....	40
3.3. Contratos de obras públicas.....	42
3.4. Objeto del contrato de obra pública.....	44
3.5. Sujetos del contrato de obra pública.....	48
3.6. Licitación pública.....	51

CAPÍTULO IV

4. La importancia de la Contraloría General de Cuentas para la fiscalización de contratistas de obras públicas y de administradores de fondos públicos en Guatemala.....	55
4.1. Contratistas de obras públicas.....	55
4.2. Los fondos públicos.....	56
4.3. Importancia de la Contraloría General de Cuentas para la fiscalización de contratistas de obras públicas y de administradores de fondos públicos....	57
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	69
BIBLIOGRAFÍA.....	71



INTRODUCCIÓN

Es fundamental la función de la Contraloría General de Cuentas para la fiscalización de contratistas de obras públicas y de administradores de fondos públicos en Guatemala. La Contraloría General de Cuentas busca la determinación de si la gestión institucional de los entes o personas se llevan a cabo bajo criterios de probidad, eficacia, eficiencia, transparencia, economía y equidad, mediante la implementación de mecanismos de participación ciudadana para el fortalecimiento de la credibilidad de la gestión pública y del proceso de rendición de cuentas como medios de lucha contra la corrupción, promoviendo y vigilando la responsabilidad de los servidores públicos para que puedan rendir cuentas públicamente de manera amplia y oportuna, tanto de la regularidad en el manejo de bienes y recursos, como de los resultados obtenidos en su gestión, promoviendo también el intercambio de información, a través de los informes y sugerencias de auditoría, para la actualización, modernización y mantenimiento de los sistemas, especialmente en lo referente a la administración financiera, así como de los procedimientos operativos y de control, promoviendo procesos de capacitación para los funcionarios públicos responsables de la administración, ejecución y supervisión del patrimonio estatal, contribuyendo a la vez con el fortalecimiento de la capacidad gerencial del Estado para la ejecución con eficacia y eficiencia de las decisiones y políticas de gobierno para vigilar con mejor calidad el gasto público como se dio a conocer con los objetivos y comprobación de la hipótesis formulada.

Durante los últimos años el país ha invertido en tecnología implementando un sin número de programas que le permiten a la ciudadanía el conocimiento de los avances y tener un contacto directo con el proceso de control y fiscalización de los contratistas de obras del Estado, pero queda mucho por realizar, siendo fundamental el profesionalismo y el cumplimiento de los principios éticos que representan un desafío para alcanzar la minimización de los riesgos para el mejoramiento de los métodos y mecanismos de fiscalización que requieren de la actualización de forma que las actividades no se constituyan en ineficientes a las funciones gubernamentales.



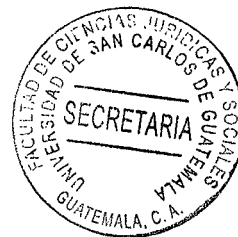
La obra pública es aquella en la que se utiliza el presupuesto público, quedando incluidos quienes mejoran y utilizan los recursos y la infraestructura agropecuaria, así como también los trabajos de exploración, localización, perforación, extracción y aquellos que tienen por finalidad la explotación y desarrollo de los recursos de la naturaleza, el mantenimiento y la restauración de los bienes.

Es necesario que la Contraloría General de Cuentas coadyuve al desarrollo de los recursos públicos, buscando alternativas para la aplicación de un control efectivo y oportuno que sea capaz de la determinación en general de si los trabajos planificados operativos y estratégicos han producido los efectos deseados en un grupo de implicados que incluye a los contratistas y administradores de fondos públicos.

La investigación realizada abarcó todos los estudios pertinentes en materia de control y fiscalización, habiéndose determinado los resultados obtenidos y las limitaciones que se enfrentan ya sea por su naturaleza o por estructuras del gobierno. Los métodos empleados fueron el descriptivo, analítico y deductivo, así como también la técnica documental y bibliográfica.

Fueron desarrollados cuatro capítulos: en el primer capítulo, se abordó el control y la fiscalización, importancia, aplicación de medidas de control, principios del control fiscal, clasificación, información confiable en el proceso de transparencia y control de las obras del Estado; en el segundo capítulo, se analizó el contrato administrativo, conceptualización, división contractual, contratos de la administración pública, importancia de los contratos administrativos, principios rectores, elementos y requisitos, diversos criterios de clasificación, características y clasificación; en el tercer capítulo, se dio a conocer el tema de la obras públicas, definición de obra pública, elementos, contratos de obras públicas, objeto del contrato, sujetos del contrato y licitaciones públicas; y en el cuarto capítulo, se estudió la importancia de la Contraloría General de Cuentas para la fiscalización de contratistas de obras públicas y de administradores de fondos públicos en Guatemala.

CAPÍTULO I



1. Control y fiscalización

El ejercicio de la fiscalización y control público no sería posible si los responsables de su ejecución no comprendieran la finalidad esencial de las acciones estatales referentes al desarrollo y bienestar del ser humano concebido en su integridad. La visión humanitaria de quien labora en una entidad fiscalizadora superior es de vital ayuda para fundamentar el compromiso que tiene con la sociedad guatemalteca.

Para aspirar al funcionamiento de un buen gobierno se necesita el mantenimiento de una sociedad debidamente informada, lo cual, es representativo de una medio para las entidades fiscalizadoras superiores en materia de control, comunicando de manera oportuna los cambios, debilidades, aciertos y mejoras que aseguren la debida optimización de los recursos del gobierno.

El desarrollo social se encuentra bajo la dependencia del papel que llevan a cabo los gobiernos en la captación y aplicación de los recursos públicos, así como en la eficiencia con la que se ejecutan los programas gubernamentales.

Por ello, es necesario que se cuente con entidades de fiscalización que se encarguen del control del uso de los fondos públicos asignados a cada entidad oficial, para su adecuada administración en el cumplimiento de las funciones que tienen encomendadas.



Las atribuciones y facultades que tienen encomendadas las entidades fiscalizadoras tienen que ser generadoras de adecuadas condiciones que permitan claramente la debida institucionalización de la rendición de cuentas, así como también de la transparencia de los recursos públicos, en el cumplimiento de su atribuciones y en el debido desempeño de sus funciones, que tienen que regirse por principios éticos, sólidamente sustentados en criterios de profesionalismo, objetividad, imparcialidad, honestidad, confiabilidad, integridad, responsabilidad y profesionalismo.

1.1. Importancia

En la actualidad se ha invertido en tecnología a través de la implementación de un sin número de programas que le permiten a la ciudadanía guatemalteca el conocimiento de los avances y tener un contacto directo con el proceso fiscalizador; pero, cada día se hace necesaria la implementación de nuevos controles que aseguren un adecuado manejo basado en el profesionalismo y en el cumplimiento de los principios de la ética, para la representación de un desafío que permita la minimización de la carencia de valores y el mejoramiento de métodos y mecanismos de fiscalización actualizados, de forma que las actividades de la institución se cumplan fehacientemente. La aplicación adecuada de las herramientas informáticas en el sistema de fiscalización permite la realización de todas las funciones necesarias de manera oportuna y eficiente.

“Los principios éticos se encuentran claramente establecidos en la legislación y las entidades fiscalizadoras deben a su vez ser las que tengan a su cargo las herramientas



basadas en la tecnología para el mantenimiento de una ciudadanía **debidamente informada**".¹

Además, el papel del gobierno guatemalteco se tiene que concentrar en el fortalecimiento de la confianza de la sociedad y en la aplicación de los recursos públicos en las áreas que se encuentra la demanda, llevando a cabo sanas prácticas gubernamentales como herramienta fundamental para alcanzar los objetivos trazados.

1.2. Aplicación de medidas de control

La aplicación de un sistema nacional de control y fiscalización de manera eficiente y oportuna, cuya finalidad ha sido la de renovar el carácter puramente formal que se ha venido desarrollando en un Estado de derecho, por un debido control que hace énfasis en el empleo de la tecnología como medio de transparencia de la gestión del gobierno y la participación de la comunidad como herramienta de control en el proceso de la fiscalización, del valor de los principios éticos de los servidores públicos son elementos claves y de vital importancia.

El control de la gestión administrativa le es correspondiente en primer término a los mismos funcionarios llamados al ejercicio de la labor fiscalizadora de su mismo trabajo y el de otros, a fin de que se esté ante una gestión que responda en el tiempo a las pretensiones de los habitantes de la República de Guatemala, con una respuesta que sea efectiva y que

¹ Parejo Álvarez, Edgar Luciano. **Control y fiscalización**. Pág. 24.



también obedezca a procesos administrativos transparentes y ajustados a lo indicado en el ordenamiento legal.

Desafortunadamente los funcionarios públicos del país no responden adecuadamente a los deberes que trae consigo su naturaleza, siendo necesaria la existencia de instituciones y órganos de control que permitan una efectiva vigilancia del accionar que tiene la administración.

Por otro lado, se debe tomar conciencia de que no es la manera de gobierno la que asegura la honradez de los seres humanos que la integran, debido a que realmente es el hombre quien garantiza la transparencia de la gestión que le es encomendada, en cualquier sector de la vida nacional.

“El control no es un fin en sí mismo, sino es un instrumento para la información y la opinión pública de la forma en que se manejan los recursos públicos, así como para ayudar a los directivos y gestores públicos al mejoramiento de la gestión mediante los aportes que presten los informes de las entidades fiscalizadoras. Pero, también es de importancia indicar que actualmente se presenta en forma preocupante la falta de coherencia que existe entre la teoría y la práctica, debido a que los aspectos como la transparencia tan relacionada con el buen gobierno, no han permitido la profundización de la fiscalización de los hechos de corrupción, argumentando y estableciendo a la vez limitaciones en el ejercicio del control”.²

² Santamaría Pastor, Jorge Antonio. **Entidades fiscalizadoras**. Pág. 60.



Además, se establecen comúnmente dificultades en el ejercicio de los servidores públicos de las entidades encargadas de fiscalización, lo cual hace bastante compleja su labor para el establecimiento de un justo medio.

En el ámbito externo se encuentran instituciones como la Contraloría General de Cuentas, que en su ámbito de competencias específicas vela por el accionar de la administración del país.

1.3. Principios del control fiscal

No puede negarse que el control fiscal cuenta con un fundamento eminentemente legal, siendo su actividad la que tiene que enmarcarse dentro del ordenamiento jurídico. La tutela de intereses públicos y su objeto fundamental es el fisco, lo cual, es una denominación aceptada de manera convencional, para la designación del sector patrimonial del Estado.

Su ejercicio se encuentra encomendado a órganos del Estado y no a particulares, que si alguna vez pudieran actuar sería con el carácter de asesores, sin facultades para poder tomar decisiones.

“El control de la gestión de órganos o autoridades de la administración patrimonial consiste en una función pública. La declaración de la conformidad con una decisión de un órgano del Estado consiste en una función legal y además pública, siendo necesario juzgar la



legalidad y corrección de los encargados de efectuar la administración fiscal y de pronunciar los fallos sobre ella es una función pública y jurídica”.³

El interés tutelado consiste en un interés público debido a que compete a toda la colectividad y al mismo Estado. El control fiscal como actividad estatal es derecho y dentro del mismo en la convencional subdivisión en ramas pertenece al derecho público.

El derecho es uno mismo como producto de la actividad estatal y se identifica íntimamente con el Estado, siendo al control fiscal a quien le corresponde ser analizado por la ciencia legal, no importando que su ejercicio se encuentre en vinculación con la economía, contabilidad y estadística.

Los principios del control fiscal son los siguientes:

- a) **Eficiencia:** para que la asignación de los recursos sea la mayormente conveniente para la maximización de sus resultados.
- b) **Economía:** para que en igualdad de condiciones de calidad de los bienes y servicios se pueda obtener al menor costo.
- c) **Eficacia:** sus resultados se tienen que lograr de manera oportuna y guardar relación con sus objetivos y metas.

