

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

**PROPUESTA PARA EL CONTROL DE LA EFICIENCIA
Y EFICACIA DE LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA**

MARLON ALEXANDER ARÉVALO ALVIZURES

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2006

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

**PROPUESTA PARA EL CONTROL DE LA EFICIENCIA
Y EFICACIA DE LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MARLON ALEXANDER ARÉVALO ALVIZURES

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, noviembre de 2006.

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana.
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López.
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla.
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez.
VOCAL IV: Br. José Domingo Rodríguez Marroquín.
VOCAL V: Br. Edgar Alfredo Valdez López.
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana.

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. José Luis De León Melgar.
Vocal: Lic. Luis Efraín Guzmán Morales.
Secretaria: Licda. Rosa María Ramírez Soto.

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Menfil Osberto Fuentes Pérez.
Vocal: Lic. Rafael Morales Solares.
Secretario: Lic. Ronaldo Amílcar Sandoval.

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 la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

BUFETE JURIDICO
LICDA. ROSA ORELLANA DE RAMIREZ
ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, 7 de julio de 2006.

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



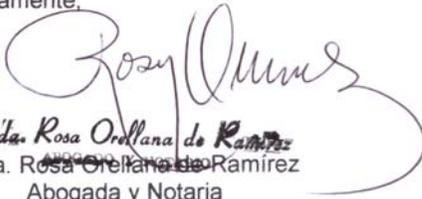
Estimado Licenciado:

Respetuosamente me dirijo a usted, con el objeto de manifestarle que en cumplimiento de la resolución emitida por esa unidad, procedí a ASESORAR el trabajo de tesis del estudiante MARLON ALEXANDER ARÉVALO ALVIZURES, intitulado "PROPUESTA PARA EL CONTROL DE LA EFICIENCIA Y EFICACIA DE LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA", expediente No. 268-06.

Para el efecto me permito manifestar que el sustentante siguió todas las recomendaciones e instrucciones giradas en torno al trabajo de tesis y realizó todas las modificaciones y correcciones sugeridas. Por lo cual, emito el correspondiente dictamen Favorable, informándole que en el trabajo de tesis se utiliza apropiadamente la metodología y técnicas de investigación. Logrando un contenido científico y técnico adecuado. Se cumplen con los requisitos establecidos en el Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala; y también se cumplen con los requisitos establecidos para la redacción del trabajo de tesis, y formatos de índice, introducción, y bibliografía establecidos en el Instructivo General para la Elaboración y Presentación de Tesis.

Sin otro particular me suscribo de usted, con muestras de mi consideración y respeto.

Atentamente,


~~Licda. Rosa Orellana de Ramirez~~
Licda. Rosa Orellana de Ramirez
Abogada y Notaria
Colegiado: 3778

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, C.A.



UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veinticuatro de julio de dos mil seis.

Atentamente, pase al (a) **LICENCIADO (A) VICENTE OLAYO GUZMÁN ALVARADO**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (a) estudiante **MARLON ALEXANDER ARÉVALO ALVIZURES**, Intitulado: **"PROPUESTA PARA EL CONTROL DE LA EFICIENCIA Y EFICACIA DE LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA"**.

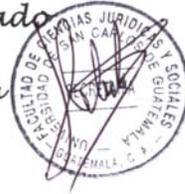
Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.


LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORIA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MTCL/slh

Licenciado Vicente Olayo Guzmán Alvarado
Abogado y Notario
14 calle 10-72 zona 1, Ciudad de Guatemala
Teléfonos: 2220-7165, 2230-4054



Guatemala, 03 de agosto 2006

Licenciado Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Respetuosamente me dirijo a usted, en cumplimiento de la resolución emitida por ese Decanato, dentro del expediente 268-06, a través de la cual fui nombrado REVISOR DE TESIS del Bachiller MARLON ALEXANDER ARÉVALO ALVIZURES, quien desarrolló el trabajo de tesis denominado: "PROPUESTA PARA EL CONTROL DE LA EFICIENCIA Y EFICACIA DE LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA"; el cual he procedido a examinar profunda y minuciosamente, lo cual me ha llevado a concluir que, a mi criterio, fue elaborado en forma técnica fundamentándose correctamente en ley y en doctrina tanto como el tema lo requiere; en consecuencia, considero que la tarea de investigación y documentación ha sido adecuada y apropiada para el fin que persigue.

Al respecto, emito el correspondiente dictamen favorable, informándole así que el trabajo de tesis mencionado inicialmente reúne todos los requisitos que exige el reglamento de Exámenes Técnico Profesional y Público de Tesis; razón por la cual es procedente que éste continúe con el trámite de rigor hasta que sea sometido a discusión en el respectivo Examen Público de Tesis.

Sin otro particular, me suscribo de usted atentamente.

LIC. VICENTE OLAYO GUZMÁN ALVARADO
ABOGADO Y NOTARIO
COLEGIADO No. 4,164
REVISOR DE TESIS

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, C.A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES Guatemala, cuatro de septiembre de dos mil seis.-

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del (la) estudiante **MARLON ALEXANDER AREVALO ALVIZURES**, titulado **PROPUESTA PARA EL CONTROL DE LA EFICIENCIA Y EFICACIA DE LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA**, Artículos 31 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/sllh



DEDICATORIA

**A DIOS Y A LA
VIRGEN MARÍA:**

Por ser luz a mi vida.

A MI MADRE:

Edith, por todo su amor y comprensión.

A MI HERMANA:

Angie, por ser mi ejemplo, inspiración y apoyo incondicional.

A MI HERMANO:

Howard, por su apoyo y gratitud.

A MIS SOBRINOS:

Christian y Dariel, por ser fuente de alegría a mi vida.

A MI NOVIA:

María Fernanda, por su cariño, fortaleza y apoyo.

A MIS AMIGOS:

Antonio, Benjamín, Carlos Roberto, Chris, Claudia, Fabián, Guillermo, Ignacio, James (Q.E.P.D.), Juan Pablo, José Antonio, José, Marilyn, Marco Antonio, Marvin, Marx, Nelson y Ramiro.

**A LA UNIVERSIDAD DE
SAN CARLOS DE
GUATEMALA:**

Por su noble deber.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Contrato administrativo.....	1
1.1. Concepto de contrato administrativo	1
1.2. Presupuestos y elementos del contrato.....	4
1.2.1. Sujetos.....	4
1.2.2. Causa.....	5
1.2.3. Procedimiento de selección del proveedor o cocontratante....	5
1.2.4. Consentimiento.....	6
1.2.5. Objeto.....	6
1.2.6. Finalidad.....	7
1.2.7. Formal.....	7
1.3. Características del contrato administrativo.....	7
1.3.1. Juridicidad.....	7
1.3.2. Cláusulas exorbitantes.....	8
1.3.3. Preferencia del Estado.....	8
1.3.4. Principios especiales.....	8
1.3.5. Jurisdicción especial.....	9
1.3.6. Interés público.....	9
1.3.7. Bilateralidad.....	9
1.3.8. Intuitu personae.....	9
1.3.9. Restricción del contratante para cesionar.....	10

	Pág.
1.3.10. Efecto respecto a terceros.....	10
1.3.11. Formal.....	10
1.3.12. Aprobación legislativa.....	10
1.3.13. Limitación de la libertad contractual de las partes.....	11
1.3.14. Mutabilidad del contrato.....	11
1.4. Principios del contrato administrativo.....	11
1.4.1. Legalidad.....	11
1.4.2. Moralidad.....	12
1.4.3. Libre competencia.....	12
1.4.4. Continuidad.....	12
1.4.5. Imparcialidad.....	12
1.4.6. Transparencia.....	13
1.4.7. Eficiencia.....	13
1.4.8. Economía.....	13
1.4.9. Vigencia tecnológica.....	13
1.4.10. Trato justo e igualitario.....	14
1.4.11. Igualdad del Estado frente a particulares o equilibrio de intereses.....	14
1.4.12. Manifestación de voluntad.....	14
1.4.13. No alterar el orden público.....	14
1.4.14. Cumplimiento de formalidades.....	15
1.4.15. Cumplimiento de los procedimientos.....	15
1.4.16. Cumplimiento de las finalidades del Estado.....	15
1.4.17. Equilibrio financiero.....	15
1.5. Clases de contratos administrativos.....	17
1.5.1. Contrato de obra pública.....	17

	Pág.
1.5.2. Contrato de suministros.....	17
1.5.3. Concesión de servicios públicos.....	17
1.5.4. Contrato de servicios al Estado.....	18
1.5.5. Contrato de consultoría profesional.....	18
1.5.6. Explotación y exploración de recursos no renovables.....	18
1.6. Extinción de los contratos administrativos.....	18
1.6.1. Modo de extinción normal.....	18
1.6.2. Modo de extinción anormal.....	19

CAPÍTULO II

2. Concesión administrativa.....	23
2.1. Concepto de concesión administrativa.....	23
2.2. Naturaleza jurídica de la concesión administrativa.....	26
2.3. Características de la concesión administrativa.....	26
2.3.1. Originario.....	26
2.3.2. Cláusulas exorbitantes de la concesión administrativa.....	27
2.3.3. Personal.....	30
2.3.4. Revocable.....	30
2.3.5. Temporal, titularidad y riesgo.....	30
2.4. Principios de la concesión administrativa.....	31

	Pág.
2.4.1. Juridicidad.....	31
2.4.2. Transparencia.....	31
2.4.3. Equidad.....	31
2.4.4. Respeto a la palabra dada y a la buena fe.....	31
2.4.5. Cláusulas de exclusividad o monopolio.....	32
2.4.6. Idea de servicio público.....	32
2.4.7. Derecho de propiedad.....	32
2.4.8. Finalidad.....	32
2.4.9. Del plazo.....	32
2.4.10. Cánones o impuestos.....	33
2.4.11. Rescate de la concesión.....	33
2.4.12. Control e inspección.....	33
2.4.13. Garantía.....	33
2.5. Elementos de la concesión administrativa.....	34
2.5.1. El interés general o público.....	34
2.5.2. La ganancia.....	34
2.6. Sujetos de la concesión administrativa.....	34
2.6.1. Concedente.....	34
2.6.2. Concesionario.....	34
2.7. Clases de concesiones administrativas.....	35
2.8. Derechos y obligaciones del concedente y concesionario.....	36
2.8.1. Derechos o prerrogativas del concedente.....	36
2.8.2. Obligaciones del concedente.....	36

	Pág.
2.8.3. Derechos del concesionario.....	37
2.8.4. Obligaciones del concesionario.....	37
2.9. Extinción de la concesión administrativa.....	38
2.9.1. Cumplimiento del plazo.....	38
2.9.2. Mutuo acuerdo entre el concedente y concesionario.....	39
2.9.3. Rescisión del contrato debido al incumplimiento de obligaciones por parte del concesionario. Caducidad.....	40
2.9.4. Rescate anticipado.....	43
2.9.5. Revocatoria o anulación por razones de ilegalidad de la concesión administrativa.....	45
2.9.6. Quiebra del concesionario.....	45
2.9.7. Rescisión del contrato por la ruptura del equilibrio económico financiero.....	46
2.9.8. Imposibilidad de realizar la prestación.....	46
2.9.9. Desregularización de la actividad, o modificación del régimen de titularidad pública del bien o de la obra.....	47

CAPÍTULO III

3. Servicios públicos y bienes públicos.....	49
3.1. Servicios públicos.....	49
3.1.1. Elementos.....	50
3.1.2. Características del servicio público.....	51
3.1.3. Clases de servicios públicos.....	52
3.1.4. Creación de los servicios públicos.....	54

	Pág.
3.2. Bienes públicos.....	54
3.2.1. Características de los bienes del Estado.....	57
3.2.2. Elementos de los bienes de dominio público.....	57
3.2.3. Bienes del dominio público.....	58
3.2.4. Bienes y servicios públicos que pueden o no ser objeto de una concesión administrativa.....	60

CAPÍTULO IV

4. Experiencia internacional en concesiones administrativas.....	63
4.1. Experiencia internacional en relación a órgano administrativo con competencia en concesiones administrativas.....	67
4.1.1. Argentina.....	67
4.1.2. Colombia.....	68
4.1.3. Chile.....	70
4.1.4. Costa Rica.....	72
4.1.5. Ecuador.....	73

CAPÍTULO V

5. Propuesta para la eficiencia y eficacia de la concesión administrativa.....	75
5.1. Generalidad.....	75
5.2. Estrategias para el desarrollo e importancia de la infraestructura.....	75
5.3. Eficiencia y eficacia.....	78

	Pág.
5.3.1. Eficiencia.....	79
5.3.2. Eficacia.....	80
5.4. Del trabajo de campo.....	80
5.4.1. Técnica de investigación.....	80
5.4.2. Grupo objetivo.....	81
5.4.3. Determinación de la conveniencia. Resultados.....	81
5.5. Problemática de la concesión administrativa.....	83
5.6. Propuesta para el control de la eficiencia y eficacia de la concesión administrativa.....	87
CONCLUSIONES.....	93
RECOMENDACIONES.....	95
ANEXO	97
BIBLIOGRAFÍA.....	103

INTRODUCCIÓN

El desarrollo económico y social guatemalteco se encuentra truncado, debido a la diversidad de problemas que obstaculizan este desarrollo, tales como: la inseguridad ciudadana, el desempleo, la poca transparencia en la administración pública, la baja recaudación tributaria, falta de infraestructura y la mala prestación de servicios públicos, entre otros. El lento desarrollo en Guatemala, hace de éste un país poco competitivo, incidiendo en su población; la falta de escolaridad, desnutrición, insalubridad e injusticia. En donde la realización del bien común no se ha realizado a plenitud, siendo este el fin del Estado.

Entre los instrumentos para impulsar el desarrollo económico y social, se encuentra la concesión administrativa. Siendo ésta una estrategia adecuada para la prestación de servicios públicos y provisión de infraestructura, en donde el concesionario corre con los gastos de inversión y obtienen su utilidad por el transcurso del tiempo a través del cobro de tarifas que pagan los usuarios por el servicio prestado.

Es una estrategia adecuada para el Estado por abstenerse de la realización de los gastos de inversión, que conlleva la prestación de servicios públicos y obras de infraestructura; y a su vez prestándolos en forma indirecta. Así como el aprovechamiento activo de los bienes de dominio público. Permitiendo al Estado la liberación de recursos, teniendo como efecto la atención a otros sectores como la seguridad, salud y previsión social, educación y justicia; sectores considerados de urgente atención.

Sin embargo, las concesiones administrativas son contratos que previamente deben ser considerados y aprobados por el Congreso de la República y debe llevarse a cabo un procedimiento de licitación pública para su adjudicación, y posteriormente, la suscripción del respectivo contrato y su debido cumplimiento. Proceso que se ha visto empañado por falta de credibilidad y falta de regulación de los principios que rigen a la concesión administrativa; lo que conlleva un desfavorecimiento a la población y por

ende un lento crecimiento económico y un lento desarrollo social.

Motivos por los cuales se ha investigado la necesidad de velar por el cumplimiento de la eficiencia y eficacia de las concesiones administrativas, para hacer de éstas una herramienta adecuada para el desarrollo.

La creación de un órgano administrativo con competencia para controlar la eficiencia y eficacia de la concesión administrativa, garantiza la transparencia del estudio, licitación y supervisión del contrato, así como el cumplimiento de sus principios.

Por lo que en el siguiente trabajo se determinará la conveniencia en la creación de un órgano administrativo para el control de la eficiencia y eficacia de la concesión administrativa.

En el capítulo primero se describe conceptualmente al contrato administrativo, refiriéndose a sus características y principios que lo rigen y sus formas de extinción; con el objeto de establecer su contenido, ya que la concesión administrativa es un contrato administrativo, por ello su importancia de estudio. En el segundo capítulo se trata la concesión administrativa, abarcando desde sus principios y características hasta las particularidades de ésta; en el sentido de profundizar el tema, ya que este estudio trata sobre la realización de su eficiencia y eficacia. En el capítulo tercero, se expresa de forma general los servicios públicos y bienes de dominio público, en el sentido de establecer qué bienes y servicios públicos son susceptibles de concesión administrativa. En el capítulo cuarto se hace una reseña internacional sobre la concesión administrativa de infraestructura de transporte, en especial sobre carreteras y puertos. Y luego se apuntan las experiencias de algunos países que han creado órganos administrativos que controlan concesiones administrativas. Esto con el sentido de establecer las acciones que han tomado algunos países para su mejor administración. En el último capítulo se establece el manejo conceptual de eficiencia y eficacia, la problemática actual del régimen de concesiones. Asimismo se presentan los

resultados de la investigación de campo, plasmados en propuestas para la eficiencia y eficacia de la concesión administrativa.

En el trabajo de investigación se utiliza el método jurídico, en el sentido de lograr un adecuado tratamiento al objeto de estudio que se relaciona con la concesión administrativa. Ya que por medio de éste se analiza la institución jurídica-administrativa, con el interés de descubrir las soluciones para el debido cumplimiento de su eficiencia y eficacia.

Para dar apoyo al método jurídico, en el trabajo de investigación también se utilizan el método analítico-sintético y el método descriptivo-comparativo. Con el primero se indica la generalidad del contrato administrativo, para arribar a la problemática de las concesiones administrativas. Con el segundo se logra señalar los aspectos importantes, sucedidos en legislaciones extranjeras, ocurridos en la actualidad. Y con la combinación de métodos se logra indicar los resultados para la eficiencia y eficacia.

Las técnicas utilizadas fueron la investigación bibliográfica e investigación electrónica documental, necesarias para la obtención de la información requerida para la elaboración del marco teórico. Y por último, para el trabajo de campo, se utilizó la entrevista de preguntas abiertas. Las cuales fueron dirigidas a un grupo de profesionales expertos en concesiones administrativas, en el sentido de obtener su opinión.

CAPÍTULO I

1. Contrato administrativo

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

1.1. Concepto de contrato administrativo

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

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

Para Godínez Bolaños citado por Calderón, el contrato administrativo es “una declaración de voluntad del Estado, a través de sus órganos centralizados y entidades autónomas y descentralizadas, con una persona individual o colectiva, privada o pública, nacional o internacional, con el compromiso del primero de pagar honorarios o un precio por la actividad, servicio o bien, que le presta el contratante, bajo las condiciones establecidas en las leyes de orden público y sometidos en caso de conflicto o incumplimiento a la jurisdicción privativa de lo contencioso administrativo”.¹

Para Álvarez Gendín citado por Calderón, “El contrato administrativo es una obligación bilateral, convenida, es decir consensual en la que una de las partes se encuentra en una situación privilegiada en relación a la otra, por lo que

¹ Calderón Morales, Hugo H., **Derecho administrativo I**, pág. 404.

respecta al cumplimiento de las obligaciones convenidas, sin que ello implique una merma de los derechos económicos que la otra pueda hacer valer".²

Para Cabanellas el contrato administrativo es "el celebrado entre la administración, por una parte, y un particular o empresa, por la otra, para realizar una obra pública, explotar un servicio público u obtener la concesión de alguna fuente de riqueza dependiente de la entidad de derecho público".³

Lira cita a Forsthoff, quien sostiene que contrato de derecho público "son todos aquellos en que aparece la imposición unilateral de obligaciones estatales por medio de las funciones de creación normativa y ejecutiva que se complementan por actos jurídicos bilaterales en forma de contratos, convenios, acuerdos etc., todos los cuales tienen de común el emanar de la manifestación de una voluntad coincidente de las partes".⁴

Para Bielsa, es la convención que crea derechos y obligaciones para el Estado, como persona de derecho público, con otra persona pública o privada con un fin público, es un contrato de derecho público, de lo que resulta que "el contrato administrativo es el que la administración celebra con otra persona pública o privada, física o jurídica, y que tiene por objeto una prestación de utilidad pública".⁵

Para Marienhoff el contrato administrativo es un "acuerdo de voluntades generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer necesidades públicas".⁶

² **Ibid.**

³ Cabanellas, Guillermo, **Diccionario de derecho usual**, tomo I, pág. 500.

⁴ Celia Lira Ubidia, «**Los contratos públicos**,» <http://www.gestiopolis.com/recursos/documentos/fulldocs/eco1/contrapublico.htm>, (24 de mayo de 2006).

⁵ **Ibid.**

⁶ **Ibid.**

Cassagne expresa que es "todo acuerdo de voluntades generador de obligaciones, celebrado por un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa, caracterizado por un régimen exorbitante del derecho privado, susceptible de producir efectos, con relación a terceros".⁷

Escola define los contratos administrativos como los que son "celebrados por la administración pública con una finalidad de interés público y en los cuales, por tanto, pueden existir cláusulas exorbitantes del derecho privado o que coloquen al contratante de la administración pública en una situación de subordinación respecto de ésta".⁸

El tratadista Bercaitz, en su estudio especializado, define los contratos administrativos diciendo que son, por su naturaleza, aquellos celebrados por la administración pública con un fin público, circunstancia por la cual pueden conferir al cocontratante derechos y obligaciones frente a terceros, o que, en su ejecución pueden afectar la satisfacción de una necesidad pública colectiva, razón por la cual están sujetos a reglas de derecho público, exorbitantes del derecho privado, que colocan al cocontratante de la administración pública en una situación de subordinación jurídica. También considera como contratos administrativos aquellos que el legislador "ha sometido a reglas de derecho público, exorbitantes del derecho privado, que colocan al cocontratante de la administración pública en una situación de subordinación jurídica, a pesar de no celebrarse con un fin público, ni afectar su ejecución la satisfacción de una necesidad pública colectiva".⁹

Con fundamento y a manera de síntesis de las definiciones anteriores, el contrato administrativo puede ser definido como aquellos contratos celebrados por la administración pública, que en razón de que las prestaciones a cargo del

⁷ **Ibid.**

⁸ **Ibid.**

⁹ **Ibid.**

contratista, satisfacen un fin público. Que su ejecución potencialmente afecta la satisfacción de una necesidad colectiva, la administración pública puede, por una parte, conferir al contratista derechos y obligaciones respecto de terceros y, por otra, sujetarlos a un régimen jurídico exorbitante del derecho privado que coloca al contratista en una situación de subordinación jurídica frente a la administración pública.

1.2. Presupuestos y elementos del contrato

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

1.2.1. Sujetos

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

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

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

1.2.2. Causa

La causa es un presupuesto para el contrato administrativo, la cual consiste en el conjunto de circunstancias de hecho y de derecho que se traducen en una necesidad pública, colectiva, a satisfacer y responde al por qué de la acción de contratar por parte de la administración pública.

1.2.3. Procedimiento de selección del proveedor o cocontratante

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

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

Las etapas de licitación son las siguientes:

- Previsión presupuestaria;
- Preparación de las bases;
- Convocatoria a licitación;
- Publicación;
- Presentación de ofertas;
- Apertura de plicas; y
- Calificación de las ofertas.

1.2.4. Consentimiento

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

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

1.2.5. Objeto

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

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

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

- **Contratos administrativos de colaboración:** La prestación fundamental está a cargo del cocontratante, el que está colaborando con la administración en la satisfacción de una necesidad pública o fin público. Por ejemplo el contrato de obra pública y el de servicios públicos.
- **Contratos administrativos de atribución:** La prestación fundamental está a cargo de la administración. Son los típicos contratos de concesión de uso del dominio público, ya que se atribuye a un particular el uso exclusivo y excluyente sobre una porción del dominio público, que por su naturaleza, estaría librado al uso común y general.