³ Martín Rebollo, Luis Eduardo. **Recursos públicos**. Pág. 20.



- d) **Equidad:** es la que permite la identificación de los receptores de la acción económica y el análisis de la distribución de los costos y beneficios entre los sectores económicos y sociales, así como entre las entidades territoriales.

En relación a la eficiencia, se tiene que partir del marco teórico de la administración de las empresas, la cual tiene que ser aplicada de manera directa a las administraciones públicas, desarrollando para ello los indicadores de eficiencia. En dicho sentido, se tienen que verificar los recursos, así como el proceso al cual se aplican los resultados que hayan sido obtenidos confrontándolos con los recursos aplicados.

En la actualidad existe diferencia entre la medición de la eficacia y medir la efectividad. La eficacia consiste en una medida de lo que cuesta cada unidad de resultado, mientras que la efectividad es una medida de calidad de ese resultado, pero tanto la eficacia como la efectividad son importantes.

En relación a la economía, lo que se busca es la determinación de si con los recursos disponibles se puede obtener el mayor desempeño de la entidad y de manera adicional se tiene que verificar el parámetro de los costos mínimos.

“La equidad es referente a la proporcionalidad de la gestión, así como al concepto de justicia, de igualdad y a la caracterización social y económica de los ingresos y de las inversiones aplicadas a la satisfacción de las necesidades de la comunidad”.⁴

⁴ Chávez García, José Ramón. **Gestión pública**. Pág. 40.



En relación a la determinación de la equidad en las entidades, la misma tiene que ser concebida mediante los valores señalados, proponiéndose la aplicación del principio del gasto inversamente proporcional, debido a que la proporcionalidad mantiene las desigualdades existentes.

1.4. Clasificación del control fiscal

A pesar de la importancia que para cualquier disciplina tiene una clasificación técnica, en esta materia se observa una gran falta de uniformidad. La clasificación de esta materia tiene que tomar en consideración las reglas de generalidad y simplicidad, teniéndose que hacer con espíritu restrictivo, y dentro de lo posible, universal.

Los distintos autores emplean numerosos términos sinónimos para la expresión de conceptos diferentes y en otros casos se busca denominar con diversos vocablos conceptos distintos o métodos idénticos. La teoría moderna ha creado dos sistemas de fiscalización en boga en los países mayormente adelantados, que sean tendientes a evitar los males que se pueden originar y que son: el control preventivo y el control judicial o crítico de acuerdo a como se le llame.

Después de hacer mención del control jurisdiccional se tiene que anotar que únicamente el administrativo no aporta las garantías necesarias, debido a que es proveniente de igual administración controlada; y por ello, al lado del control administrativo existe un segundo control que es el jurisdiccional.



“En relación al control parlamentario se tiene que señalar que el mismo lo ejerce el parlamento, el cual examina la legislación, o sea, el control parlamentario se reduce al previo presupuesto y se omite de esa manera la actividad contralora posterior a la aprobación del presupuesto, la cual finaliza con el juicio político de las cámaras sobre la gestión ejecutiva”.⁵

Como una categoría diferente al control se tiene que analizar el control concomitante y explicarse que éste es referente a que se tiene que llevar a cabo durante el año financiero en el momento de ejecutarse las operaciones. Luego se hace referencia al control interno o administrativo cuando se indica que es el que realizan los inspectores financieros, pagadores y los contadores subordinados. El control concomitante o en curso de ejecución constituye una categoría independiente, o sea, un tipo o sistema. Esta forma es, ante todo, un procedimiento ligado al control previo.

El control concomitante es siempre un procedimiento auxiliar del sistema de control previo y debido a su propia naturaleza el control contemporáneo con la realización del acto es anterior a la aprobación o autorización.

“La fiscalización administrativa es tomada en consideración por distintos organismos de la administración financiera de cada país que tienen a su cargo la fiscalización y aplicación de las leyes que establecen los ingresos respectivos, su recaudación, custodia de los fondos públicos y finalmente la labor de cancelar los compromisos. Por su parte, el control

⁵ *Ibíd.* Pág. 52.



previo se limita al ejercicio de la administración activa y olvida el que es correspondiente a otras entidades”.⁶

1.5. Información confiable en el proceso de transparencia

Algunas corrientes del pensamiento como el romanticismo y la Ilustración fomentaron distintos movimientos literarios, pero no fue hasta la revolución industrial de la década del año 90 del siglo XIX, que las patentes y otros documentos propios de éste y de los diversos negocios volvieron a provocar otro aumento de importancia de la documentación.

Hacia finales del siglo XIX, iniciaron a observarse importantes fenómenos dentro de la respectiva documentación. La vida media de los documentos se fue reduciendo de manera considerable y se fue perdiendo terreno en las bibliografías universales y retrospectivas. Se necesitaba con ello de centros que tuvieran a su disposición información debidamente actualizada y de utilidad práctica inmediata.

En la década de los años 60, con la introducción de la computadora, se produjo un salto en la producción documentaria equivalente a que cuando se establecieron caracteres móviles.

“Más tarde se desarrollaron las bases de datos y sus sistemas de gestión, los traductores automáticos y toda una amalgama de aplicaciones. De manera sucesiva se digitalizó la

⁶ *Ibíd.* Pág. 56.



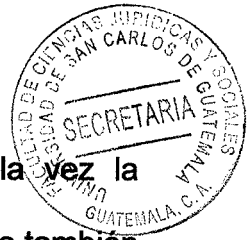
información necesaria y las conjeturas sobre el fin de lo impreso se quedaron únicamente en una posibilidad irreal. El decrecimiento del consumo de papel tal vez ha sido el indicador de mayor importancia en ese sentido”.⁷

La década de los 90 del siglo XX, volvió a convertirse en una década de impulso para el fenómeno de la explosión de la información, habiéndose generado un caos de la información sin precedentes. Además, el principal enfoque de los gobiernos respecto a las inversiones, se ha encontrado dirigido a la infraestructura física. De manera tradicional, ello ha representado grandes inversiones con elevadas tasas de retorno a largo plazo. Pero, este enfoque ha cambiado con la introducción de las tecnologías de la información y comunicaciones, las cuales tienen un papel cada vez mayor para garantizar un debido control y fiscalización.

1.6. Control de obras del Estado

Es fundamental el control de obras públicas por parte del Estado guatemalteco para el fortalecimiento de la función de fiscalización y es a la vez una herramienta tecnológica integrada como una única fuente de registro, que coadyuva a las entidades públicas en el proceso de seguimiento de las contrataciones a través de la obtención de información sobre los proyectos, contratos y licitaciones públicas para la ejecución física de los proyectos, tomando en consideración lo relacionado con el registro y control de las fianzas de cumplimiento de obras.

⁷ Rivero Ortega, Diego Ricardo. **Documentación y transparencia**. Pág. 86.



Lo que se necesita es un control de los requerimientos y considerar a la vez la materialización de los proyectos que benefician a las áreas sustantivas, así como también el desarrollo de sistemas de apoyo para la adopción de decisiones.

La contribución de la mejora de la gestión del sector público a través de la función de fiscalización se alcanza por medio del uso y de la disponibilidad de recursos tecnológicos que proporcionen la mayor información necesaria, para la ejecución de las acciones requeridas en el control y fiscalización de las operaciones.

CAPÍTULO II



2. Contrato administrativo

“La palabra contrato es proveniente de la voz latina *contractus* que significa lo contraído, debido a ser el participio pasivo del verbo *contrahere*, que deriva de *cum* y *traho*, como acuerdo de voluntades. En el derecho romano el contrato es una convención que, debido a llevarse a cabo de manera requerida por el derecho o por derivar de una causa tomada como adecuada crea una obligación”.⁸

Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos llevan el nombre de contratos. Tomando en cuenta el precepto de contrato por aislado, lleva a pensar que para el ordenamiento jurídico consiste en el género y el contrato es la especie; pero, se dispone que los contratos tienen que ser aplicables a todos los convenios, siendo esa distinción ociosa para efectos prácticos.

2.1. Conceptualización

Contrato en sentido amplio es un acuerdo de dos o más voluntades que se encamina a la producción de efectos jurídicos. Por su parte, en sentido estricto tiene como punto de partida su diferenciación con el convenio por tomar en consideración a éste como el género

⁸ Subirana de la Cruz, María Antonieta. **Los contratos administrativos**. Pág. 91.

y al primero la especie; y en dicho contexto, el contrato viene a ser el convenio, cuya finalidad radica en constituir una obligación de carácter patrimonial.



El contrato es el negocio jurídico que se conoce como criterio de los intereses que se contraponen y viene a ser la unificación de intereses adversos y no congruentes ente sí y con dicha orientación el contrato es una figura concreta que tiene una función y contenido constante que tiene que ser el instrumento con el cual se llevan a cabo los más distintos fines de la vida económica, a través de la composición de intereses que sean opuestos.

La idea referente al contrato administrativo parte del supuesto de que en determinados casos los actos bilaterales en que tiene participación la administración pública son contratos cuyas peculiaridades propias limitan su asimilación a los modelos contractuales del derecho privado.

En ese orden de ideas, la administración pública lleva a cabo actos bilaterales, que de conformidad con su contenido, son de naturaleza contractual, y de ellos deriva una relación legal de derecho administrativo, con lo cual es notorio su sometimiento a determinadas normas jurídicas, muchas de las cuales son diferentes a las del derecho privado. Esos contratos integran dentro de los contratos de la administración la categoría de los contratos administrativos.

“El contrato administrativo es una forma de crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones y sus correlativos derechos, como resultado de una relación plurilateral



consensual, frecuentemente caracterizada por la situación privilegiada que una de las partes guarda en relación de la otra, en lo referente a las obligaciones pactadas, sin que por ese motivo disminuyan los derechos económicos atribuidos a la otra parte”.⁹

También, se puede señalar que el contrato administrativo es el acuerdo de un particular con un órgano del poder público en ejercicio de la función administrativa, para la creación, transferencia, modificación o extinción de obligaciones patrimoniales en beneficio del interés público, con sujeción a un régimen exorbitante del derecho ordinario existente.

2.2. División contractual

Es notorio que la institución del contrato ha encontrado en el derecho civil su mayor desarrollo, pero esa circunstancia no niega a esa institución su carácter jurídico general, ni impide al resto de ramas del derecho ocuparse de ella como en la realidad ha pasado; por ende, de conformidad con la naturaleza de los ordenamientos legales que los regulan, es posible dividir a los contratos en civiles, mercantiles, internacionales, bursátiles, administrativos y laborales.

2.3. Contratos en la administración pública

La administración pública no puede llevar a cabo por sí sola todos sus cometidos, por cuyo motivo recurre a la colaboración de los particulares, la cual obtiene de forma voluntaria o

⁹ Moreno Pérez, Cristell Mariana. **Contratación administrativa**. Pág. 110.



forzosa; en el primer caso, en el libre ámbito de la bilateralidad contractual; en cambio, en el segundo, en el contexto de la unilateralidad.

Además, obtiene la administración pública la respectiva colaboración voluntaria de los particulares cuando se compra, arrienda, contrata suministros, obras públicas, publicidad y propaganda, asistencia y servicios técnicos; concesiona servicios públicos, o la ocupación y uso del dominio público; y por otro lado, alcanza la colaboración forzosa de los particulares a través de la nacionalización, la expropiación y la requisa.

La colaboración voluntaria se presenta bajo el esquema contractual, primero dentro del marco del derecho privado; y por ende, se presenta la sujeción de un régimen jurídico especial, a consecuencia del advenimiento del derecho administrativo.

No todos los contratos que celebra el sector público son de carácter administrativo, habiéndolos también civiles, mercantiles, laborales y bursátiles como lo son esta clase de contratos.