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

1.2.6. Finalidad

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

1.2.7. Formal

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

1.3. Características del contrato administrativo

Las características que rigen al contrato administrativo son las siguientes:

1.3.1. Juridicidad

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

1.3.2. Cláusulas exorbitantes

Esta característica consiste en aquel conjunto de disposiciones por las cuales la parte concedente goza de facultades o prerrogativas que le garantizan la preferencia en el contrato, es decir le garantizan al Estado, el poder de control y fiscalización del contrato.¹⁰

1.3.3. Preferencia del Estado

Según el profesor Godínez citado por Hugo Calderón,¹¹ esta característica del contrato administrativo consiste o deviene del poder público del cual está investida la administración pública y por medio de ésta, es la misma administración pública que impone todas sus condiciones y requerimientos, en una especie de adhesión, pero no deja de ser contrato ya que se requiere la manifestación de voluntad de la otra parte contratante. Por medio de esta característica la administración pública obliga coactivamente el cumplimiento del contrato.

Esta característica también es denominada como prerrogativa del poder público¹² y afirma la desigualdad jurídica entre las partes. Pero por esto, no implica una falta de protección a la parte contratante.

1.3.4. Principios especiales

En la contratación administrativa se aplica el principio que el derecho público prevalece sobre el derecho privado, por lo que la interpretación de las cláusulas contractuales administrativas debe

¹⁰ De Grazia, Carmelo, **Poderes exorbitantes del ente público en los contratos de concesión de obras o servicios públicos**, pág. 1.

¹¹ Calderón Morales, Hugo H., **Ob. Cit**; pág. 400.

¹² Marina Ivnisky, «**Derecho administrativo y Estado**,» <http://www.monografias.com/trabajos4/deradmi/deradmi.shtml#top>, (24 de enero de 2006).

inspirarse en tal principio, son principios especiales pertenecientes al derecho administrativo.

1.3.5. Jurisdicción especial

Esta característica confirma la especialidad de los contratos administrativos, ya que en el caso del surgimiento de conflicto derivados de cumplimiento o interpretación de los contrato administrativos, deben ser sometidos a una jurisdicción especial privativa¹³ que controle la legalidad y juridicidad de la administración pública.

1.3.6. Interés público

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

1.3.7. Bilateralidad

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

1.3.8. Intuitio personae

Porque es un contrato celebrado entre personas definidas.

¹³ Calderón Morales, Hugo H., **Ob. Cit**; pág. 400.

1.3.9. Restricción del contratante para cesionar

Esta característica consiste en que la administración pública prohíbe ceder el contrato a una tercer persona individual o jurídica, la ejecución de la obra o la prestación del servicio, salvo acuerdo entre la administración pública y el contratante.¹⁴

1.3.10. Efecto respecto de terceros

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

1.3.11. Formal

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

1.3.12. Aprobación legislativa

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

¹⁴ Ivnisky, Marina, **Ob. Cit.**

concesiones originales como sus prórrogas deberán someterse por conducto del Ejecutivo a consideración y eventual aprobación del Congreso de la República.”

1.3.13. Limitación de la libertad contractual de las partes

Esta característica consiste en que las partes que celebren un contrato, deben constreñirse a acatar todas las disposiciones legales que se hayan pactado, de tal suerte que su actuación no es enteramente libre y tampoco arbitraria.¹⁵

1.3.14. Mutabilidad del contrato

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

1.4. Principios del contrato administrativo

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

1.4.1. Legalidad

Conforme a este principio la administración pública, sólo puede hacer lo que la ley expresamente le permite, en la forma y términos en que la misma determina, por lo que su actuación habrá de fundarse y

¹⁵ Héctor Ramón Torres Córdova, «**Teoría general del contrato administrativo**,» 2003, <http://www.Monografias.com/trabajos16/contrato-administrativo/contrato-administrativo.shtml>, (23 de mayo de 2006).

motivarse en el derecho vigente; por lo cual el contrato administrativo queda sujeto a un régimen jurídico determinado.

1.4.2. Moralidad

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

1.4.3. Libre competencia

Este principio hace referencia a las buenas prácticas comerciales y en especial a la prohibición de monopolio. Se busca una mayor, amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores¹⁶ en los procesos de cotización y licitación.

1.4.4. Continuidad

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

1.4.5. Imparcialidad

La administración pública debe actuar de conformidad a la rectitud que debe ofrecer a todos los postores al momento de presentación de sus ofertas. Se debe dar una igualdad a todos, y su tratamiento

¹⁶ **Ibid.**

fundamentarse en criterios puramente técnicos que se demanden, los cuales deben ser calificados de manera objetiva.

1.4.6. Transparencia

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

1.4.7. Eficiencia

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

1.4.8. Economía

La administración pública al momento de contratar bienes y servicios debe realizarlo a precios y costos adecuados. Y siempre se debe regir por los principios de simplicidad, austeridad, concentración y ahorro en el uso de los recursos en todas las etapas del proceso.

1.4.9. Vigencia tecnológica

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

1.4.10. Trato justo e igualitario

Este principio consiste en que la administración pública debe procesar las ofertas con el más amplio criterio de calificación para garantizar la bondad del bien o del servicio. Esta prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas, salvo que la ley así lo estableciere.¹⁷

1.4.11. Igualdad del Estado frente a particulares o equilibrio de intereses

La administración pública debe actuar con igualdad frente a los oferentes para poder celebrar los contratos.¹⁸

1.4.12. Manifestación de voluntad

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

1.4.13. No alterar el orden público

La administración pública tiene la obligación de velar que en la celebración de contratos administrativos no se altere el orden público, ya

¹⁷ Lira Ubidia, Celia, **Ob. Cit.**

¹⁸ Barrientos Araya, Jeann Carlo, **El proceso de contratación administrativa y sus principios rectores, como mandato constitucional al legislador**, pág. 7.

que en caso, el contrato administrativo sería contrario a los fines y deberes del Estado, en especial por la no realización del bien común.

1.4.14. Cumplimiento de formalidades

Para que el contrato administrativo tenga validez, éste debe ser celebrado de conformidad con todos aquellos requisitos establecidos en la ley, caso contrario acarrearía en un vicio de nulidad.

1.4.15. Cumplimiento de los procedimientos

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

1.4.16. Cumplimiento de las finalidades del Estado

Ya que el deber ser del Estado es la realización de sus fines y deberes, todas sus actuaciones deben ser encaminadas hacia ellos. Por lo tanto el contrato administrativo, es un instrumento por medio del cual el Estado obtiene bienes, servicios y suministros; debe ser encaminado también hacia esos fines.¹⁹

1.4.17. Equilibrio financiero

Este principio también es denominado principio de la ecuación financiera.

En el contrato administrativo se debe mantener el equilibrio financiero establecido en el momento de la celebración, con la finalidad

¹⁹ Calderón Morales, Hugo H., **Ob. Cit**; pág. 402.

de que no resulten cuestiones perjudiciales para las partes contratantes.

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

- **La teoría de la imprevisión:** es el derecho que tiene el contratista al mantenimiento del equilibrio financiero de la relación contractual, y consiste en que la administración asuma parte de las pérdidas originadas por la ruptura de dicho equilibrio a causa de hechos anormales e imprevisibles. De esta forma se establece un compromiso, entre el interés público involucrado en el servicio y el interés individual del concesionario, ya que si a éste se le obliga a mantener la continuidad del servicio, aún cuando deba soportar acontecimientos que exceden el riesgo normal de la empresa que ha asumido, es lógico mantener su derecho a exigir de la administración cierta participación en las pérdidas.
- **La teoría del hecho del príncipe:** al igual que la anterior es el derecho que tiene el contratista al mantenimiento del equilibrio-financiero, es el derecho reconocido de rescindir el contrato y reclamar la indemnización por daños y perjuicios que se le causen, en aquellos casos que la administración pública ordene modificaciones en el contrato que alteren un porcentaje considerable o más del valor inicialmente pactado.

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

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

1.5. Clases de contratos administrativos

Calderón Morales²⁰ propone la siguiente clasificación de los contratos administrativos, siendo los siguientes:

1.5.1. Contrato de obra pública

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

1.5.2. Contrato de suministros

Es aquel contrato administrativo por medio del cual el Estado se hace de bienes que son útiles para su funcionamiento, se puede mencionar como ejemplo, los contratos para la provisión de materiales de oficina, de materiales de limpieza, etc.

1.5.3. Concesión de servicios públicos

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

²⁰ **Ob. Cit;** pág. 403.

1.5.4. Contrato de servicios al Estado

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

1.5.5. Contrato de consultoría profesional

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

1.5.6. Explotación y exploración de recursos no renovables

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

1.6. Extinción de los contratos administrativos

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

1.6.1. Modo de extinción normal

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

Se le denomina normal porque las partes han alcanzado sus respectivos intereses y a su vez han cumplido con sus respectivas obligaciones establecidas en el contrato administrativo, dentro del plazo de duración estipulado.

1.6.2. Extinción anormal

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

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

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

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

- **Rescisión:** por hechos y actos.

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

Por hechos imputables al contratista, como por ejemplo en el

incumplimiento de la prestación a que tiene obligación. En las concesiones administrativas se le denomina caducidad. En los contratos de empleo público, se encuentran la cesantía, la exoneración o la destitución.

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

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

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

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

- Por hechos de la administración pública graves e imprevisibles posteriores a la celebración del contrato, que hagan imposible su cumplimiento
- Por incumplimiento del Estado.
- Por vicios que afecten la validez jurídica del contrato.

En estos tres supuestos se requiere que el contratista esté en la imposibilidad de cumplir con sus respectivas obligaciones contractuales, ya que si su cumplimiento es más oneroso tiene derecho a solicitar una compensación.

- **Anulación:** cuando el contrato está viciado. Para lo cual se

requiere del pronunciamiento jurisdiccional que declare el vicio y proceder a su anulación. Ya que la administración pública no puede proceder de oficio a anular el contrato es necesaria la previa declaración jurisdiccional.

CAPÍTULO II

2. Concesión administrativa

2.1. Concepto de concesión administrativa

El Artículo 95 del decreto número 57-92, Ley de Contrataciones del Estado establece a la concesión como: “la facultad que el Estado otorga a particulares, para que por su cuenta y riesgo construyan, produzcan, monten, instalen, mejoren, adicionen, conserven, restauren y administren una obra, bien o servicio público, bajo el control de la entidad pública concedente, con o sin ocupación de bienes públicos, a cambio de una remuneración que el particular cobre a los usuarios de la obra, bien o servicio”.

La concesión administrativa también es considerada como el negocio jurídico público, que supone la atribución por una administración pública a uno o más sujetos de determinadas facultades, derechos o deberes de los que anteriormente carecía, pues son reconocidos *ex novo* por la administración concedente dentro del margen de su esfera de potestades.

Para Dromi, la concesión administrativa es “Es el acto por el que la administración, en virtud de las atribuciones derivadas del ordenamiento positivo, confiere a una persona un derecho o un poder que antes no tenía. La concesión otorga así un status jurídico, una condición jurídica, un nuevo derecho.”²¹

Para el jurista venezolano Badell²², la concesión administrativa es aquel contrato que: “celebrados por la autoridad pública competente por medio de los

²¹ Dromi, José Roberto, **Contratos administrativos**, pág. 257.