2.4. Importancia de los contratos administrativos

Al aparecer en el contrato administrativo, un elevado sector de la doctrina ha negado y puesto en duda la posibilidad legal de que la administración pública celebre auténticos contratos, para que después de superada la inquietud y de discutida la naturaleza y carácter de sus contratos, se pueda establecer si existe, o no, un tipo especial de contrato,



diferente al del derecho privado, o sea, si existe el contrato administrativo. Mientras que los juristas polemizaban en relación a la posibilidad de que el poder público pudiera llevar a cabo contratos, la realidad diariamente señalaba la presencia de relaciones contractuales entre el Estado y los particulares.

“La discusión teórica relacionada con la existencia de la contratación administrativa señala dos corrientes doctrinarias; la primera, negativa y no admite la existencia de los contratos administrativos que constituyen una categoría diferente a la de los del derecho privado; y la segunda, una corriente positiva, que señala la existencia de los mismos como diferentes a los que fueren celebrados entre los particulares y sometidos a un régimen legal exorbitante del derecho privado, con motivo de un interés público implícito en el objeto del contrato”.¹⁰

En la actualidad ha desaparecido la corriente negativa, pero en su momento la misma fue sostenida por varios autores cuyas conclusiones en contra indicaban la negación del contrato de esta categoría, bajo la denominación que tienen que ser clasificados como contratos civiles de la administración y como actos administrativos necesitados del consentimiento expreso 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 y por lo general con particulares, con la finalidad pública o relacionada con la

¹⁰ *Ibíd.* Pág. 116.



satisfacción de necesidades públicas, sometidas al derecho público, con cláusulas exorbitantes del derecho privado, en donde los particulares quedan en una situación de subordinación jurídica en relación a la administración pública.

Tomando en consideración esta corriente positiva que señala la existencia del contrato administrativo como una categoría distinta al contrato de derecho privado, se tiene que considerar que únicamente una parte de los contratos celebrados por la administración pública son contratos administrativos, habida cuenta que también se encargan de la celebración de otros contratos de derecho privado.

A pesar de que doctrinariamente se ha discutido bastante en relación a lo anotado, se cree conveniente que se acepten teóricamente esta clase de contratos, y que se explique la intervención del Estado, en vista de la autolimitación que existe relacionada con la soberanía y con su correspondiente poder de mando, en función de los objetivos que busca la celebración contractual y que son los que se tienen que cumplir con sus cometidos.

2.5. Principios rectores

Son los que a continuación se dan a conocer:

- a) Principio de legalidad: de acuerdo al principio de legalidad el contrato administrativo tiene que sujetarse de manera estricta a un régimen jurídico determinado, habida



cuenta que la administración únicamente puede hacer lo que la legislación de manera expresa le autoriza.

- b) Principio de continuidad: es el principio que señala la ejecución de los contratos administrativos debido a que no tienen que interrumpirse ni retrasarse, a efecto de que los mismos sean los que pueden llegar a alcanzar su finalidad de manera puntual.
 - c) Principio de mutabilidad: “El contrato administrativo en los términos del principio en mención, puede ser unilateralmente modificado dentro de determinados límites por la administración pública contratante, en beneficio del interés público, y en completa contradicción al principio contractual proveniente del derecho romano”.¹¹
 - d) Principio del equilibrio financiero: también se le conoce como principio de la ecuación financiera y señala que en el contrato administrativo se tiene que mantener un equilibrio financiero debidamente establecido en su celebración, con la finalidad de que las partes no resulten perjudicadas por una relación que se vuelva inequitativa, para lo cual se tienen que emplear mecanismos como los relacionados con el hecho del príncipe y la teoría de la imprevisión.
- Hecho del príncipe: es la alteración provocada en las condiciones de un contrato administrativo, imprevisible para el gobernado contratante, y en su perjuicio, debido

¹¹ Muñoz Machado, Santiago Adolfo. **Fundamentos jurídicos de los contratos**. Pág. 124.



a decisiones que hayan sido adoptadas o conductas que tengan que ser asumidas por la autoridad contratante y no como parte del contrato, sino que en ejercicio de las atribuciones que derivan de su carácter de autoridad pública.

- Teoría de la imprevisión: es la que también se llama de la lesión sobreviniente y toma como punto de partida la cláusula *rebus sic stantibus*, referente a todo contrato de tracto sucesivo o dependiente de lo futuro, llevando implícito que su cumplimiento únicamente es exigible mientras las cosas sigan siendo iguales.

“La teoría de la imprevisión con la expresión tradicional *rebus sic stantibus* ha sido adoptada por el derecho administrativo, en especial, en lo que respecta a la concesión de servicios públicos y al contrato de obra pública”.¹² La teoría de la imprevisión puede dar lugar a una modificación de las tarifas o a una amplia modificación de las mismas, así como también a una ampliación del plazo de vigencia y a una prórroga del plazo de ejecución de un contrato de obra pública, o bien a una indemnización del contratista de la misma; a la actualización o reajuste de precios.

2.6. Elementos y requisitos

Los términos elemento y requisito no son sinónimos, debido a que el primero es la parte de un todo, en tanto que requisito consiste en la condición de validez de algo, como lo

¹² *Ibid.* Pág. 145.



puede ser un contrato o un elemento del mismo. En lo relacionado con los contratos, por elemento se entiende cada una de sus partes integrantes algunas de las cuales, debido a ser indispensables para su existencia reciben la denominación de esenciales, a diferencia de las no esenciales, así denominadas debido a que vienen a ser cualquier condición necesaria para la validez contractual.

Existen autores que apoyan la clasificación bipartita de los elementos del contrato administrativo para hacer la sencilla distinción de los elementos esenciales de los no esenciales o naturales; debido a que sin cualquiera de los primeros el contrato no puede tener existencia alguna; en cambio, la falta de los no esenciales no limita que el contrato exista.

Un amplio sector de la doctrina toma en consideración como elementos esenciales del contrato administrativo, los sujetos, el consentimiento, el objeto y la causa; a pesar de que de manera aislada y poco frecuente, también se denominan como elementos esenciales del contrato, la forma, la competencia y la capacidad, la finalidad, el régimen jurídico especial, y la licitación. Como elementos no esenciales del contrato administrativo se señalan el plazo de duración, las garantías y las sanciones.

Además, se pueden distinguir entre los elementos esenciales del contrato, los fundamentales y presupuestos; los primeros, son los elementos esenciales en sentido estricto y son: el consentimiento y objeto, en tanto que los elementos presupuestales son



aquellos que se encuentran implícitos en los básicos, como es el caso de los sujetos, que vienen a ser un elemento esencial, al igual que la causa lo viene a ser el objeto.

- a) **Sujetos:** un contrato sin los sujetos o partes que lo celebran es inimaginable. En los contratos administrativos una de las partes, que pueden ser dos o más, tiene que ser un órgano del poder público en cumplimiento de una función administrativa; el otro sujeto puede ser un particular o, en el caso del denominado interadministrativo, otro órgano del poder público.

De manera indistinta, el órgano del poder público contratante puede ser administrativo, lo mismo que uno legislativo o uno jurisdiccional, pero siempre en ejercicio de una función administrativa, y dotado de competencia, o sea, de facultad, para la celebración del contrato correspondiente.

Por ello, es de importancia dar a conocer que la competencia consiste en un requisito que tiene que satisfacer el órgano público contratante y no un elemento del contrato.

- b) **El consentimiento:** existe unanimidad en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia para tomar en consideración al consentimiento como elemento esencial del contrato administrativo, creador de derechos y obligaciones, para cuya existencia se necesita de la voluntad de los sujetos o partes y de su coincidencia para generar el consentimiento y, con él, el contrato mismo.



“La voluntad del órgano del poder público o voluntad administrativa, en cumplimiento de una función administrativa, es representativo de su deliberada determinación de producir un acto bilateral específico, que genera derechos y obligaciones, en concurrencia de su contratante, lo cual es la voluntad que se exterioriza mediante una manifestación llevada a cabo de la manera anotada en la norma jurídica aplicable”.¹³

- c) **Forma:** es un requisito que tiene que satisfacerse tanto en relación del consentimiento y en particular de la manifestación de la voluntad. La forma es el acuerdo de dos o más personas para la creación de las obligaciones patrimoniales y existe desde el momento en que acuerdan crear, modificar o extinguir obligaciones de ese tipo, sin perjuicio alguno de que para su validez se tienen que manifestar los requisitos que la norma jurídica señale en relación a la manifestación de la voluntad.

En lo relacionado con la voluntad, se tiene que hacer mención de la necesidad de preservación contra cualquier vicio que la violente o deforme; el error, el dolo y la violencia consisten en los vicios mayormente señalados en la doctrina, que lesionan el consentimiento de los contratos administrativos.

- d) **Objeto:** es el elemento esencial de cualquier contrato y tiene que ser posible, lícito y determinado en relación a su especie, así como consistente en la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones.

¹³ Linde Paniagua, Enrique Ramón. **Función administrativa.** Pág. 44.



e) **Causa:** es la que se interpreta como motivación del contrato administrativo, es el móvil o principio que impulsa la voluntad de las partes para su celebración, siendo distinta a la causa del órgano público, cuando el mismo consiste en un particular, en cuyo caso no tiene mayor significancia; no así la causa del órgano público contratante, cuya importancia es de tal grado que si llega a desaparecer, el contrato administrativo se extingue, lo cual quiere decir que es la causa que impulsa la voluntad del órgano público, y no la del particular cocontratante, o sea, la que configura a este elemento esencial del contrato.

Es además la causa del elemento esencial o implícito en el objeto y en dicho sentido es la existencia del objeto, a su vez, la que implica una causa y un objeto, implícitos en él y condicionados en relación al ser por los iguales sujetos.

f) **Finalidad:** es uno de los elementos esenciales del contrato administrativo y constituye la razón que justifica la emisión, de forma que la finalidad en relación al objeto o contenido del acto es la que actúa teleológicamente.

2.7. Diversos criterios de clasificación

Es de importancia el estudio de los criterios de clasificación para diferenciar los contratos administrativos, entre los cuales cabe hacer mención del subjetivo, el de la jurisdicción, el formal, el de la cláusula exorbitante, el legalista, el de los servicios públicos, el de la finalidad y el mixto.



- a) **Criterio subjetivo:** para este criterio un contrato es de carácter administrativo si uno de los contratantes integra la administración pública, motivo por el cual para los promotores del mismo un contrato administrativo tiene que ser celebrado por la administración pública, obrando de esa forma y relacionándose con los particulares.

“No cabe duda que los contratos celebrados de manera exclusiva 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, debido a que en la mayor parte de ellos forman parte de los contratos de derecho privado, como lo demuestran los contratos de compraventa celebrados entre clientes y sus respectivas tiendas”.¹⁴

De manera independiente a lo indicado, se tiene que rechazar el argumento de que sea administrativo cualquier contrato que celebre la administración pública obrando como tal y relacionándose, por dicho medio, con los particulares, debido a que se encuentra fundamentado en la teoría de la doble personalidad estatal, la cual hace claramente la distinción entre los actos de la administración pública y los de la autoridad, en los cuales actúa como persona de derecho público y los actos de gestión, en donde obra como un simple particular.

- b) **Criterio de la jurisdicción:** en el mismo a diferencia del contrato de derecho privado, cuyas diferencias se dirimen en los tribunales judiciales, la competencia relacionada

¹⁴ Rodríguez López, Pedro Pablo. **Administración pública y contrataciones**. Pág. 71.

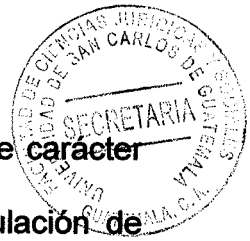


con el contrato administrativo es correspondiente a los tribunales de lo **contencioso administrativo**.

Debido a sus diversos fundamentos hace radicar en la competencia de los tribunales de lo contencioso administrativo el carácter propio de un contrato, obteniendo poco auge y muchos detractores, siendo estos últimos los que indican que la competencia de esos tribunales se relaciona con los contratos y puede derivar de las resoluciones jurisdiccionales en atención a las características de un contrato específico, o de pacto entre las partes, además, en algunos sistemas jurídicos políticos no existen tribunales administrativos.

El criterio jurisdiccional busca convertir lo adjetivo en sustantivo, y lo accidental en lo esencial de los contratos, siendo inaceptable que lo jurisdiccional lesione lo contractual, como inadmisibles resulta a la vez 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 respectiva competencia jurisdiccional.

- c) **Criterio formal:** de acuerdo a este criterio el acento administrativo de un contrato dado lo pone a la vista de determinadas formalidades específicas y predeterminadas, como lo son la licitación previa y el apego a fundamentos o condiciones anteriormente establecidas, entre otras. Este criterio es criticado debido a que las formalidades no son únicas de los contratos administrativos, los cuales, en determinadas ocasiones quedan exentos de su efectivo cumplimiento.



- d) **Criterio de la cláusula exorbitante:** para este criterio un contrato será de **carácter administrativo** a condición de que el mismo se encargue de la estipulación de determinadas cláusulas que rebasen la órbita del derecho ordinario, como que se atribuya a la administración pública una serie de prerrogativas que no se puedan conferir a ninguna de las partes en un contrato ordinario; o bien, debido al otorgamiento al particular con quien se contrata de una serie de poderes o facultades que sean específicas respecto de terceros, imposibles de poder conferir de acuerdo al derecho privado.

“La característica propia de esta clase de contratos se encuentra en la existencia de cláusulas de derecho privado, o sea, de cláusulas que no tienen lugar alguno dentro del derecho común, de aquellas cláusulas que no tienen lugar dentro del derecho común y que ponen de manifiesto la existencia de un régimen especial de derecho público”.¹⁵

Además, se cuestiona el criterio de la cláusula exorbitante, ya que pudiera ser innecesaria la inserción de esas cláusulas en los contratos administrativos para alcanzar iguales efectos, por disfrutar la administración pública de especiales prerrogativas establecidas en las leyes y reglamentos.

- e) **Criterio teleológico:** de acuerdo al mismo el carácter público de un contrato se determina a través de su finalidad; debido a que un contrato será administrativo si

¹⁵ **Ibíd.** Pág. 75.



cuenta con fines específicos y distintos a los auténticos en relación a los **contratos** de derecho privado, como pudiera ser el logro de la utilidad pública.

Este criterio registra en la doctrina diversas versiones, destacándose entre las mismas los servicios públicos, los intereses de esa misma categoría y la utilidad pública existente.

De acuerdo a la modalidad de los servicios públicos del criterio en mención, es administrativo todo contrato cuya finalidad radica en la prestación de un servicio público. A dicha modalidad se le tiene que censurar su imprecisión derivada de la falta de consenso en relación al concepto de servicio público.

De conformidad con la versión del interés público del criterio teleológico, para la diferenciación de los contratos administrativos, ese interés representa la finalidad de los mismos. Además, todas esas particularidades son asignadas y contribuyen al perfilamiento de los contratos administrativos, motivo por el cual esa finalidad de alcanzar de manera directa e inmediata la satisfacción de ese interés público es el que define de forma contundente un contrato como administrativo.

Al hacer a un lado la imprecisión de la conceptualización de interés público, éste no es suficiente para dar una diferencia específica del contrato administrativo, debido a que los contratos celebrados entre los particulares, y por ende de derecho privado, también pueden contar con esa finalidad y así complementar su caracterización de

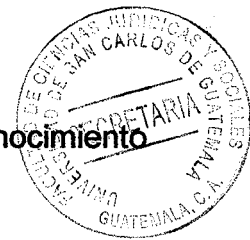


los contratos administrativos por tener una finalidad de interés público, motivo por el cual los contratos administrativos de una de las partes que los celebren tienen que ser siempre de la administración pública actuando como tales en cumplimiento de una función administrativa.

- f) Criterio legal: consiste en el criterio más pragmático de los utilizados para el establecimiento del carácter administrativo de un contrato, o sea, de acuerdo al mismo únicamente serán administrativos los contratos que la legislación determine de esa forma. El criterio legal es objetable debido a que puede el legislador llegar a tomar en consideración los contratos administrativos como contratos estrictamente de derecho ordinario que hayan sido celebrados por la administración pública.

Ninguno de los criterios señalados es suficiente para la determinación del carácter administrativo de un contrato, siendo necesario que prevalezca el criterio mixto, de acuerdo con el cual se pueden considerar contratos administrativos aquellos en los que una de las partes es una persona de derecho público, en ejercicio de una función de carácter administrativa.

Ello, con observancia de las formalidades especiales, y de posible contenido de cláusulas exorbitantes del derecho privado y no contrarias al derecho público, destinados a la satisfacción de necesidades de carácter general o del interés público, o al alcance de la utilidad pública, cuyas controversias que susciten tienen



que ser de competencia de un órgano jurisdiccional facultadas para el conocimiento del derecho administrativo.

2.8. Características de los contratos administrativos

Existen determinados rasgos distintivos esenciales, sin los cuales un acto jurídico no se puede configurar como negocio contractual o, al menos como un contrato administrativo, entre los cuales, cabe hacer mención de los relacionados con la juridicidad, bilateralidad y contractualidad, así como la desigualdad de sus partes, su formalidad, régimen jurídico y finalidad.

- a) **Juridicidad:** quiere decir la creación, modificación, transmisión o extinción de derechos y obligaciones, el contrato administrativo es un acto jurídico y voluntario. Se pueden separar los actos de la administración pública en dos segmentos de acuerdo se produzcan o no consecuencias jurídicas y son: los jurídicos y los actos no jurídicos; siendo estos últimos los que presentan una serie de manifestaciones de voluntad, por tratarse de informes y de opiniones de servidores públicos de la administración pública y no producen efectos jurídicos, o si los llegan a producir, no son efectos jurídicos directos.

El contrato administrativo es un acto legal y no se trata con el mismo de un acto jurídico cualquiera, sino de determinada especificidad que los ubica al lado del acto administrativo unilateral, en el sentido amplio del acto administrativo, como acto

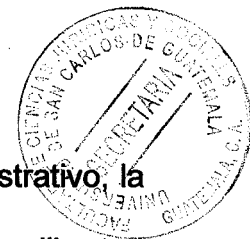


llevado a cabo por la administración pública en ejercicio de funciones administrativas para la producción de efectos jurídicos.

De esa manera, en sentido amplio, el acto administrativo abarca, tanto el acto unilateral, que puede ser individual, o general; y con ello, se le conoce como Reglamento, pero a la vez abarca el acto bilateral, que en la mayor parte de las veces se identifica como contrato administrativo.

- b) **Bilateralidad:** se tiene que hacer hincapié en la bilateralidad y contractualidad del contrato administrativo, debiéndose enfatizar en la bilateralidad de los contratos administrativos por ser los mismos sinalagmáticos, debido a que ambas partes acuerdan en virtud del contrato, obligaciones mutuas y recíprocas, motivo por el cual, los contratantes tienen el mutuo y recíproco carácter de deudores y acreedores entre sí, al haberse obligado los unos respecto de los otros.

- c) **Desigualdad de las partes:** la diferencia entre las categorías contractuales quiere decir el reconocimiento de similitudes entre las mismas; de esa manera, mientras la igualdad de las partes ha llegado a ser una característica de los contratos privados, en la doctrina imperante en la actualidad esa desigualdad es representativa de un carácter esencial de los contratos administrativos. De no ser de esa forma, como sucede cuando ambas partes son personas de derecho público, no se está frente a un contrato administrativo, sino frente a un convenio de coordinación, o ante un acto complejo o colectivo.

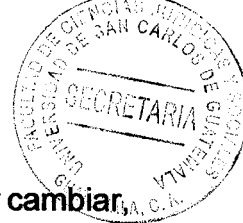


- d) **Restricción de la libertad de las partes:** al tratarse de un contrato administrativo, la administración pública contratante enfrenta serias restricciones de su libertad contractual, que van desde la selección del cocontratante hasta la estructura y terminología auténtica del contrato, pasando para el efecto por el procedimiento de contratación.

De igual manera, se encuentra la restricción de la libertad contractual, al marginarse en la elaboración y redacción del clausurado del contrato, el cual tiene que ser formulado por la administración pública encargada de la contratación de conformidad con la normativa jurídica que se encuentre en vigor, debido a que su libertad se encuentra reducida a su mínima expresión de contratación o no.

De esa manera, el cocontratante no cuenta con la debida libertad para subcontratar, transferir o ceder el contrato administrativo que suscribe, de manera independiente que sería una manera de evadir la restricción que haya sido impuesta a la administración pública contratante para la elección del contratista.

- e) **Régimen jurídico exorbitante del derecho privado:** “Con el mismo se configura otro carácter esencial del contrato de esta naturaleza, que es el régimen jurídico exorbitante del derecho privado al cual se somete, debido a la razón de ser una clase de negociación de contratos que deriva de su régimen jurídico que rebasa la órbita, los límites del derecho ordinario, debido a la generación de derechos y



obligaciones no pensables e inadmisibles, como lo son la facilidad de poder cambiar por parte de la contratación pública”.¹⁶

Es de importancia indicar que si el derecho privado fuera suficiente para la regulación de negocios contractuales que la administración pública celebra en los términos que se encuentren previstos en el contrato administrativo, el mismo no tendría razón alguna de ser, debido a que únicamente justificaría su régimen legal para que el mismo fuera sustancialmente diferente al que impera en las relaciones contractuales de los particulares.

Es exorbitante el derecho ordinario al régimen legal regulador del contrato administrativo, debido a ser un derecho público o bien por ser en parte de éste el que rebasa la órbita del derecho ordinario.

2.9. Clasificación

Los contratos administrativos son unilaterales cuando agrupan a un determinado número de personas que resultan obligadas; y bilaterales, cuando ambas partes acuerdan obligaciones mutuas y recíprocas, por lo que asumen el mutuo y recíproco carácter de acreedores y deudores entre sí. Debido a las prestaciones pactadas, los contratos pueden ser: a título gratuito en donde una de las partes otorga a la otra un provecho o beneficio sin la existencia de una compensación igual ni contraprestación alguna; y a título oneroso,

¹⁶ Verdaguer López, Jordi Esteban. **Naturaleza contractual**. Pág. 55.

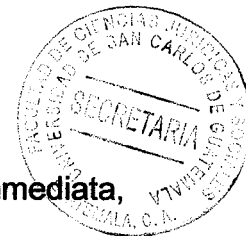


cuando ambas partes se proponen la obtención de un provecho a cambio de una contraprestación.

Por el momento de su perfeccionamiento, los mismos se clasifican en consensuales cuyo perfeccionamiento se alcanza por el mismo consentimiento de las partes; reales, aquellos que su perfeccionamiento necesita de un principio de ejecución como la entrega y tradición de la cosa; formales, cuya validez queda bajo la sujeción de la observancia de una forma determinada como cuando el consentimiento tiene que constar por escrito; y solemnes, cuya existencia se tiene que condicionar a la observación de determinada solemnidad que existe.

Debido a su previsión legal, los contratos pueden ser nominados o innominados, de acuerdo que los mismos se encuentren expresamente previstos, o no, en el ordenamiento jurídico.

Por la certeza de sus respectivas prestaciones, pueden ser conmutativos aquellos contratos onerosos cuando las prestaciones que se deban las partes sean auténticas; y serán aleatorios, cuando la prestación se encuentre bajo la dependencia de un acontecimiento incierto que limite, al momento de su celebración, el conocimiento de una ganancia o pérdida, lo cual se tiene que llegar a conocer cuando el acontecimiento sea celebrado. Debido a su relación con otro contrato, son principales los contratos que existan por sí mismos; y se consideran accesorios, los que dependen jurídicamente y lógicamente de otro contrato.