²² Rafael Badell Madrid, «**Régimen de las concesiones administrativas, especial referencia a los estados y municipios,**» <http://www.badellgrau.com/conferenciarafaell.html>, (19 de mayo de 2006).

cuales una persona jurídica llamada concesionario asume la obligación de construir, operar y mantener una obra o bien destinados al servicio, al uso público o a la promoción del desarrollo, o la de gestionar, mejorar u organizar un servicio público, incluyendo la ejecución de las actividades necesarias para el adecuado funcionamiento o la prestación de la obra o del servicio, por su cuenta y riesgo y bajo la supervisión y el control de la autoridad concedente, a cambio del derecho a explotar la obra o el servicio y de percibir el producto de las tarifas, precios, peajes, alquileres, valorización de inmuebles, subsidios, ganancias compartidas con algún ente público u otra fórmula establecida en los contratos correspondientes, durante un tiempo determinado, suficiente para recuperar la inversión, los gastos de explotación incurridos y obtener una tasa de retorno razonable sobre la inversión".

Torres Córdoba señala que la concesión administrativa es la que otorga la administración pública a favor de particulares o de empresas, bien sea para apropiaciones, disfrutes o aprovechamientos privados en el dominio público. El mismo autor agrega que la concesión administrativa es un contrato para encomendar a los particulares la prestación de determinados servicios públicos, esto sucede por la enorme cantidad de tareas que el Estado tiene atribuidas para lograr sus fines y es imposible cumplir de manera directa. El contrato de concesión le permite al particular desempeñar actividades que son propias del Estado, porque persiguen la satisfacción de intereses generales. Es decir que la concesión administrativa es el acto jurídico por el cual el Estado confiere a un particular la potestad de explotar a su nombre un servicio o bien público, que son de dominio público, satisfaciendo necesidades de interés general. Se añade una cuestión particular que consiste en que son los particulares los que pagan el precio del contrato, ya que es el concesionario el que presta el servicio y que se encarga de realizar el cobro respectivo, el Estado no paga al contratista, pero vencido el plazo de la concesión, los bienes regresan al dominio del Estado.

Se entiende por concesión el contrato administrativo por medio del cual una persona pública, denominada concedente, encarga a otra persona, denominada concesionario, la realización o explotación de una obra destinada al uso público, la gestión y explotación de un servicio público o bien la ocupación de ciertas dependencias del dominio público, mediante una remuneración que deriva del derecho del concesionario a percibir las tarifas, precios o ganancias, durante un tiempo determinado suficiente para recuperar la inversión efectuada por éste.²³

Para Villar Palasí la concesión es una variedad del género de contratos administrativos, mediante los cuales el Estado encomienda a una persona natural o jurídica la gestión de un servicio público.²⁴

Según expresa Parada, “el contrato de gestión de servicios públicos comprende ahora, además de la clásica figura de la concesión de servicios, en que ésta se hace a riesgo y ventura del empresario, las más modernas variantes de gestión indirecta de los servicios públicos”.²⁵

La concesión administrativa es considerada, en la propuesta de iniciativa de Ley de Concesiones, de la Universidad de San Carlos de Guatemala, presentada al Congreso de la República en octubre de 2005, desde una perspectiva jurídico-contractual y económica, como un medio estratégico del Estado para promover la inversión del capital privado en la generación y desarrollo de determinados bienes, obras y servicios públicos, en el marco de la defensa, promoción y garantía de los postulados constitucionales y los derechos de la ciudadanía, sobre la base del interés nacional.

²³ Bon, Pierre, **El régimen de las concesiones administrativas**, pág. 369.

²⁴ Villar Palasí, José Luis, **Principios de derecho administrativo**, pág. 313.

²⁵ Parada, Ramón, **Derecho Administrativo**, pág. 415.

2.2. Naturaleza jurídica de la concesión administrativa

Para la doctrina *ius* administrativa, éste ha sido un tema especialmente controvertido para poder definir la naturaleza jurídica de la concesión administrativa, debido a la pluralidad de manifestaciones que se han expresado en el tiempo.

Son tres teorías las que tratan la naturaleza jurídica de la concesión administrativa, siendo las siguientes:

2.2.1. La que pretende concebir la concesión como un acto administrativo unilateral de la administración pública. Se destaca esta teoría por la posibilidad de revocación unilateral por parte de la administración pública de la concesión administrativa.

2.2.2. La que considera a la concesión administrativa como un acto de naturaleza contractual. Entendiendo que las concesiones surgen del acuerdo de voluntades expresadas entre dos partes y se formaliza con todos los requisitos y formalidades de los contratos administrativos.

2.2.3. La teoría que considera que la naturaleza jurídica de la concesión administrativa, es la de un acto mixto, es decir, en parte unilateral y en parte contractual.

2.3. Características de la concesión administrativa

2.3.1. Originario

Porque las concesiones administrativas son actos creadores de derechos o facultades, pues los concesionarios no tienen con anterioridad al otorgamiento de la concesión, ningún tipo de derecho sobre el objeto

de la misma.

2.3.2. Cláusulas exorbitantes de la concesión administrativa

- **Facultad de inspección y control:** es decir que la parte concedente goza de las más amplias medidas de inspección, vigilancia y control para garantizar el cumplimiento de lo pactado en el contrato.

Según el Artículo 97 de la Ley de Contrataciones del Estado, decreto número 57-92, que alude en forma general lo relacionado a esta facultad “que el concesionario queda obligado a permitir la práctica de las auditorías que la autoridad competente considere necesarias”. Además otro ejemplo de esta facultad se encuentra en el Artículo 75 literal b) del decreto número 12-2002, Código Municipal establece “la obligación del concesionario de llevar contabilidad de conformidad con la ley, para su verificación en todo tiempo, por la Contraloría General de Cuentas, al ser requerida a la municipalidad el estado financiero de la empresa”. El propósito es verificar la obra, condiciones de calidad y demás especificaciones contenidas en el contrato, en las bases de licitación o instrucciones de la parte concedente.

Para Bercaitz citado por Carmelo de Grazia, el control y la dirección abarca cuatro aspectos que se consideran así:

- Un aspecto material: que consiste en determinar si el concesionario cumple con todos aquellos actos o ejecuta todos aquellos hechos establecidos en el contrato.
- Un aspecto técnico: que consiste en determinar la tecnicidad de los actos cumplidos y hechos ejecutados

conforme a las prescripciones especiales del contrato.

- Un aspecto financiero: que consiste en establecer si el concesionario está cumpliendo con sus obligaciones con respecto a sus proveedores, a su fuerza laboral, al pago de impuestos y así como las tarifas aprobadas.
- Un aspecto legal: esto significa la determinación del cumplimiento de las normas jurídicas que regulan el funcionamiento del servicio o en la ejecución de la obra, cuando esto puede ser aplicado cuando el contrato va acompañado de un reglamento.

- **Facultad de interpretación unilateral del contrato:** esta facultad consiste, que ante la existencia de discrepancias entre el concedente y el concesionario de las cláusulas del contrato debido al alcance o interpretación de las mismas. Previo al ejercicio de esta facultad, es obligación la realización de una fase de conciliación para que ambas partes lleguen a un acuerdo sobre la discrepancia, si llegaren a un acuerdo pues sería el término del conflicto o discrepancia y se continuaría con la ejecución de la obra o la prestación del servicio.

Si se tiene un efecto negativo respecto a la conciliación, es decir que no lleguen a un acuerdo, deviene el ejercicio de la facultad de interpretación unilateral del contrato, el cual consiste en un acto administrativo en base a una resolución motivada, que contenga la expresión sucinta de los hechos, razones alegadas y los fundamentos pertinentes y lo más importante que debe circunscribirse al ámbito de las estipulaciones o cláusulas objeto del conflicto.

Por ser un acto administrativo goza de presunción de

legalidad, por lo tanto produce un carácter ejecutivo de la decisión. Sin embargo el concesionario goza del derecho de defensa, pudiendo hacer uso de los recursos administrativos, la vía contencioso administrativa o la acción de amparo, según el caso. Siempre que considere que el acto es ilegal, inmotivado o por error en las cláusulas del contrato, y si declarándose su derecho pues gozará de la correspondiente indemnización para resarcir los daños y los perjuicios.

- ***ius variandi* o derecho de modificación unilateral del contrato:** los juristas Badell y Grau reconocen que durante el cumplimiento del contrato el Estado puede modificar unilateralmente el contrato, siguiendo un procedimiento similar al llevado a cabo para la interpretación unilateral del contrato. Con la diferencia que si la modificación resulta afectando el objeto del contrato, devendría una causa de rescisión del mismo, sin perjuicio de la correspondiente indemnización al concesionario.

- **Potestad sancionatoria del ente concedente:** el poder de constreñir al concesionario para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Dentro de esta potestad el concedente puede imponer sanciones correctivas, sanciones pecuniarias y sanciones coercitivas o sustitutivas.

En las primeras, puede hacer uso del apercibimiento, cuya finalidad es prevenir al concesionario por la comisión de una falta leve y le otorga un plazo para su corrección, que caso contrario incurrirá en una sanción más grave; la amonestación, de mayor gravedad que la anterior, que implica la emisión de un acto

administrativo por medio del cual se llama la atención al contratante que ha incumplido sus obligaciones contractuales.

Las sanciones pecuniarias constituyen multas que aplica la administración pública al contratante, en ejecución de las cláusulas penales previstas en el contrato.

Las sanciones coercitivas o sustitutivas consisten en el reemplazo provisorio del concesionario en la ejecución del contrato. Intervención del concesionario.

Entre otras características se tienen las siguientes:

2.3.3. Personal

Es de carácter personal, porque no puede transmitirse a un tercero.

2.3.4. Revocable

Porque la concesión administrativa puede dejarse sin efecto, por decisión unilateral del concedente, pero siempre que las causales estén previstas en la ley.

2.3.5. Temporal, titularidad y riesgo

- La concesión administrativa debe sujetarse a un plazo que permita recuperar la inversión.
- El Estado permanece como titular del servicio.
- El concesionario es quien asume los riesgos.

- Sólo se dan al concesionario las facultades indispensables para realizar el servicio.

2.4. Principios de la concesión administrativa

2.4.1. Juridicidad

Porque todas las actuaciones de la administración pública deben fundamentarse en la observancia de las obligaciones impuestas por las leyes, así como también por la observancia de los principios generales del derecho e instituciones del derecho administrativo.

2.4.2. Transparencia

Toda la actuación de la parte concedente ha de ser transparente, lo cual se garantiza con la difusión y la más amplia comunicación de actuaciones administrativas, para que miembros de todos los sectores sociales y gubernamentales puedan contar con la correcta información y conocimiento de los objetivos que pretenden alcanzarse.

2.4.3. Equidad

Pues todas resoluciones, instrucciones y ordenanzas de la parte concedente dirigidas al concesionario, deben fundamentarse en este principio, para que así el concesionario esté confiado de la inversión de su capital.

2.4.4. Respeto a la palabra dada y a la buena fe

Tanto el concedente como el concesionario deben respetar los acuerdos a que se hubieren sujetado al momento de la contratación.

La interpretación del contrato por ambas partes debe ser hecha, conforme a los principios de la buena fe, con recíproca lealtad.

2.4.5. Cláusulas de exclusividad o monopolio

Son aquellas cláusulas del contrato de concesión administrativa que confieren exclusividad, también llamada monopolio, para la prestación de un servicio público, éstas deben interpretarse con un criterio restrictivo.

2.4.6. Idea de servicio público

Si se trata de un servicio público, la interpretación del contrato debe orientarse preferentemente a la continuidad del funcionamiento del mismo.

2.4.7. Derecho de propiedad

El otorgamiento de la concesión se realizará dejando a salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de terceros.

2.4.8. Finalidad

La concesión se otorgará para una finalidad concreta, con determinación de su objeto y límites, que se estipularán en el contrato.

2.4.9. Del plazo

El plazo de duración no podrá exceder del estipulado en la ley especial. En ningún caso podrán otorgarse concesiones por tiempo

indefinido.

2.4.10. Cánones o impuestos

Las concesiones estarán sujetas al pago del canon anual o tasa que se fije.