Por el tiempo en que se llevan a cabo las prestaciones pueden ser de ejecución inmediata, cuya consumación efectúan las partes en el momento de su celebración; de ejecución instantánea, cuyo efecto se tiene que producir en el mismo acto, a pesar de que éste no se lleve a cabo en el momento de su celebración; y de ejecución diferida, cuyas obligaciones tienen que ser cumplidas en uno o varios momentos posteriores a su celebración, como sucede con los contratos de tracto sucesivo cuya eficiencia perdura en un tiempo más o menos prolongado; y pueden ser de ejecución continua, como ocurre en el comodato; de ejecución periódica, como acontece en la suscripción de periódicos; o de ejecución escalonada, en los que el cumplimiento se tiene que prever en momentos separados, con intervalos que sean desiguales, como sucede en la compraventa con entrega de mercaderías por lotes en fechas distintas.

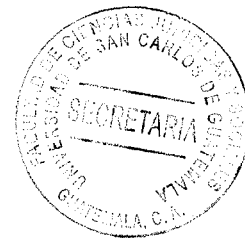
Con motivo de la formación del consentimiento; pueden ser contratos negociados, en los que las partes se tienen que situar legamente en un mismo plano; y de adhesión, en donde una de las partes se encarga de la imposición de sus condiciones a la otra; la cual únicamente puede aceptarla de manera íntegra, o rechazarlas, en cuyo caso el contrato no llega nunca a celebrarse. En atención al origen que tengan las obligaciones pactadas pueden ser contratos base, en los que alguna de las partes adquiere derechos y a la vez asume obligaciones que de manera eventual pueden ser transferidas a través de una subcontratación; y contratos derivados o sub contratos.

“En cuanto a las cualidades específicas del cocontratante, los contratos administrativos pueden ser o no *intuitu personae*, y lo serán cuando se exija que el cocontratante cuente



con determinadas cualidades de carácter legal, técnico, económico y moral; cuando el contrato *intuitu personae* no puede ser cedido o transferido por el cocontratante a otra persona, ni tampoco subcontratar a un tercero para que asuma las obligaciones por cumplir, a excepción que lo autorice la administración contratante”.¹⁷

¹⁷ *Ibíd.* Pág. 77.



CAPÍTULO III

3. Obras públicas

“La locución obra pública no es utilizada con un único significado debido a que la simplificación del lenguaje ha hecho que se tenga que designar con ese término ese nombre con dos conceptos jurídicos que se encuentran en relación de alguna forma y tengan diferencias esenciales entre sí”.¹⁸

Por ello, se tiene que distinguir obra pública de trabajo público y dentro de la segunda acepción anotada, se comprenden los trabajos llevados a cabo de manera directa por la administración, los realizados por particulares a través de contratos de concesión de obra pública, los llevados a cabo por particulares mediante sistemas mixtos como los de dirección interesada y los trabajos realizados por particulares mediante contratos de obra pública con la administración.

Casi la totalidad de los trabajos públicos son realizados con el sistema de contratos de obra pública y de allí deriva que los conceptos que interesa comparar sean justamente los de obra pública y contrato de obra pública.

En primer lugar, el término obra pública es el encargado de designar a un determinado tipo de muebles o inmuebles del Estado lesionados con fines de utilidad generalizada y son

¹⁸ Salvador Carrillo, Josué Victoriano. **Obras públicas**. Pág. 110.



obras públicas en dicho sentido los puentes, caminos y edificios públicos. En segundo lugar, la frase obra pública se tiene que identificar por extensión con la conceptualización del contrato de obra pública y designa por ende a los contratos llevados a cabo por la administración con particulares para que los mismos sean quienes se encarguen de la construcción.

La correspondencia entre los conceptos de obra pública y contrato de obra pública es bien limitada. El contrato de obra pública no implica la construcción de la cosa pública y la existencia de la cosa no presupone en ningún momento la ejecución de un contrato de obra pública, o sea, estos contratos tienen por finalidad la realización de un determinado trabajo, pero el mismo no presupone, ni condiciona bajo ningún punto de vista la existencia de una obra pública.

Esa disociación conceptual es proveniente de la obra pública que ha sido influenciada esencialmente por la doctrina, tomando como fundamento el derecho guatemalteco; mientras que la segunda noción, de contrato de obra pública ha sido claramente determinada en buena medida por la práctica y el régimen de las normas particulares que se han encargado de la reglamentación jurídica de este contrato.

Los recursos económicos de los cuales dispone el gobierno central y sus correspondientes administraciones públicas paraestatales tienen que administrarse con eficacia, eficiencia y honradez para la satisfacción de los objetivos a los cuales se encuentren destinados a una finalidad.



Los arrendamientos, adquisiciones y enajenaciones de cualquier categoría de bienes, prestaciones de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obras que se lleven a cabo, se tienen que adjudicar o llevar a cabo mediante licitaciones públicas a través de convocatorias públicas, para que de forma libre con la finalidad de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles y en relación al precio, calidad, financiamiento, oportunidad y resto de circunstancias pertinentes se realicen.

“Cuando las licitaciones no sean adecuadas para el aseguramiento de las condiciones que se necesitan, las normas jurídicas se tienen que encargar del establecimiento de las bases, procedimientos, reglas requisitos y del resto de elementos para acreditar la economía, eficacia, imparcialidad y honradez que garantizan las mejores condiciones estatales”.¹⁹

3.1. Definición de obra pública

Por obra pública se entienden todos los trabajos que tienen por objeto construir, instalar, ampliar, conservar, mantener, reparar, remodelar, modificar y demoler bienes inmuebles con cargo a recursos del Estado, municipales o que debido a su naturaleza o por disposición legal se encuentren destinados a un servicio público o al uso común.

Obra pública es aquella en que se emplea el presupuesto público, quedando comprendidos los proyectos integrales en manos de los cuales el contratista se obliga desde el diseño de la obra hasta su total finalización.

¹⁹ Baquer Gálvez, Lorenzo Martín. *Licitación pública*. Pág. 151.



También, por obra pública se entiende aquella en que se utilice el presupuesto público, quedando comprendidas la instalación, colocación o aplicación y montaje, tomando en consideración las pruebas pertinentes de operación de bienes muebles que tienen que incorporarse, adherirse o destinarse a un inmueble, siempre y cuando esos bienes hayan sido proporcionados por el contratante al contratista o bien cuando incluyan su adquisición y su precio sea menor que el de los trabajos que se contraten.

“En las obras públicas se tiene que incluir el mantenimiento y la restauración de bienes muebles que hayan sido incorporados o adheridos a un inmueble, cuando impliquen cambios al mismo inmueble; los trabajos de exploración, geotecnia, localización y perforación que tengan por finalidad la explotación y el desarrollo de los recursos petroleros y de gas que estén en el subsuelo y la plataforma marina; los proyectos integrales en los cuales el contratista se obliga desde el mismo diseño de la obra hasta su finalización completa, tomándose en consideración la transferencia de la tecnología con la cual se cuenta”.²⁰

3.2. Elementos de las obras públicas

Los elementos de la noción de obra pública son los siguientes:

- a) Toda obra pública es creación humana: no existen obras públicas cuya existencia física sea ajena a la mano del ser humano.

²⁰ *Ibíd.* Pág. 170.



De ello que la obra pública forme parte del dominio público artificial, **excluyendo en consecuencia el concepto de obra pública a todos aquellos objetos de origen natural, o sea, cuya existencia no esté bajo la dependencia de la intervención del ser humano.**

- b) **Las obras públicas son bienes de propiedad de un ente del Estado: debido a que no se requiere de manera forzosa que el Estado sea quien los haya construido ni hecho construir por su cuenta, debido a que tiene que ocurrir que los adquiera por compra, expropiación o cualquier otro título traslativo de dominio, de un particular que los haya ejecutado por su misma cuenta y por sus propios medios, o que a su vez los haya adquirido de un tercero.**

- c) **Permisión de discrepancias: el concepto de obra pública es reservado de manera exclusiva a los inmuebles y puede tratarse consecuentemente de una cosa mueble e inmueble.**

- d) **La obra pública se tiene que encontrar referida a un fin de utilidad general: las obras públicas tienen que ser construidas para la utilidad o comodidad común, lo cual, permite su asimilación a la noción de utilidad general que ofrece parte de la doctrina.**

La indicación de qué es utilidad o comodidad común es constitutiva de un problema, que está bajo la dependencia del estudio de cada caso en concreto y no puede someterse a patrones rígidos, pero puede indicarse que nunca tiene que quedar



como una formulación abstracta, debido a que para poder afirmar la situación en la cual sirve a la comodidad común es necesaria la comprobación de que se goza de un determinado número de sujetos, individualmente considerados de la comunidad, debido a que de otra forma se tiene que correr el riesgo de la transformar el requisito de la utilidad o comodidad común en un elemento conceptual carente de rigor científico.

3.3. Contratos de obras públicas

En la actualidad una noción práctica de contrato de obra pública aparece de la aplicación de la legislación vigente y se ha ido fortaleciendo de forma considerable a través de los años.

Esa noción adolece de imperfecciones pero se tiene que hacer notar el interés público o afectación del uso público y el interés general para la caracterización de la labor de la obra pública.

No se tiene que olvidar que los juristas no tienen que hacer variar los principios científicos a cada reforma ocasional de un legislador inconstante. La subordinación renuncia a la vigencia universal de los principios jurídicos y reduce a la nada su trabajo.

También, existen antecedentes que señalan que el contrato debe contar con una finalidad pública, pero nunca se ha llegado a fundamentar concretamente una decisión en esas



circunstancias, ni de manera principal ni mucho menos accesoria, motivo por el cual, en realidad no constituyen auténticos precedentes, sino que son únicamente carentes de valor práctico y científico.

Lo indicado señala que la omisión encontrada en la noción empírica de contrato de obra pública no sea mejor ni más adecuada que la afirmación doctrinaria, pero sí que la noción señalada no responde a las necesidades y realidades de la experiencia.

La noción empírica de contrato de obra pública continúa este aspecto manteniendo su vigencia a pesar de todos los embates de la doctrina de que se le haga al objeto, por las mismas motivaciones que han existido y que se pueden tomar en cuenta como improbables de una reforma legislativa o jurisprudencial que sustituya el criterio vigente debido al principio del interés general.

Todo lo construido por la administración pública no puede considerarse obra privada, debido a que no se especifica el exclusivo interés de los particulares, sino el de la comunidad regida por la administración pública que la construye.

“Es notorio que la noción de contrato de obra pública señala que el Estado busca una finalidad pública al celebrarlo y no es sino una redundancia que se llega a presentar, no existiendo una justificación doctrinaria para la inclusión de los requisitos en la noción respectiva”.²¹

²¹ *Ibíd.* Pág. 174.



Pero, también se tiene que advertir que la finalidad pública del contrato no se encuentra en rigor con la misma finalidad pública que existe en relación a la obra pública. La distinción entre las locaciones de obras privadas y públicas se encuentra sobre la persona del comitente. Son privadas las locaciones de obra en las cuales el comitente es un particular; y públicas, son aquellas en las cuales el comitente es el Estado u otro entre del derecho público.

3.4. Objeto del contrato de obra pública

Las características del objeto del contrato de obra pública son las siguientes:

- a) Es una locación de obra: la doctrina y la jurisprudencia se han pronunciado de manera uniforme en el sentido de que se trata de una locación de obra y consiste en el mismo criterio acertado. La duda se presenta en relación a locación de servicios, debido a que los criterios propuestos establecen la distinción entre locación de servicios o de obra y son fundamentalmente tres.
- Criterio fundamentado en la subordinación o dependencia: existe en la locación de servicios y es compartido por los autores en derecho privado, no ofreciendo solución alguna que sea convincente, debido a que permite la determinación de que el contratista de obra pública se encuentre realmente bajo la dependencia de la administración y supeditado a sus órdenes y autorizaciones, lo que indica que se trata de una locación de servicios y no alcanza a que se aclare si la misma tiene que



ser de naturaleza del trabajo, o que se trate sencillamente de un contrato administrativo, en donde sea sobresaliente la subordinación jurídica del co-contratante en relación a la administración, cualquiera que sea la forma que el contrato adopte. Esa subordinación se debe únicamente a un contrato administrativo y no se trata de una locación de servicios. Por ende, este criterio tiene que ser desechado para indicar la naturaleza jurídica del contrato de obra pública.

- Criterio fundamentado en el modo de retribución: es el que aporta los motivos suficientes para considerar al presente como contrato de locación de obra y determina a la vez el contraste con la locación de servicios que se realiza a través del pago en proporción a la obra que haya sido ejecutada y no a la duración temporal del trabajo. Pero, ello no es de por sí algo decisivo, debido a que la legislación de obras públicas no exige obligatoriamente que el pago se lleve a cabo de acuerdo a la obra realizada.

- Criterio que analiza el resultado mediante la búsqueda de las partes: es el que de manera clara indica que se encuentran en consonancia la doctrina y la jurisprudencia indicando que se está frente la presencia de una locación de obra.

Efectivamente, si lo que distingue a la locación de servicios es la locación de obra, puede anotarse que los contratantes persiguen el trabajo mismo de la actividad del co-contratante con independencia del resultado y que la obra resultante de ese



trabajo es el producto terminado y fundamentado en el efecto del servicio o del trabajo de locación de obra.

“En el contrato de obra pública el resultado buscado por las partes es el producto terminado y la obra resultante del trabajo del contratista, y por ende el mismo consiste en una locación de obra”.²²

- b) Puede hacer referencia a inmuebles, muebles u objetos incorporeales: después de establecer la existencia de una locación de obra, se presenta el problema de la determinación de que si la misma es la solución del derecho civil, o si en cambio tiene que referirse de manera exclusiva a la construcción y reparación de un inmueble de acuerdo a la solución doctrinaria.

El asunto se encuentra lejos de ser meramente teórico, y puede inclusive señalarse que es constitutiva de uno de los puntos álgidos de la práctica guatemalteca en materia de contratación administrativa.

Efectivamente, en el contrato de obra pública es solamente la locación la referida a bienes inmuebles, resultando numerosos los contratos celebrados por el Estado para la construcción de objetos muebles como los contratos de suministros regidos por la legislación de contabilidad y el reglamento de compraventas del Estado y no por la ley de obras públicas a pesar de ser locaciones de obras.

²² Carames Delgado, José Ramón. **Contratistas de obras públicas**. Pág. 18.



Lo indicado, es de importancia debido a que el contrato de suministros no es de aplicación al reajuste de los precios, y los precios pactados son invariables no importando el aumento de los costos que se produce con posterioridad a la oferta, mientras que en el contrato de obras públicas y sus reglamentaciones, se resarce al contratista por los mayores costos que se produzcan en los materiales y mano de obra con posterioridad a la licitación. De ello, deriva que la caracterización del contrato de suministro u obra pública tenga trascendencia práctica.

La decisión de la controversia no puede de manera alguna dar la magnitud económica de la obra, teniéndose que señalar que la obra pública puede ser tan importante o más aún sobre los muebles que sobre los inmuebles no aportándose argumento alguno de valor.

El derecho civil es aplicable a la legislación de obras públicas y al mismo le es correspondiente recurrir para la resolución del asunto. Ello, debido a que el derecho en mención considera que el contrato de locación de obra puede versar sobre bienes inmuebles, muebles y objetos incorporales. Es importante indicar que el contrato de obras públicas es referente exclusivamente a inmuebles y un contrato que tenga por objeto la construcción de muebles es un contrato de suministro.

- c) Contratos de obra pública por accesoriedad: un contrato que haya sido celebrado entre la administración y un particular puede serlo de obra pública, ya sea por su naturaleza o por accesoriedad a una obra pública.



La doctrina se encuentra elaborada por la jurisprudencia y los juristas, de conformidad con la cual se considera también contratos de obra pública o que tienen algún elemento, aun en sentido amplio, de obra pública.

La admisión de este principio consiste en una firme práctica administrativa y ha sido también recogido alguna vez en la jurisprudencia. Su principal concreción normativa se encuentra en la disposición de que los contratos de suministros y compraventa de objetos destinados a obras públicas son alcanzados por el carácter y concepto de las mismas, en el sentido de que también se rigen por la legislación de obras públicas; o en otras palabras, que tienen igual régimen jurídico de los contratos de obras públicas.

La norma es oscura y su interpretación surge de los mencionados contratos de compraventa y suministros. Si el objeto del contrato, que conceptualmente sería un suministro, se transmuta por efecto de esa norma en una obra pública, es claro que todo régimen jurídico aplicable es el de obras públicas. Los elementos adquiridos tienen que encontrarse destinados a las construcciones, trabajos y servicios de industria enunciados precedentemente, hasta su habilitación integral.

3.5. Sujetos del contrato de obra pública

Son los siguientes:



- a) **Administración nacional:** al ser la administración nacional la que contrata, siempre se tienen que utilizar necesariamente los fondos del tesoro nacional, aunque un particular o un organismo internacional done los fondos para alguna obra que ejecuta el Estado, siempre esos fondos se tienen que confundir con el tesoro nacional, inclusive aunque integren alguna cuenta diferenciada, el simple hecho de que la administración intervenga implica a su vez, el empleo de fondos públicos.

La Nación no contrata por sí misma, sino por cuenta de un tercero y su responsabilidad no se encuentra comprometida, encontrándose el empleo de sus funcionarios especialmente remunerados. En esas circunstancias el contrato no es de obra pública nacional y conjuga armónicamente la noción de tesoro nacional y de Estado nacional, debido a que no se logra financiar la obra con parte del tesoro nacional, ni se compromete a éste de otra forma.

- b) **Entes descentralizados:** los cuales se clasifican en entes autárquicos, empresas estatales y sociedades de Estado.

- **Entes autárquicos:** son aquellos en donde quien contrata es un ente autárquico de la administración nacional, utilizando fondos pertenecientes a su patrimonio neto, pudiendo entenderse que ellos no integran el tesoro nacional, pero es notorio que lo indicado no sucede, debido a la afectación legal de los recursos de dan origen al patrimonio de la Nación, sean los mismos con fondos propios o con fuentes de recursos pertenecientes al tesoro nacional.



En ese sentido, los contratos de locación de obra que hayan sido celebrados por una entidad autárquica nacional no pueden negarse cuando los fondos que la sociedad de beneficencia administra, o sean con la autonomía propia de una persona jurídica e integran el tesoro de la Nación, como lo comprueba el hecho de que dicha sociedad se encuentra bajo el sometimiento de todas las disposiciones legales y obligaciones emergentes de la legislación de contabilidad y tiene que rendirse cuentas de su gestión a la Contraloría General de Cuentas.

“Toda entidad descentralizada del Estado cuyos fondos hayan surgido de una afectación legal de recursos realizada por la Nación, o que de cualquier manera se encuentre sometida a la ley de contabilidad y tenga que rendir cuentas a la Nación del uso de sus fondos a través de su fiscalización, tiene que considerarse a los efectos de la legislación como parte del tesoro nacional, motivo por el cual los contratos de locación de obra que lleven a cabo tienen que ser contratos de obra pública”.²³

- Empresas del Estado: en relación a las mismas, cabe indicar que todas las obras públicas que hayan sido ejecutadas por el Estado, sea por sus dependencias centralizadas o por las descentralizadas o autárquicas, se encuentran comprendidas en la legislación. Ello, como principio general que únicamente puede ser objeto de excepción a través de una norma expresa que disponga la exclusión. Los estatutos específicos de cada empresa y las reglamentaciones pertinentes.

²³ *Ibíd.* Pág. 28.



- **Sociedades del Estado:** en relación a las sociedades del Estado o a las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria en las cuales no haya participación privada las mismas leyes regulan estas sociedades. Sin embargo, puede ocurrir y de hecho ocurre con frecuencia que esas sociedades al contratar la elaboración de complejos regímenes de contratación, en un todo semejantes a los que rigen a la administración pública, e incorporan así a sus contratos a todo un régimen de cláusulas exorbitantes al derecho privado, pasan a ser contratos administrativos y consecuentemente contratos de obra pública.

- c) **Entes estatales y provinciales:** en relación a las obras llevadas a cabo por particulares, por entidades públicas no estatales o por entes provinciales o interprovinciales, con fondos que les hayan sido suministrados por la Nación como ayuda gratuita al efecto de llevar a cabo la obra de que se trate, es notorio que esos fondos constituyen subsidios, y son consecuencia de la exclusión que de ellos realiza la ley.

3.6. Licitación pública

Es el procedimiento a través del cual la entidad o dependencia encargada de la realización de la obra a la cual se esté haciendo referencia, adjudica los contratos e incluye las siguientes etapas: la convocatoria, la inscripción de las empresas interesadas, la de los contratistas para cada caso de conformidad con el padrón de contratistas respectivo, la presentación de proposiciones, el fallo y en su caso, la firma del contrato.



Este procedimiento se inicia con la publicación de la convocatoria, la cual puede ser referente a una o más obras públicas o servicios que estén relacionados con la misma y tiene que contener: el nombre, denominación o razón social del organismo convocante; la forma en que los licitantes tienen que acreditar su existencia legal, actividad y objeto social, así como la personalidad de sus representantes, la experiencia y capacidad técnica y financiera que se requiera para participar en la licitación, de conformidad con las características, complejidad y magnitud de los trabajos, siendo la capacidad financiera la que tiene que acreditar a través de las declaraciones fiscales del último año o las provisionales que corresponda; la indicación de los lugares, fechas y horarios en los que los interesados pueden obtener los fundamentos de la licitación y en su caso, el costo y forma de pago de las mismas cuando las bases impliquen un costo, el último tiene que ser fijado únicamente en razón de la recuperación de las erogaciones por publicación de la convocatoria y de la reproducción de los documentos que se entreguen, siendo los interesados quienes pueden llevar a cabo su revisión previo pago, lo cual es un requisito necesario para participar en la licitación; fecha, hora y lugar de la celebración del acto de presentación y apertura de las proposiciones y de la visita al sitio de realización de los trabajos, así como también la indicación de las propuestas que pueden presentarse a través de medios de comunicación; la indicación de que ninguna de las condiciones que se encuentran contenidas en las bases de licitación, así como de las proposiciones presentadas por los licitantes pueden ser negociadas; la descripción general de la obra pública o del servicios y el lugar en el cual se tienen que llevar a cabo los trabajos, así como en su caso la indicación de las partes de los mismos que pueden subcontratarse; el plazo de ejecución de los trabajos determinados en días naturales, indicando la fecha



estimada de comienzo y terminación; la información sobre los porcentajes de anticipos; la indicación de los sujetos que pueden tener participación; la indicación de que las bases no serán vendidas a empresas impedidas o inhabilitadas y los demás requisitos generales que tienen que cumplir los interesados tomando en consideración las características, complejidad y magnitud de los trabajos.

Además, tiene que publicarse en el Diario Oficial, en el periódico de mayor circulación estatal y a través de medio electrónicos. Es esencial la emisión de los fundamentos para las licitaciones públicas que se lleguen a realizar, las que se tienen que poner a disposición de los interesados, tanto en el domicilio señalado por el convocante, como también en los medios de difusión electrónica que se presenten, a partir de la publicación de la convocatoria, previo al acto de presentación y de apertura de posturas, siendo responsabilidad exclusiva de los interesados su adquisición oportuna el período correspondiente.

“Todo interesado que satisfaga los términos de la convocatoria de que se trate, tiene derecho a participar en el procedimiento de licitación presentando sus proposiciones. También, previo al acto de presentación y apertura de las proposiciones se tiene que llevar a cabo el registro de los participantes, así como la revisión de la documentación de las propuestas técnicas y económicas, para que una vez recibidas las proposiciones se tiene que proceder a la apertura formal de la propuesta técnica procediendo al desecho de las que se hayan omitido en alguno de los requisitos exigidos”.²⁴

²⁴ Medina Casado, Marta Alicia. **Procedimientos de licitaciones públicas**. Pág. 22.