2.4.11. Rescate de la concesión

Se considerará siempre implícita la facultad de rescate de la concesión antes de su vencimiento, si lo justificaran circunstancias sobrevenidas de interés público, libremente apreciadas por la administración pública. En este caso, el concesionario habrá de ser resarcido de los daños que se le hayan producido.

2.4.12. Control e inspección

En todo momento la administración pública podrá inspeccionar los bienes objeto de la concesión, así como las instalaciones y construcciones.

2.4.13. Garantía

Podrá exigirse al concesionario la garantía suficiente para asegurar el buen uso y conservación de bienes e instalaciones, y la indemnización por daños en caso de alteración.²⁶

²⁶ Pedro Sanz Alonso, «Comunidad Autónoma de la Rioja,» http://www.boe.es/boe/dias/2005/11/11pdfs/A_36885-36919.pdf, (16 de mayo de 2006).

2.5. Elementos de la concesión administrativa

Como elementos de la concesión se tienen los siguientes:

2.5.1. El interés general o público

El interés público prevalece sobre el interés privado, pues se trata de un servicio público, que se otorga en condición de monopolio o casi monopolio. La realización del bien común es una de las finalidades que persigue el Estado al prestar servicios públicos directa o indirectamente.

2.5.2. La ganancia

Es el incentivo que motiva al concesionario a la inversión de capital, siempre sujeto al interés público.

2.6. Sujetos de la concesión administrativa

2.6.1. Concedente

Se le denomina concedente a la entidad pública que otorga la concesión administrativa.

2.6.2. Concesionario

Es la persona individual o jurídica a quien se hace una concesión administrativa.

2.7. Clases de concesiones administrativas

Las concesiones administrativas pueden ser:

- De obra pública: es aquella en la que se encarga a un particular la realización de una obra pública, consistiendo la remuneración del contratista en el derecho a explotar la obra o en dicho derecho acompañado de un precio.
- Demanial: como el negocio jurídico entre la administración titular de un bien de dominio público y otra persona física o jurídica que hace nacer para este último el derecho a realizar un uso privativo, exclusivo y excluyente o un uso anormal de la porción del dominio público sobre el que se constituye. Badell, denomina este tipo de concesiones como de recursos naturales y subsuelo.
- De servicio público: es una forma de gestión indirecta de un servicio público económico. Por medio del acuerdo concesional, la administración encargada de la prestación del servicio de que se trate, encomienda a una persona física o jurídica ajena a su organización la prestación del mismo, a cambio de una remuneración que viene determinada por los resultados financieros que arroje la explotación del servicio.

Es importante señalar la diferencia existente entre el contrato de obra pública y el contrato de concesión de obra pública.

Esta diferencia radica en la existencia de un supuesto en el contrato de obra pública y de dos supuestos en el contrato de concesión de obra pública. En el contrato de obra pública, implica la realización de una obra. Y en el contrato de concesión, implica no solo la realización de una obra sino también la

explotación de la misma por parte del concesionario.²⁷

2.8. Derechos y obligaciones del concedente y del concesionario

2.8.1. Derechos o prerrogativas del concedente

- Dirección y control;
- Interpretar unilateralmente el contrato;
- Modificar unilateralmente el contrato. *Ius variandi*;
- Preservación de la ecuación económico-financiera;
- En el caso de entes autónomos, de poder adquirir el servicio gratuitamente o previa indemnización, según la naturaleza y condiciones en las que la misma se otorgó, al expirar el plazo de la concesión; y
- Las construcciones, instalaciones y equipo necesario para la prestación de los servicios, deberá ser revertido al Estado al vencimiento del plazo de la concesión, en condiciones de funcionamiento adecuado y libre de todo gravamen.

2.8.2. Obligaciones del concedente

- Obtener los derechos de los servicios concesionados;
- Rescatar el servicio por causas de utilidad pública, tales como servicio deficiente, aumento de precios o por fuerza mayor o caso fortuito;
- Revisar las tarifas y velar por el correcto cobro; y
- Supervisar la ejecución de la concesión.

²⁷ Jesús Morant Vidal, «**Los contratos administrativos**,» <http://noticias.juridicas.com>, (24 de mayo de 2006).

2.8.3. Derechos del concesionario

- Explotar las obras ejecutadas y percibir los peajes, precios y demás asignaciones convenidas y establecidas en el contrato;
- Solicitar la revisión del régimen económico de la concesión y del plazo de ejecución por causas sobrevivientes;
- Gozar de los derechos y obligaciones del beneficiario de la expropiación y de las garantías e incentivos establecidos;
- Emitir acciones, obligaciones y a contraer obligaciones para el financiamiento de las inversiones vinculadas a la concesión, cuando haya sido autorizado.

2.8.4. Obligaciones del concesionario

- Cumplir el contrato con estricta sujeción a las normas;
- Al pago de los salarios y prestaciones de sus trabajadores;
- A la capacitación del personal guatemalteco que designe la autoridad competente;
- Acatar las directrices emitidas por el ente concedente;
- Llevar contabilidad de conformidad con la ley;
- Facilitar las inspecciones y auditorías que tengas por objeto verificar su desempeño;
- Prestar el servicio con la continuidad convenida;
- Al pago al Estado de un porcentaje que será determinado en la resolución que otorgue la concesión;
- A responder por la pérdida o deterioro de los bienes del Estado que se le entreguen para la explotación de la concesión;
- Al vencimiento de la concesión, todas las construcciones e instalaciones pasarán a propiedad del Estado o de la

entidad autónoma o descentralizada de que se trate sin que tenga que reembolsar, compensar o pagar suma alguna de dinero;

- Facilitar el servicio en condiciones de absoluta normalidad;
- Prestar el servicio ininterrumpidamente, salvo casos de fuerza mayor o caso fortuito;
- Indemnizar los daños y perjuicios que se causen a terceros o al Estado con motivo de la ejecución del contrato de concesión;
- Se le prohíbe al concesionario transferir, ceder, gravar o enajenar la concesión y sus recursos;
- Constituir a favor del Estado las garantías que se fijen en el contrato, de acuerdo con la cuantía e importancia de la inversión.

2.9. Extinción de la concesión administrativa

El Artículo 95 del decreto 57-92, Ley de Contrataciones del Estado, señala que la concesión administrativa finaliza por el cumplimiento del plazo, rescisión en los casos que se establezca en el contrato respectivo, o revocación por conducto del Ejecutivo a consideración y eventual aprobación del Congreso de la República.

Sin embargo para profundizar en este asunto, a continuación se enumeran y describen, lo que para la doctrina son las causales de extinción de la concesión administrativa.

2.9.1. Cumplimiento del plazo

La concesión administrativa se extingue en forma normal cuando vence su plazo de vigencia, sin que las partes, concedente y

concesionario, previamente hayan decidido prorrogarlo o cuando se han vencido las prórrogas debidamente acordadas.

Vencido el plazo pactado, la administración pública verificará el cumplimiento del objeto de la concesión administrativa.

Una vez extinguida la concesión administrativa, las obras o servicios podrán ser otorgados a una nueva concesión para su conservación, reparación, ampliación, o explotación.

Sin embargo, los bienes deben ser revertidos al concedente. La reversión se fundamenta en varias causas. Entre ellas, actúa como contraprestación por los beneficios económicos obtenidos por el concesionario durante la explotación del contrato.

Y la otra causal es la que permite que la administración pública continúe explotando el servicio, ya sea en forma directa o indirectamente, con los bienes ya afectados a esa actividad.

La reversión es una figura necesariamente vinculada con la extinción por vencimiento del plazo, pues ella presume que en ese momento el concesionario habrá amortizado el valor de los bienes destinados al servicio público.

2.9.2. Mutuo acuerdo entre el concedente y concesionario

Se puede extinguir la concesión administrativa por mutuo acuerdo entre la administración pública y el concesionario, con arreglo a las condiciones del convenio que se suscriba por ambas partes.

La extinción de la concesión administrativa por mutuo acuerdo sólo podrá configurarse cuando no concurra otra causa de extinción imputable al

concesionario, y siempre que existan razones de interés público que resulte innecesaria o inconveniente la continuación del contrato de concesión.

2.9.3. Rescisión del contrato debido al incumplimiento de obligaciones por parte del concesionario. Caducidad.

Es la decisión por la parte concedente de terminar anticipadamente la concesión administrativa, en forma unilateral con efectos ejecutorios, y que se produce como consecuencia de un incumplimiento grave de las obligaciones asumidas por el concesionario.

- **Competencia y el carácter sancionador**

Para la distinguida catedrática venezolana Grau²⁸ un importante sector de la doctrina extranjera (Diez, Blondeau, Debeyre) ha señalado que la declaratoria de caducidad, dada la incidencia especialmente negativa que tiene en la esfera jurídica del concesionario, debe ser declarada por los órganos jurisdiccionales y no por la administración. Así, se ha entendido que la naturaleza de los motivos que dan lugar a la caducidad otorgan competencia a los órganos del poder judicial y no a la administración para declararla.

Otro sector de la doctrina (Jéze) reconoce a la administración pública, la facultad de rescindir unilateralmente la concesión, sólo cuando la sanción figura en el contrato de concesión, como consecuencia de un determinado incumplimiento del concesionario y, en caso contrario, la administración no podrá imponerla por si misma, debiendo solicitarla al

²⁸ María Amparo Grau, «Extinción de las concesiones,» <http://www.badellgrau.com/opiextincion.html>, (25 de enero de 2006).

juez del contrato.²⁹

Para otros autores (Escola, Bielsa, Sayagués) las sanciones rescisorias corresponde imponerlas a la administración pública, sin perjuicio del reconocimiento de indemnización de los daños sufridos por el concesionario.³⁰

Para el caso de Guatemala, según el Artículo 20 del decreto 119-96, Ley de lo Contencioso Administrativo, la competencia la tiene el Presidente de la República en consejo de ministros, quien mediante acuerdo gubernativo declara la lesividad del acto o resolución. Dentro de los siguientes tres meses a la fecha de su publicación en el diario oficial, la parte afectada podrá plantear su acción en lo contencioso administrativo.

- **Causales de procedencia de la caducidad**

Sin perjuicio, de las causales de caducidad que se establezcan en las bases de licitación o en las estipulaciones del contrato, se pueden mencionar las siguientes:

- Demora en la construcción de las obras, por períodos mayores a los establecidos en el contrato;
- Incumplimiento en los niveles mínimos de calidad del servicio establecido ya sea en el contrato o en su respectivo reglamento;
- Cobro de tarifas superiores a las autorizadas;
- Incumplimiento de normas de conservación de las obras, tanto establecidas en el contrato como en su reglamento; y
- La falta de constitución de garantías en los plazos y

²⁹ Escola, Héctor Jorge, **Tratado integral de los contratos administrativos**, pág. 158.

³⁰ Robillo, Julio, **De la cláusula de caducidad**, pág. 20.

condiciones estipuladas en el contrato o reglamento de la concesión administrativa.

El decreto número 12-2002, Código Municipal establece las causas para revocar una concesión, y son las siguientes:

- Cuando el concejo municipal declare que es lesiva a los intereses del municipio;
- Por violación de disposiciones relativas al orden público y al interés social;
- Por incumplimiento de disposiciones de carácter general o local, relativas a la salud e higiene públicas y protección del medio ambiente;
- Cuando las deficiencias del servicio no sean subsanables por la intervención.

- **Intervención de la concesión**

La concesión administrativa puede ser intervenida cuando el concesionario abandone la obra o interrumpa el servicio, así como en los demás supuestos de incumplimiento grave de las obligaciones del contrato. La intervención se ampara en el principio de la continuidad del servicio y supone un acto administrativo y, como tal, el trámite de un procedimiento previo.

A este respecto el Artículo 120 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece lo siguiente: “El Estado podrá, en caso de fuerza mayor y por el tiempo estrictamente necesario, intervenir las empresas que prestan servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando se obstaculizare su funcionamiento.”

Asimismo, en el Código Municipal, decreto 12-2002, establece en el Artículo 76 primer párrafo: “Sin perjuicio de lo que establece la Constitución Política de la República y de las responsabilidades civiles y penales en que incurra el concesionario, la municipalidad tiene la potestad de intervenir temporalmente el servicio público municipal, que se administre y preste deficientemente, o que deje de prestarse sin autorización alguna, o en el que se falte a las ordenanzas y reglamentos municipales o a las obligaciones contraídas por el concesionario en el contrato correspondiente.”

- **Convocatoria a nueva licitación**

La autoridad concedente podrá proceder, una vez firme la declaratoria de caducidad o revocación, convocar a una nueva licitación para la conclusión del contrato de concesión por el plazo restante. Los documentos de la licitación deberán contener los requisitos que habrá de cumplir el nuevo concesionario, requisitos que en ningún caso, podrán ser más gravosos que los impuestos al concesionario original. Al asumir el nuevo concesionario, cesará en sus funciones el interventor que se hubiere designado.

- **No indemnización**

El principio general en la materia es que el concesionario no puede reclamar indemnización alguna, porque fue quien incurrió en una causal para la extinción del contrato de concesión.

2.9.4. Rescate anticipado

Cuando la parte concedente, por razones de conveniencia puede, en cualquier momento, declarar terminado el contrato, ya sea para asumir

la prestación del servicio en forma directa, o para poner fin al servicio, por estimar que de éste no se desprende beneficio alguno para la colectividad.

Este es un poder exorbitante de la administración pública para revocar unilateralmente el contrato, sin que medie incumplimiento del contratista. En materia de concesiones, tal revocatoria se denomina rescate de la concesión.

El rescate o revocación por razones de mérito u oportunidad ha sido entendido por Díez, citado por la venezolana Grau³¹ como la extinción anormal y anticipada del contrato de concesión, "efectuada por la administración por razones de conveniencia u oportunidad, vale decir, cuando el interés público así lo exija. En este supuesto no hay, evidentemente, incumplimiento imputable al concesionario de sus obligaciones, por lo que el rescate no es una sanción sino una medida que toma la administración por razones de interés público. De allí que se pueda definir el rescate diciendo que es una decisión unilateral por la que el concedente pone fin a la concesión de servicios públicos, antes de la fecha fijada para su expiración, sin que el concesionario haya incurrido en una falta que diera motivo para declarar la caducidad."

El rescate de la concesión no constituye una sanción para el contratista, pues el hecho que le da origen no es el incumplimiento del contrato, sino la mejor satisfacción del interés público. Por lo tanto, toda revocatoria por razones de mérito o rescate del contrato administrativo, trae aparejada una indemnización a favor del contratista, pues el interés general que autoriza a la administración pública para que realice dicho rescate, no implica potestad para disponer de la propiedad de los particulares. La indemnización se impone, entonces, como garantía de la

³¹ Grau, María Amparo, **Ob. Cit.**

inviolabilidad de la propiedad; y en cuanto a su extensión, hay que establecer que debe ser integral y comprender, en consecuencia, tanto el daño emergente como el lucro cesante.

2.9.5. Revocatoria o anulación por razones de ilegalidad de la concesión administrativa

La administración pública puede extinguir unilateralmente el contrato, haciendo uso de su poder exorbitante, cuando los actos administrativos que contienen la voluntad de contratar, se encuentran afectados de nulidad.

En ese supuesto, como consecuencia de la nulidad del acto administrativo que contiene la declaración de voluntad de la administración pública, se produce la extinción del contrato mismo, pues deja de existir uno de sus elementos esenciales, la voluntad.

Si el vicio resultare imputable a la administración, podríamos estar en presencia de uno de los supuestos de indemnización por actividad lícita, la producida como consecuencia de la declaratoria de nulidad.

2.9.6. Quiebra del concesionario

De conformidad con la característica *intuitio personae* de la contratación administrativa y, especialmente, de la concesión, se contempla la quiebra del concesionario como una de las causas específicas de extinción.

Por lo que la quiebra del concesionario determinará la extinción de la concesión y la pérdida en favor del Estado o de la entidad contratante de las garantías constituidas y exigibles.

2.9.7. Rescisión del contrato por la ruptura del equilibrio económico financiero

En aquellos casos en los que la administración haya ordenado modificaciones en la obra o servicio y éstas alteren el valor del contrato en un porcentaje mayor al del valor inicialmente pactado, el concesionario tendrá derecho a solicitar la rescisión y a reclamar la indemnización por los daños y perjuicios que la modificación le ocasione.

El concesionario asume la concesión por su cuenta y riesgo. Sin embargo, ello no implica que éste deba soportar pérdidas o desequilibrios en la ecuación económico financiera, a causa del ejercicio por la administración pública de su potestad exorbitante para variar las condiciones de ejecución de la concesión administrativa.

Dicha obligación deriva de la aplicación de la teoría de la teoría del hecho del príncipe. Con esta expresión se alude a la intervención de los órganos de la administración pública que hacen más onerosa la prestación a la que se obligaron originariamente, en virtud de lo cual surge para el concesionario el derecho a ser reparado íntegramente del daño sufrido.

2.9.8. Imposibilidad de realizar la prestación

La concesión administrativa puede ser suspendida en los siguientes casos:

- Por guerra, conmoción interior o fuerza mayor que impidan la prestación del servicio;
- Por destrucción parcial de las obras o de sus elementos, de modo que se haga inviable su utilización por un período de tiempo;

- Por cualquier otra causa que establezcan las bases de licitación, el contrato o el reglamento.

Es de carácter temporal, en cuyo caso, se suspende la relación jurídica, hasta tanto se restituyan las situaciones de hecho que dieron origen a la suspensión.

Si resulta imposible solventar las causas que han dado origen a la suspensión, se producirá la extinción de la concesión administrativa.

2.9.9. Desregularización de la actividad, o modificación del régimen de titularidad pública del bien o de la obra

Se da la extinción de la concesión administrativa, cuando los bienes sometidos al contrato, que en principio el Estado era el titular de los mismos, se transmiten a una tercera persona. Por lo que se da una desregularización del bien u obra de la titularidad del Estado que conlleva la extinción administrativa del contrato.

CAPÍTULO III

3. Servicios públicos y bienes públicos

Es importante hacer una relación de los servicios públicos y bienes públicos, ya que los contratos administrativos y en especial las concesiones administrativas son otorgados con el objeto de prestar algún servicio o con el objeto de construcción de infraestructura o explotación del algún bien.

3.1. Servicios públicos

Hauriou, citado por Calderón³², define a los servicios públicos como: “un servicio técnico prestado al público de una manera regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública y por una organización pública.”

Godínez Bolaños, citado por Calderón, señala que el servicio público se puede definir como “El conjunto de actividades que desarrolla el Estado en forma directa o indirecta, con la finalidad de satisfacer necesidades sociales, atendiendo a la población, por imperativo constitucional a cambio de pago de impuestos, tasas y demás atribuciones que pagan los administrados.”³³

El profesor Calderón³⁴ también cita la definición dada por Gabino Fraga, quien define al servicio público “como una actividad creada con el fin de dar satisfacción a una necesidad de interés general que de otro modo quedaría insatisfecha, mal satisfecha o insuficientemente satisfecha, y aunque la idea del interés público se encuentra en todas las actividades estatales y la satisfacción de los intereses generales no es monopolio del Estado, lo que distingue al servicio público es que la satisfacción del interés general constituye el fin

³² Ob. Cit; pág. 376.

³³ Ibid.

³⁴ Ibid.

exclusivo de su creación”.

A su vez Calderón³⁵ da su propia definición de servicio público señalando que es: “El medio o instrumento de que la administración pública se vale para lograr sus fines y propósitos, es decir el bienestar general o el bien común.”

Para Castellín,³⁶ el servicio público comprende las actividades, entidades u órganos públicos o privados con personalidad jurídica creados por Constitución o por ley, para dar satisfacción en forma regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, bien en forma directa, mediante concesionario o a través de cualquier otro medio legal con sujeción a un régimen de derecho público o privado, según corresponda.

3.1.1. Elementos

- **Servicio técnico**

Todo servicio público debe estar aparejado de una técnica para su prestación.

- **Regular y continuo**

Es decir el signo exterior de su funcionamiento.

- **Prestado al público**

Debe ir dirigido a la población, a la colectividad considerados individualmente iguales.

³⁵ **Ibid**, pág. 377.

³⁶ Diógenes Castellín, «**Servicios Públicos**,» <http://www.monografias.com/trabajos31/servicios-publicos/servicios-publicos.shtm>, (19 de mayo de 2006).

- **Satisfacer una necesidad pública**

El servicio público debe satisfacer una necesidad de interés general.

- **Organización pública**

Es el conformado de funcionarios y empleados públicos.

3.1.2. Características del servicio público

Se reconocen como características del servicio público las siguientes:

- **Generalidad**

Esta característica implica que todos los habitantes del Estado tienen el derecho a usar los servicios públicos, de conformidad con la normatividad que los establece.

- **Igualdad**

Otra característica es la igualdad en la prestación, desde el punto de vista que todos seres humanos son iguales ante la ley, y que las cargas tributarias, tasas y pago por servicios públicos deben ser repartidas por igualdad entre todos los habitantes.

- **Regularidad**

La regularidad, esta característica se refiere a que el servicio público debe funcionar de acuerdo a las normas establecidas, si el

servicio es prestado en una forma irregular implica que no se esté ajustando a las normas que lo rigen.

- **Continuidad**

Esta característica del servicio público se refiere a que debe ser prestado sin interrupciones. El servicio público no se puede detener, debe ser prestado en forma continua.

- **Obligatoriedad**

Esta es una característica esencial de los servicios públicos, y significa que el Estado tiene la obligación de prestar o garantizar el servicio público, en este caso quien presta el servicio público tiene la obligación de prestarlo a todos y no existe la posibilidad de negar la prestación del mismo.

3.1.3. Clases de servicios públicos

- **Por su importancia los servicios públicos pueden ser esenciales y no esenciales**

Los primeros son aquellos que de no prestarse pondrían en peligro la existencia misma del Estado: policía, educación, sanidad. Los no esenciales; a pesar de satisfacer necesidades de interés general, su existencia o no prestación no pondrían en peligro la existencia del Estado; se identifican por exclusión de los esenciales. El profesor Calderón establece que los servicios esenciales son aquellos que su existencia es de imperiosa necesidad para la vida humana, por lo cual no pueden dejar de

prestarse.³⁷

- **Por su continuidad pueden ser permanentes y esporádicos**

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

- **Servicios públicos obligatorios y optativos**

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

- **Por el ente que los presta pueden ser directos e indirectos**

Los primeros son aquellos que presta el Estado por medio de sus dependencias y entidades. Los segundos, son los que prestan los particulares mediante autorizaciones y concesiones, con tarifas controladas por el Estado y subsidios en caso de necesidad, para no interrumpir ni elevar las tarifas.

³⁷ Ob. Cit; pág. 374.

- **Por su ámbito territorial pueden ser nacionales, regionales, departamentales y municipales**

Según la circunscripción territorial en donde sean prestados los servicios públicos.

3.1.4. Creación de los servicios públicos

Para Gastón Jéze, citado por Castellín,³⁸ la creación de un servicio público "consiste en disponer que una determinada necesidad colectiva sea satisfecha con la prestación de un servicio público". Para la creación de los servicios públicos deben tomarse las previsiones legales pertinentes a fin de prever en la Ley de Presupuesto, en leyes especiales y ordenanzas municipales, las partidas necesarias para su organización y funcionamiento ininterrumpidos.