Únicamente en caso necesario por razón del número, características, complejidad o cualquier otra motivación distinta, se puede señalar nueva fecha y hora en que se le dará apertura a las propuestas económicas, debiéndose en todo caso, levantar acta circunstanciada en la que se tiene que hacer la relación de las propuestas técnicas debidamente aceptadas para su análisis, así como las que hubieren sido desechadas y las motivaciones respectivas, quedando a disposición de los licitantes y de los asistentes.

Cuando en el mismo acto las condiciones lo permitan, se tiene que proceder a la realización del estudio de las propuestas técnicas aceptadas, debiendo darse a conocer el resultado a los licitantes. Luego de ese acto, se tiene que proceder a la apertura de las propuestas económicas de los licitantes cuyas propuestas técnicas no hubieren sido desechadas, y se tiene que dar la respectiva lectura al importe total de cada una de las propuestas que cubran los requisitos que se exigen, dándose a conocer de forma pública el fallo de la licitación en el mismo acto.

En caso de que se difiera el fallo se tiene que señalar la fecha en la que éste se comunicará, siempre y cuando no exceda del término señalado contándose para el efecto a partir del acto de apertura de las propuestas económicas.

En el acto que se tiene que levantar y hacer constar las propuestas económicas que hayan sido aceptadas para su estudio, al igual que las que hubieren sido desechadas y las motivaciones respectivas, así como el resto de circunstancias que resulten. El acta tiene que ser firmada por los asistentes.

CAPÍTULO IV



4. La importancia de la Contraloría General de Cuentas para la fiscalización de contratistas de obras públicas y de administradores de fondos públicos en Guatemala

La Contraloría General de Cuentas es el ente técnico rector de la fiscalización y del control gubernamental, y tiene como finalidad fundamental la dirección y ejecución con eficiencia, oportunidad, diligencia y eficacia las acciones de control externo y financiero gubernamental, así como velar por la transparencia de la gestión de las entidades estatales o que manejan fondos públicos, la promoción de valores éticos y la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, el control y aseguramiento de la calidad del gasto público, así como también la probidad en la administración pública.

4.1. Contratistas de obras públicas

Un contratista es la persona o empresa que es contratada por otra organización o particular para la construcción de un edificio, carretera, instalación o algún trabajo que sea especial. Esos trabajos pueden ser representativos de la totalidad de la obra, o bien de parte de ella, divididas de conformidad con su especialidad, territorialidad, horario y otras motivaciones.

“El término con el cual se designa al contratista hace mención al contrato que lleva a cabo con el promotor o cliente para las obras, de conformidad con los documentos que se tengan



del contrato, que por lo general abarcan un catálogo de conceptos, las condiciones generales y especiales, los planos y las especificaciones del proyecto preparadas para el proyectista".²⁵

Los mismos son los responsables de proporcionar todos los materiales, el equipo y la mano de obra necesaria para la construcción del proyecto, aunque dado el caso pueda proporcionarse solamente el recurso humano. Para lo indicado, es común que el contratista se tenga que apoyar en otras personas u organizaciones para que se lleven a cabo determinados tipos de trabajos especializados y a los mismos se les denomina subcontratistas y a él, contratista general.

4.2. Los fondos públicos

En la antigüedad fue una de las nociones que se tomaban en consideración esenciales en materia de finanzas públicas. La conceptualización de fondos públicos ha experimentado en derecho positivo una decadencia paralela a la del servicio público, que es provocada por la dificultad creciente que existe de la determinación de sus límites.

En la actualidad el legislador evita de manera sistemática hacer uso de ella, pero la noción conserva determinado interés en la jurisprudencia financiera y en la doctrina, habiéndose podido ordenar de manera reciente una presentación generalizada de las finanzas públicas, haciendo la distinción de una noción legal que sea referente a los fondos

²⁵ Toledo Castillo, Tomás Francisco. **Contratistas y la administración pública**. Pág. 126.



pertenecientes o encomendados a los organismos públicos. También, tienen relación con una noción política correspondiente a los fondos empleados por un organismo de naturaleza jurídica de cualquiera dentro del marco de una misión de servicio público.

4.3. Importancia de la Contraloría General de Cuentas para la fiscalización de contratistas de obras públicas y de administradores de fondos públicos

La Contraloría General de Cuentas es la institución que tiene a su cargo un régimen de control y fiscalización del cual nace la misma y tiene delegadas funciones fiscalizadoras de los ingresos y egresos de todo interés hacendario de los organismos del Estado, municipios, entidades descentralizadas y autónomas, así como de cualquier persona que reciba fondos del Estado o que lleve a cabo colectas públicas.

También se le confiere la autoridad de fiscalización respectiva frente a los contratistas de obras públicas y de todos aquellos administradores de fondos públicos en la sociedad guatemalteca.

La Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas Decreto 31-2002 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 1: "Naturaleza jurídica y objetivo fundamental. La Contraloría General de Cuentas es una institución pública, técnica y descentralizada. De conformidad con esta Ley, goza de independencia funcional, técnica, presupuestaria, financiera y administrativa, con capacidad para establecer delegaciones en cualquier lugar de la República.



La Contraloría General de Cuentas es el ente técnico rector de la fiscalización y el control gubernamental, y tiene como objetivo fundamental dirigir y ejecutar con eficiencia, oportunidad, diligencia y eficacia las acciones de control externo y financiero gubernamental, así como velar por la transparencia de la gestión de las entidades del Estado o que manejen fondos públicos, la promoción de valores éticos y la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, el control y aseguramiento de la calidad del gasto público y la probidad en la administración pública”.

Le corresponde a la Contraloría General de Cuentas la función fiscalizadora y de control gubernamental en forma externa de los activos y pasivos, derechos, ingresos, egresos y en general todo interés hacendario de los Organismos del Estado, entidades autónomas y descentralizadas, las municipalidades y sus empresas, fideicomisos constituidos con fondos públicos, consejos de desarrollo, instituciones o entidades públicas que por delegación del Estado presten servicios, instituciones que integran el sector público no financiero, de toda persona, entidad o institución que reciba fondos del Estado o haga colectas públicas y de empresas no financieras en cuyo capital participe el Estado, bajo cualquier denominación así como las empresas en que éstas tengan participación.

También están sujetos a esta fiscalización y control externo los contratistas de obras públicas, organizaciones no gubernamentales, asociaciones, fundaciones, patronatos, comités, organismos regionales e internacionales, fideicomisos y cualquier persona individual o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, que por delegación de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas Estado reciba, invierta o administre fondos



públicos, incluyendo donaciones recibidas y ejecutadas por el Estado, en lo que se refiere al manejo de estos fondos.

La función técnica rectora de la fiscalización y control de las entidades sujetas a su fiscalización la realizará la Contraloría General de Cuentas independientemente que dentro de la institución o entidad fiscalizada exista algún órgano o dependencia que tenga bajo su responsabilidad la fiscalización interna de sus operaciones, aunque dichas funciones estén contenidas en Ley o en sus reglamentos internos. Se exceptúan las entidades del sector público sujetas por ley a otras instancias de fiscalización externa.

El Artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas Decreto 31-2002 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Objetivos. La Contraloría General de Cuentas, a través del control gubernamental, y dentro de su campo de competencia, tiene los objetivos siguientes:

- a) Determinar si la gestión institucional de los entes o personas a que se refiere el Artículo anterior, se realiza bajo criterios de probidad, eficacia, eficiencia, transparencia, economía y equidad;
- b) Apoyar el diseño e implantación de mecanismos de participación ciudadana para el fortalecimiento de la transparencia, probidad y credibilidad de la gestión pública y del proceso de rendición de cuentas, como medios de lucha contra la corrupción, el peculado, el tráfico de influencias, la malversación de fondos y el desvío de recursos;
- c) Promover y vigilar la responsabilidad de los servidores públicos para que puedan rendir cuentas públicamente, de manera amplia y oportuna, tanto de la regularidad



en el manejo de los bienes y recursos, como de los resultados cualitativos y cuantitativos obtenidos en su gestión;

- d) Promover el intercambio de información, a través de los informes y recomendaciones de auditoría, para la actualización, modernización y mantenimiento de los sistemas, en especial del integrado de administración financiera, así como de los procedimientos operativos y de control;
- e) Promover procesos de capacitación para funcionarios públicos responsables de la administración, ejecución o supervisión del patrimonio hacendario del Estado,
- f) Promover la modernización de la auditoría interna y externa gubernamentales, para garantizar un mejor servicio a las instituciones públicas, con el fin de mantener actualizados los procesos y sistemas operativos y de control;
- g) Contribuir al fortalecimiento de la capacidad gerencial del Estado para ejecutar con eficacia y eficiencia las decisiones y políticas del gobierno.
- h) Velar por la probidad, transparencia y honestidad de la administración pública; e,
- i) Promover y vigilar la calidad del gasto público”.

El Artículo 4 de la Ley Orgánica de la Contraloría de Cuentas Decreto 31-2002 del Congreso de la República de Guatemala señala: “Atribuciones. La Contraloría General de Cuentas tiene las atribuciones siguientes:

- a) Ser el órgano rector de control gubernamental. Las disposiciones, políticas y procedimientos que dicte en el ámbito de su competencia, son de observancia y cumplimiento obligatorio para los organismos, instituciones, entidades y demás personas a que se refiere el Artículo 2 de la presente Ley;



- b) Efectuar el examen de operaciones y transacciones financieras-administrativas a través de la práctica de auditorías con enfoque integral a los organismos, instituciones, entidades y demás personas a que se refiere el Artículo 2 de esta Ley, emitiendo el informe sobre lo examinado de acuerdo con las normas de auditoría generalmente aceptadas y de auditoría gubernamental vigentes;
- c) Normar el control interno institucional y la gestión de las unidades de auditoría interna, proponiendo las medidas que contribuyan a mejorar la eficiencia y eficacia de las mismas, incluyendo las características que deben reunir los integrantes de dichas unidades;
- d) Evaluar los resultados de la gestión de los organismos, instituciones, entidades y personas a que se refiere el Artículo 2 de la presente Ley, bajo los criterios de probidad, eficacia, eficiencia, transparencia, economía y equidad;
- e) Auditar, emitir dictamen y rendir informe de los estados financieros, ejecución y liquidación del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado, y los de las entidades autónomas y descentralizadas, enviando los informes correspondientes al Congreso de la República, dentro del plazo constitucional;
- f) Promover de oficio y ser parte actora de los juicios de cuentas en contra de los funcionarios y empleados públicos, representantes legales de Organizaciones No Gubernamentales, representantes legales de fideicomisos constituidos con fondos públicos, contratistas y cualquier persona que maneje fondos públicos;
- g) Requerir a la autoridad nominadora, la suspensión en forma inmediata del funcionario o empleado público encargado de la custodia, manejo y administración de los valores públicos, cuando se hubieren detectado hechos presuntamente




constitutivos de delito, vinculados con sus atribuciones y, además, denunciarlos ante las autoridades competentes;

- h) Nombrar interventores en los asuntos de su competencia, de carácter temporal, en los organismos, instituciones o entidades sujetas a control, cuando se compruebe que se está comprometiendo su estabilidad económica-financiera;
- i) Autorizar los formularios, sean estos impresos o en medios informáticos, destinados a la recepción de fondos y egresos de bienes muebles y suministros, a excepción de aquellos referentes a los aspectos administrativos de las entidades a que se refiere el Artículo 2 de esta ley, así como controlar y fiscalizar su manejo;
- j) Examinar la contabilidad de los contratistas de obras públicas y de cualquier persona individual o jurídica que, por delegación del Estado, reciba, invierta o administre fondos públicos, así como en aquellas en que el Estado delegue la administración, ejecución o supervisión de obras o servicios públicos, en lo relacionado con fondos del Estado;
- k) Autorizar y verificar la correcta utilización de las hojas movibles, libros principales y auxiliares que se operen en forma manual, electrónica o por otros medios legalmente autorizados de las entidades sujetas a fiscalización;
- l) Cuando las circunstancias lo demanden y, de manera exclusiva, calificar y contratar Contadores Públicos y Auditores Independientes, que sean Colegiados Activos en forma individual o como Firmas de Auditoría, para realizar auditorías en los organismo, entidades y personas a que se refiere el Artículo 2 de la presente Ley, quedando sujetas éstas a la supervisión de la Contraloría General de cuentas;