3.2. Bienes públicos

La satisfacción de las necesidades es la misma realización del bien común. Para poder realizar el bien común, el Estado se organiza con esta finalidad, para lo cual requiere de bienes inmuebles y muebles para poder desarrollar este fin constitucional.³⁹

El patrimonio estatal está conformado por los bienes de toda clase que están a la disposición de un órgano administrativo, para el desarrollo de sus fines.

Entonces los bienes públicos son considerados como aquellos bienes o cosas públicas que, formando parte del patrimonio del Estado, son utilizados por

³⁸ **Ob. Cit.**

³⁹ Calderón Morales, Hugo H., **Derecho administrativo II**, pág. 175.

la administración pública y los mismos se clasifican por la forma en que pueden ser utilizados y por su origen.

Los bienes del Estado obedecen a una clasificación entre ellos mismos, bienes de uso privativo, bienes de uso público y bienes del presupuesto.

Los bienes de uso privativo, son aquellos bienes de uso exclusivo de la administración pública y son utilizados para el cumplimiento de los fines. Estos bienes no están a disposición de todos los habitantes. Ejemplo de estos bienes se pueden señalar los edificios, materiales de oficina, mobiliario, vehículos, etcétera.

Los bienes de uso público, son todos aquellos bienes que están destinados al servicio de todos los habitantes, todos los bienes están a disposición de la colectividad. Ejemplos de estos bienes se pueden señalar los ríos, calles, plazas, parques, puentes, carreteras, etcétera. La utilización de estos bienes se hace generalmente sin permiso especial sin perjuicio de aquellos bienes que estén sometidos a un régimen especial.

Los bienes del presupuesto, son una clasificación aportada por el profesor e investigador Godínez Bolaños que, citado por Calderón,⁴⁰ indica que son el conjunto de recursos tributarios y financieros que percibe el Estado para su funcionamiento, prestación de servicios, inversión de obra pública y su mantenimiento. Se agrega que estos bienes se recaudan por medio de impuestos, arbitrios, tasas, rentas, contribuciones, regalías, participaciones, multas, intereses, créditos, préstamos, etcétera.

Es importante señalar que el estudio de los bienes del Estado, son objeto de estudio de varias ramas jurídicas, entre ellas: el derecho de agua, el derecho minero, el derecho petrolero, el derecho ecológico, el derecho fiscal y tributario,

⁴⁰ **Ibid**, pág. 176.

el derecho forestal, etcétera.

El Artículo 121 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece los bienes del Estado, que son:

- Los de dominio público;
- Las aguas de la zona marítima que ciñe las costas de su territorio, los lagos, ríos navegables y sus riberas, los ríos, vertientes y arroyos que sirven de límite internacional de la República, las caídas y nacimientos de agua de aprovechamiento hidroeléctrico, las aguas subterráneas y otras que sean particulares en la extensión y término que fije la ley;
- Los que constituyen el patrimonio del Estado, incluyendo los del municipio y de las entidades descentralizadas o autónomas;
- La zona marítimo terrestre, la plataforma continental y el espacio aéreo, en la extensión y forma que determinen las leyes o los tratados internacionales ratificados por Guatemala;
- El subsuelo, los yacimientos de hidrocarburos y los minerales, así como cualesquiera otras sustancias orgánicas o inorgánicas del subsuelo;
- Los monumentos y las reliquias arqueológicas;
- Los ingresos fiscales y municipales, así como los de carácter privativo que las leyes asignen a las entidades descentralizadas y autónomas; y,
- Las frecuencias radioeléctricas.

3.2.1. Características de los bienes del Estado

- Son inalienables: Es prohibida la enajenación del bien, mientras pertenezca al dominio público y sean bienes nacionales de uso común. Son aprovechables por todos los habitantes, con las restricciones establecidas por la ley, pero para aprovechamientos especiales se necesita concesión otorgada con los requisitos establecidos en la ley.
- Son imprescriptibles.
- Se encuentran exentos del pago de impuestos, salvo la contribución por mejoras que las municipalidades realizan.
- Pueden aprovecharse de ellos todos los habitantes, siempre con las restricciones que la ley establece.
- Algunos bienes del dominio público están sujetos a leyes especiales y subsidiariamente al Código Civil.
- El traspaso de los bienes del dominio público de uso común, al patrimonio del Estado o de los municipios, deberá hacerse conforme a los procedimientos establecido por la ley.

3.2.2. Elementos de los bienes de dominio público

Los elementos son los siguientes:

- El Estado y sus entidades autónomas y descentralizadas, quienes son los titulares del derecho real de propiedad.

- Los bienes, que son inmuebles y muebles.
- Teleológico o finalista, que corresponde al fin de la utilización de los bienes públicos para el uso directo o indirecto de la colectividad.
- Normativo, que es el conjunto de disposiciones legales que establecen las clases de bienes del dominio público.

Estos dos últimos elementos son los incorporados por el profesor Godínez Bolaños.⁴¹

3.2.3. Bienes del dominio público

El Código Civil, decreto-ley número 106, Artículo 457, establece: “Los bienes del dominio del poder público pertenecen al Estado o a los municipios y se dividen en bienes de uso público común y de uso especial.”

Continuando con la clasificación del Código Civil, decreto-ley número 106, artículos 458 y 459 se tienen:

- **Bienes nacionales de uso común**
 - Las calles, parques, plazas, caminos y puentes que no sean de propiedad privada;
 - Los puertos, muelles, embarcaderos, pontones y demás obras de aprovechamiento general, construidos o adquiridos

⁴¹ **Ibid**, pág. 177.

por el Estado o las municipalidades;

- Las aguas de la zona marítima territorial en la extensión y términos que fije la ley respectiva; los lagos y ríos navegables y flotables y sus riberas; los ríos, vertientes y arroyos que sirven de límite al territorio nacional; las caídas y nacimientos de agua de aprovechamiento industrial, en la forma que establece la ley de la materia; y las aguas no aprovechadas por particulares; y
- La zona marítimo-terrestre de la República, la plataforma continental, el espacio aéreo y la estratosfera en la extensión y forma que determina la ley.

- **Bienes nacionales de uso no común**

- Los que están destinados al servicio del Estado, de las municipalidades y de las entidades estatales descentralizadas, y los demás que constituyen su patrimonio;
- Los de uso público, cuando dejen de serlo de hecho o por virtud de una ley;
- Los ingresos fiscales y municipales;
- El subsuelo, los yacimientos de hidrocarburos y los minerales antes de ser extraídos, así como cualquiera otra sustancia orgánica o inorgánica del subsuelo;
- Los terrenos baldíos y las tierras que no sean de propiedad privada;

- Los que habiendo sido de propiedad particular queden vacantes, y los que adquieran el Estado o las municipalidades por cualquier título legal;
- Los excesos de propiedades rústicas o urbanas, de conformidad con la ley; y
- Los monumentos y las reliquias arqueológicas.

Es importante destacar que el Artículo 587, del Código Civil, decreto-ley número 106, establece: “Los concesionarios de pertenencias mineras, socavones y galerías generales de desagües de minas, tienen la propiedad de las aguas halladas en sus labores, mientras conserven la concesión de sus minas respectivas.” Asimismo, en el Artículo 71, de la Ley de Minería, decreto número 48-97, establece: “El titular del derecho minero podrá usar y aprovechar racionalmente las aguas, siempre y cuando no afecte el ejercicio permanente de otros derechos. El uso y aprovechamiento de las aguas que corran dentro de sus cauces naturales o se encuentren en lagunas, que no sean del dominio público ni de uso común, se registrarán conforme las disposiciones del Código Civil y de las leyes de la materia. Quien haga uso del agua en sus operaciones mineras, al revertirla, deberá efectuar el tratamiento adecuado para evitar la contaminación del medio ambiente.”

3.2.4. Bienes y servicios públicos que pueden o no ser objeto de una concesión administrativa.

Es importante señalar qué bienes y servicios públicos pueden ser objeto de una concesión administrativa y cuáles no pueden darse para ese objeto.

Los bienes y servicios que pueden darse en concesión son:

Las obras, bienes y servicios públicos expresamente permitidos en la Constitución Política de la República de Guatemala.

Los bienes y servicios que no pueden darse en concesión son:

Educación preprimaria, primaria, básica y diversificada; técnica y superior; la salud y seguridad social; los manantiales y fuentes de agua; la administración de la justicia y seguridad pública; el patrimonio histórico y cultural de la Nación; los espacios recreativos para uso público; las reservas naturales protegidas; los documentos de identificación ciudadana; todos los derechos de la ciudadanía que sean expresamente reconocidos por la Constitución Política de la República y la normativa internacional sobre derechos humanos vigentes; carreteras, caminos, edificios públicos, aeropuertos y puertos que habiendo sido construidos por el Estado no son considerados obras, bienes ni servicios nuevos;⁴² así como de los bienes de los cuales se obtengan utilidades; y los centros de acopio, terminales de mayoreo, mercados municipales y similares.

⁴² Asociación de Investigación y Estudios Sociales, **Debate por posibilidad de conceder a empresas privadas la ejecución de obras y servicios públicos aun no concluye**, pág. 10.

CAPÍTULO IV

4. Experiencia internacional en concesiones administrativas

La experiencia internacional demuestra la utilidad de la concesión administrativa como herramienta para el desarrollo de los países del globo. Delimitando a un nivel latinoamericano, países como Chile, Argentina, Colombia, Uruguay, México y Perú han utilizado la concesión administrativa como una estrategia de desarrollo de infraestructura de transporte (carreteras, puertos, aeropuertos y ferrocarriles). En lo correspondiente a la concesión vial, a mediados del año 2004, en un total de 13 países latinoamericanos, se han concesionado 36,103 km de carreteras, distribuidas en 246 concesiones.⁴³

Tomando en cuenta que el alcance de las concesiones es distinto de un país a otro, éstas se encuentran distribuidas conforme a la tabla número uno.

Tabla No. 1 Concesiones viales en América Latina. Junio 2004.		
País	Número concesiones	Km
Argentina	22	10,691
Brasil	36	9,644
Chile	25	2,526
Colombia	22	3,086
Costa Rica	2	144
Ecuador	6	1,312
Guatemala	1	23
México	120	6,436
Panamá	2	104
Paraguay	1	140
Perú	2	289
República Dominicana	2	136
Uruguay	5	1,572
Total	246	36,103

Fuente: Comisión Económica de América Latina y el Caribe (CEPAL).

⁴³ Bull, Alberto, **Concesiones viales en América Latina, situación actual y perspectivas**, pág. 7.

En países como Bolivia, Cuba, El Salvador, Haití, Honduras, Nicaragua y Venezuela no se han otorgado concesiones administrativas de carreteras hasta junio de 2004, debido a la situación económica y política. Sin embargo, en países como El Salvador y Honduras, respectivamente, se han promovido cambios a la Ley de Contrataciones del Estado y se han planteado concesiones de 540 km.

En lo que corresponde a la concesión de infraestructura portuaria, bajo la concesión como operador portuario y administrador de la infraestructura, se han otorgado concesiones administrativas en países como Argentina con el puerto de Buenos Aires, Panamá con el Puerto Colón, Venezuela con el Puerto Cabello y México con el Puerto de Veracruz. Los países expuestos procedieron a la concesión administrativa ante la necesidad de inyectar importantes sumas de capital para la modernización portuaria en infraestructura y equipo, recursos de capital que no disponía el Estado. La autoridad portuaria, el Estado, es el propietario de la tierra e infraestructura portuaria. Pero otorga en concesión el puerto, mediante licitación internacional de largo plazo, ya sea total o parcialmente, a un operador privado. Para que lo administre y mantenga o mejore la infraestructura y su consiguiente explotación comercial por medio de la prestación de servicios portuarios a las naves y a las cargas. El Estado ejerce las funciones de control, supervisión, coordinación y regulación, y generalmente recibe una compensación monetaria por un período de tiempo establecido en relación a los bienes otorgados en concesión o por volumen de cargas, o por combinación de ambas.