- m) Promover la eficiencia profesional de los auditores gubernamentales, a través de un plan de capacitación y actualización continua;
- n) Promover mecanismos de lucha contra la corrupción;
- ñ) Verificar la veracidad de la información contenida en las declaraciones de probidad presentadas por los funcionarios y empleados públicos, de conformidad con la ley de la materia y la presente Ley;
- o) De acuerdo con las características de las entidades sujetas a examen, la Contraloría General de Cuentas podrá contratar especialistas de otras disciplinas profesionales para que participen en las auditorías, debiendo estos emitir un Dictamen Técnico de acuerdo con su especialidad;
- p) Ejercer control de las emisiones de las especies postales, fiscales, de bonos, cupones y otros documentos o títulos de la deuda pública emitidos por el Estado o del municipio, billetes de lotería nacional o cualesquiera otros documentos o valores que determine la ley,
- q) Controlar la incineración o destrucción de cédulas, bonos, cupones y cualesquiera otros documentos o títulos de crédito del Estado o del municipio y demás instituciones sujetas a su fiscalización;
- r) Emitir opinión o dictámenes sobre asuntos de su competencia que le sean requeridos por los Organismos del Estado o entidades sujetas a fiscalización, Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas
- s) Coadyuvar con el Ministerio Público en la investigación de los delitos en contra de la hacienda pública;

- 
- t) Promover un programa de digitalización de documentos y expedientes de las entidades sujetas a fiscalización;
- u) Informar, publicitar, divulgar y educar sobre el contenido de la presente Ley; y,
- v) Fiscalizar físicamente las obras públicas y de infraestructura en cualquier etapa del proceso, verificando, auditando y evaluando la calidad de las mismas y el cumplimiento de las especificaciones técnicas contenidas en los términos de referencia;
- w) Fiscalizar si los sujetos a los que se refiere el Artículo 2 de la presente Ley llevan a cabo los registros financieros, legales, contables, de inversión pública y otros que por ley les corresponde, así como verificar, auditar y evaluar si realizan los reportes e informes que les corresponda en cumplimiento con lo que establece la Ley Orgánica del Presupuesto, la Ley de Contrataciones del Estado y la Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el ejercicio fiscal correspondiente;
- x) Requerir la digitalización de documentos y expedientes a los organismos, entidades y personas sujetas a fiscalización a que se refiere el Artículo 2 de la presente Ley; asimismo requerirles la implementación y uso obligatorio de todos los sistemas informáticos de rendición de cuentas, ejecución presupuestaria, contabilidad y cualesquiera otros implementados por el ente rector en materia presupuestaria, que fueren necesarios para garantizar la transparencia y calidad del gasto público;
- y) Establecer su régimen de administración de recursos humanos; plan de clasificación de puestos y salarios, selección y contratación de personal, y demás aspectos relacionados con la administración del recurso humano;



- z) **Requerir solvencia a cualquier persona natural o jurídica que por contrato o convenio que administre, ejecute o reciba por cualquier medio fondos públicos extendida por la Contraloría General de Cuentas; y**
- aa) **Cualquier otra atribución que se le delegue en ésta y otras leyes”.**

La Ley de Contrataciones del Estado Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 54: “Transparencia en el uso de fondos públicos y otros contratos. Las organizaciones no gubernamentales, asociaciones, fundaciones, patronatos, cooperativas, comités, organismos regionales e internacionales, fideicomisos y toda entidad privada o mixta, nacional o extranjera que reciba y/o administre fondos públicos, deben publicar y gestionar en GUATECOMPRAS, las compras, contrataciones y adquisiciones que realicen, cuando superen el monto de la compra directa establecido en esta Ley, publicando para el efecto, como mínimo, la siguiente documentación: bases o términos de referencia, especificaciones técnicas, criterios de evaluación, preguntas, respuestas, listado de oferentes, actas de adjudicación y contratos. Asimismo, deben utilizar procedimientos de adquisición competitivos y evaluar las ofertas con criterios imparciales y públicos.

La Contraloría General de Cuentas debe fiscalizar la negociación y todos los contratos que se suscriban en aplicación de este artículo, los cuales para su validez y ejecución deben registrarse en el Registro de Contratos de dicha Contraloría. Si en la fiscalización se detectaren anomalías, la Contraloría General de Cuentas deberá denunciar a los órganos respectivos, según la materia de que se trate, después de agotado el procedimiento administrativo que corresponda.



Cuando se trate de compra directa se observará lo establecido en el Artículo 43 de esta Ley.

En los contratos y convenios que celebren las entidades reguladas en esta Ley, que no provengan de procedimientos que determina la misma, se aplicarán las normas del derecho común, debiendo publicar y gestionar en GUATECOMPRAS la negociación y contrato respectivo. El reglamento de esta ley establecerá las condiciones relacionadas con esta materia”.

La Contraloría General de Cuentas norma lo relativo a las actividades técnicas que ejercen las unidades de auditoría interna de los organismos, instituciones y entidades del Estado. Además, para ejercer el control externo posterior o concurrente, diseña e implementa un sistema de auditoría gubernamental que, con un enfoque de auditoría integral, examina y evalúa las actividades administrativas financieras y de gestión de los organismos, entidades y personas, cuyos alcances, normas y procedimientos se establecen en la ley.

De acuerdo a la Constitución Política de la República de Guatemala la Contraloría General de Cuentas es una institución técnica descentralizada, con funciones fiscalizadoras de los ingresos y egresos y, en general, de cualquier interés hacendario de los organismos del Estado, los municipios, las entidades descentralizadas y autónomas, de cualquier persona que reciba fondos del Estado o que haga colectas públicas y de los contratistas de obras públicas y de cualquier otra persona que por delegación del Estado invierta o administre fondos públicos. La misma, es la institución que tiene a su cargo un régimen de control y fiscalización del cual nace la misma y tiene delegadas funciones fiscalizadoras de los



ingresos y egresos de todo interés hacendario de los organismos del Estado, municipios, entidades descentralizadas y autónomas, así como de cualquier persona que reciba fondos del Estado o que lleve a cabo colectas públicas y también se le tiene que conferir la autoridad de fiscalización frente a los contratistas y administradores de fondos públicos en la sociedad guatemalteca.

La inexistencia de fiscalización preventiva no únicamente ha tenido una repercusión en el erario nacional, sino a la vez ha producido efectos negativos en los contratistas del Estado, quienes habiendo cumplido con su parte contractual luego tienen imposibilidad de cobrar debido al procedimiento burocrático se encuentra algún vicio formal no imputable a éstos, que es indicado por la Contraloría General de Cuentas, con el fin de evitar reparos y multas de carácter personal, siendo los funcionarios quienes tienen a su cargo obligar a los contratistas a la obtención de una resolución judicial que ordene que se lleve a cabo el pago, haciendo todos los procedimientos poco atractivos y de mucho riesgo.

Fue desarrollado un tema jurídico de gran importancia para la ciudadanía guatemalteca, estudiantes de derecho y profesionales, que mostró que la Contraloría General de Cuentas es la institución que tiene a su cargo controlar y fiscalizar a los contratistas del Estado y a todas aquellas personas que administren fondos públicos del Estado.





CONCLUSIÓN DISCURSIVA

La Contraloría General de Cuentas es la encargada de la fiscalización de los contratistas de obras públicas y de los administradores de fondos públicos, así como de la ejecución de sus funciones con competencia e imparcialidad, y en la ejecución de sus actividades es la que tiene a su mando que se garanticen elevados estándares de profesionalismo en apego a los principios éticos y morales, para que se mejore todo el proceso de fiscalización, planeando adecuadamente acciones y estableciendo procedimiento mayormente ágiles en los sistemas de fiscalización con el apoyo de auditorías internas, reglamentándose de manera adecuada la rendición de cuentas.

Las adecuadas prácticas de control son referentes a utilizar de manera honesta los recursos públicos, privilegiando para el efecto la transparencia en la función pública, promoviendo la calidad en todas las actividades del gobierno, procurando un mejoramiento regulatorio continuo y llevando a cabo las labores públicas con eficacia y economía, teniendo en consideración siempre la satisfacción del ciudadano, así como la competencia de los servidores públicos y la calidad de los bienes que produce el sector público.

Lo que se recomienda con la tesis es asegurar la función fiscalizadora y de control de la Contraloría General de Cuentas, en lo referente a un control estricto de las acciones y compras de los contratistas de obras públicas y de los encargados de la administración de fondos públicos, debido a que actualmente se han confrontado serios obstáculos de transparencia jurídica.





BIBLIOGRAFÍA

BAQUER GÁLVEZ, Lorenzo Martín. **Licitación pública**. 2ª. ed. Madrid, España: Ed. Conceptos Jurídicos, 2001.

BELTRÁN CALIZ, Jesús Rafael. **Contratos de obras públicas**. 4ª. ed. Madrid, España: Ed. Retos, 2010.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. 5ª. ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L., 1989.

CHÁVEZ GARCÍA, José Ramón. **Gestión pública**. 2ª. ed. Madrid, España: Ed. Ariel, 2005.

CARAMES DELGADO, Joel Danilo. **Contratistas de obras públicas**. 3ª. ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Nacional, 1999.

FERNÁNDEZ EZCURRA, Miguel Eudilio. **Órganos de la administración pública**. 3ª. ed. Bogotá, Colombia: Ed. Modernidades, 1992.

LINDE PANIAGUA, Enrique Ramón. **Función administrativa**. 3ª. ed. Guatemala: Ed. Piedra Santa, 2007.

MARTÍN REBOLLO, Luis Eduardo. **Recursos públicos**. 5ª. ed. Madrid, España: Ed. Aranzadi, 1990.

MEDINA CASADO, Marta Alicia. **Procedimientos de licitaciones públicas**. 4ª. ed. Madrid, España: Ed. Sumpar, 2001.

MORENO PÉREZ, Cristell Mariana. **Contratación administrativa**. 3ª. ed. San José, Costa Rica: Ed. Lunares, 1991.

MUÑOZ MACHADO, Santiago Adolfo. **Fundamentos jurídicos de los contratos**. 3ª. ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Davar, 2001.



PAREJO ÁLVAREZ, Edgar Luciano. **Control y fiscalización.** 4ª. ed. Valencia, España: Ed. Tirant lo Blanch, 2001.

RIVERO ORTEGA, Diego Ricardo. **Documentación y transparencia.** 2ª. ed. Lima, Perú: Ed. Pintores, 1992.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro Pablo. **Administración pública y contrataciones.** 3ª. ed. Barcelona, España: Ed. Ariel, 2001.

SALVADOR CARRILLO, Josué Victoriano. **Obras públicas.** 3ª. ed. Barcelona, España: Ed. Judicial, 2009.

SANTAMARÍA PASTOR, Jorge Antonio. **Entidades fiscalizadoras.** 3ª. ed. México, D.F. Costa Rica: Ed. Iustel, 1988.

SUBIRANA DE LA CRUZ, María Antonieta. **Los contratos administrativos.** 4ª. ed. México, D.F.: Ed: Corrales, 1993.

TOLEDO CASTILLO, Tomás Francisco. **Contratistas y la administración pública.** 3ª. ed. Barcelona, España: Ed. Apuntes Jurídicos, S.A., 1998.

VERDAGUER LÓPEZ, Jordi Esteban. **Naturaleza contractual.** 2ª. ed. Madrid, España: Ed. Tecnos, 2011.

Legislación:

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

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

Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas. Decreto número 31-2002 del Congreso de la República de Guatemala, 2002.