Por otro lado se han otorgado concesiones parciales como es el caso de Panamá con los puertos de Colón y de Balboa.

A nivel centroamericano hasta el año 2004, Costa Rica posee un marco legal rígido para las inversiones en infraestructura portuaria. Sin embargo se ha iniciado la modernización por medio de un acuerdo con las organizaciones laborales de los puertos del Pacífico, lo cual ha permitido la convocatoria de licitación a varias terminales, en Punta Arenas y Caldera, proceso que se encuentra en la etapa de

evaluación de las ofertas presentadas por el sector privado.

En Honduras el proceso de modernización del sistema portuario se encuentra en plena etapa de implementación, habiéndose iniciado con la contratación de los expertos que deberán evaluar el proceso y proponer las acciones que permitan llevarlo adelante, incluida su institucionalización, que se establecerá por medio de una nueva ley general de puertos.

En Nicaragua la reforma portuaria se ha ido aplicando bajo un sistema sectorizado de concesiones, el cual ha tenido diferentes alcances en cada uno de los puertos. En Puerto Corinto se han entregado en concesión a las organizaciones de trabajadores, las operaciones portuarias de manejo de cargas y a las empresas privadas las operaciones de las básculas. En Puerto Sandino, los servicios de estiba y manejos de cargas se han entregado en concesión a los trabajadores y el sector privado ha recibido en concesión los servicios de mantenimiento. El Puerto San Juan del Sur se ha aplicado el mismo modelo que en Puerto Sandino. En Puerto Cabezas se ha entregado en concesión al sector privado a 25 años, los espacios destinados al desarrollo de la nueva infraestructura del puerto. Finalmente, en Puerto Bluefields se ha entregado al sector privado la concesión del muelle flotante para las cargas líquidas a granel.

En Guatemala, se encuentra en estudio un nuevo marco legal para modernizar el sector, a fin de adecuarlo al modelo económico y a las opciones de desarrollo. Por su parte está en proceso la concesión (estudio de factibilidad) de la terminal de contenedores de Puerto Quetzal, se espera recibir una gran inversión, en equipo y obras de infraestructura.⁴⁴

⁴⁴ Carlos Gallegos, «El rol estratégico de la industria portuaria para el desarrollo económico de América Latina y el Caribe.» <http://www.oas.org/cip/esp/Reuniones%20CIP/M%C3%A9xico03/RolEstrategicoDesarrollo.htm>, (7 de junio de 2006).

Otros ejemplos en América Latina son Perú y Ecuador.

En Perú, en 1999 se concesionó el Puerto de Matarani, completo, por 25 años al sector privado, y posteriormente llamó a licitación para los puertos regionales menores (Paíta, Salaverry, Chimbote, San Martín, Pisco e Ilo). Sin embargo esta fase quedó suspendida, sujeta a la necesidad de contar con una ley de puertos. En febrero de 2003, se promulgó esa ley que da el marco jurídico para la licitación de estos puertos. En la actualidad el gobierno está dedicado a la preparación del reglamento de la referida ley, así como del Plan Nacional de Desarrollo Portuario, ambos documentos necesarios para la participación de la iniciativa privada, así como para la licitación del principal puerto del país, Callao.

En Ecuador el proceso ha pasado por diferentes etapas de desarrollo. Inicialmente se solucionó el problema laboral y se entregaron las operaciones de estiba y desestiba al sector privado, conformándose las empresas operadoras portuarias. En el año 2000, y utilizando como marco jurídico la ley de modernización del Estado, se procedió a efectuar los estudios para licitar los puertos de Esmeraldas, Manta y Puerto Bolívar, y las terminales de contenedores y frutas del Puerto de Guayaquil. Estos procesos avanzaron considerablemente en Esmeraldas y de Puerto Bolívar, habiéndose efectuado la convocatoria a licitación para el primero y en plena convocatoria para el segundo. Lamentablemente los diversos acontecimientos políticos que vive el país han suspendido estos procesos de reforma portuaria. Puerto Bolívar espera una inversión de infraestructura y equipo.

En relación a la infraestructura de transporte correspondiente a aeropuertos, la región latinoamericana, registra el 5% del tráfico mundial, operan más de 100 aerolíneas en más de 300 terminales, y en seguridad, es considerada la segunda más peligrosa después de África. El mejor ejemplo de infraestructura aeronáutica y de servicios al usuario es Chile, con 10 aeropuertos actualmente bajo concesiones, el modelo chileno sólo adjudica a este sector la administración de las terminales de pasajeros, pero mantiene el control de la seguridad, a cargo de la Dirección General de

Aeronáutica Civil y la fiscalización corresponde al Ministerio de Obras Públicas.

4.1. Experiencia internacional en relación a órgano administrativo con competencia en concesiones administrativas.

La experiencia internacional demuestra que para tener un control sobre concesiones administrativas, se han creado instituciones para tales fines.

A continuación se describen algunos países, en los cuales se han creado estos órganos administrativos:

4.1.1. Argentina

En el año 2001, fue creado el Órgano de Control de Concesiones Viales, como su nombre lo indica, es un órgano contralor de las obras de infraestructura de carreteras que han sido concesionadas.

El Órgano de Control de Concesiones Viales es una dependencia del Ministerio de Infraestructura y Vivienda y al cual se han transferido competencias de otros tres órganos de similares funciones, incluida la competencia de la Dirección Nacional de Vialidad.

Los objetivos determinados para este órgano de control son los siguientes:

- Ejercer la supervisión, inspección, auditoría y seguimiento del cumplimiento de los contratos de concesión de redes viales y de todas aquellas obras viales que en lo sucesivo sean concesionadas, en donde el Estado sea parte, a fin de asegurar la calidad y adecuada prestación de los servicios y la protección de los usuarios y los bienes públicos del Estado.

- Actuar coordinadamente con los organismos especializados de la administración nacional y provincial en la protección del ambiente, previniendo los impactos ambientales que pudieran ocasionarse con motivo de la construcción, mantenimiento y explotación de los corredores viales bajo su control.

El órgano de control de concesiones se encuentra dirigido y administrado por una dirección ejecutiva, a cargo de un director ejecutivo y un subdirector ejecutivo, propuestos por el Ministerio de Infraestructura y Vivienda, y nombrados por el Poder Ejecutivo.

La responsabilidad de este órgano administrativo se concentra en la fiscalización cualitativa y cuantitativa de inversiones de gran envergadura, en la determinación de compensaciones por rebajas en peaje a cargo del Estado y en la supervisión y auditoría de aportes financieros privados en proyectos de alta complejidad técnica.

4.1.2. Colombia

En el año 2002, Colombia se plantea la renovación de la administración pública mediante su Plan Nacional 2002-2006. De este plan nacional, surge la necesidad de fortalecer la participación del sector privado en el desarrollo de la infraestructura del transporte. Así como para fortalecer la evolución de las concesiones actuales de transporte y las necesidades futuras de éstas.

Para fortalecer la gestión de la participación del sector público requiere de un desarrollo organizacional que permita incorporar las capacidades particulares requeridas para este tipo de proyectos. Enmarcándose en el proceso de renovación de la administración pública. Colombia contrató la asesoría de una firma, cuyo estudio técnico, reveló

la creación de un órgano administrativo-técnico para renovar a la administración pública en la gestión de la participación del sector privado.

En Colombia se determinó que el modelo institucional sobre el cual se han desarrollado concesiones de transporte, se ha distribuido la responsabilidad en cada una de las entidades a cargo de la ejecución de las políticas, en los diferentes modos de transporte. Además de que interviene el Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Transporte que son los encargados de la identificación de proyectos de concesión juntamente con entidades ejecutoras; además que se da intervención a asesores externos para apoyar la estructuración y seguimiento del desarrollo de los contratos. Es decir que este modelo se caracteriza por la dispersión de responsabilidades entre las entidades a cargo de los modos de transporte.

Entonces el desarrollo de las concesiones se llevó a cabo sin un programa estructurado de desarrollo y sin la participación de una entidad responsable con capacidades específicas requeridas para el tipo de concesiones administrativas.

La debilidad de las entidades sectoriales a cargo de las concesiones se ha reflejado en una serie de problemas relacionados con la estructuración de los proyectos, a pesar de incorporar a los procesos al Ministerio de Hacienda. Sin embargo, la debilidad continuaba en las entidades ejecutoras, debilidad que se reflejaba con problemas en la administración de contratos.

En la concesión ferroviaria, los contratos no proveen una manera clara para el proceso de entrega de los tramos y secciones, lo que ha generado problemas en el desarrollo del contrato y retrasos en el cumplimiento de las obras.

En el caso de la concesión de puertos, los problemas se han generado por la discontinuidad en la gestión y la falta de capacidad de las entidades competentes para la tramitación de solicitudes de concesión.

Por la situación institucional y la problemática resultante, Colombia llegó a la conclusión de reducir la dispersión institucional y de fortalecer las capacidades de gestión del sector privado.

En el año 2003, fue creado el Instituto Nacional de Concesiones, con el objeto de centrar en una única institución, la estructuración y administración de los proyectos de infraestructura de transporte que se desarrollen con vinculación del capital privado, evitando las dificultades del esquema tradicional.

4.1.3. Chile

A inicios de los años 90, el Gobierno de Chile enfrentó uno de los desafíos más complejos. El país necesitaba superar el déficit en infraestructura para garantizar su desarrollo económico. Sin embargo, el Estado no contaba con los recursos necesarios para realizar las cuantiosas inversiones que ello requería y, más aún, no podía dedicarse exclusivamente a las grandes obras de infraestructura, ya que también debía velar por la realización de proyectos de menor impacto productivo, pero de gran impacto social.

Para asumir este reto, la administración convocó al sector privado a participar en los procesos de inversión, mantenimiento y explotación de grandes obras viales. Así nació el Sistema de Concesiones, que permite a los privados financiar obras económicamente rentables y, luego, recuperar su inversión a través del cobro directo de una tarifa a los

usuarios. De esta forma, el Estado libera recursos públicos para destinarlos a proyectos con mayor valor estratégico para el país, pero que no tienen la demanda suficiente para despertar el interés de particulares. El Programa de Concesiones trata además de aumentar la eficiencia en la gestión de las obras e inversiones, a través de la participación privada en la identificación, diseño, construcción y mantenimiento de las obras. Las concesiones fomentan la eficiencia en la producción y gestión de la infraestructura pública, generando niveles de servicio por los cuales los usuarios están dispuestos a pagar.

Cuando el Estado decidió implantar este sistema de concesiones, tuvo que reorganizar y reajustar todos los organismos que se relacionaban con las concesiones administrativas.

En este sentido, el Ministerio de Obras Públicas, es la institución primordial. Es la instancia que debe mantener la coordinación entre los distintos servicios del ministerio, hacerse cargo del vínculo entre éste y otras reparticiones públicas relacionadas con el tema de las concesiones, desarrollar las relaciones con el sector privado, y, además coordinar, controlar y supervisar los proyectos. Para poder cumplir con estas funciones, se crearon dos instituciones que son las siguientes:

La Coordinación General de Concesiones, que es el organismo encargado de desarrollar todas las fases del proceso y hacer el vínculo entre el sector público y el privado.

Y la Coordinación General de Construcción de Obras Concesionadas, el ministerio vio la necesidad de crear un organismo específico destinado a enfrentar las demandas generadas en el área de la construcción y supervisión de los proyectos adjudicados. Su función es velar por el cumplimiento de los contratos en la fase de construcción.

4.1.4. Costa Rica

En Costa Rica se implementó un programa de concesiones, el cual establece que es una plataforma de infraestructura y servicios públicos consistente con las necesidades y aspiraciones de desarrollo del país, haciendo de la concesión de obras y servicios públicos una alternativa legítima para su desarrollo cuando así convenga al interés público nacional. En consecuencia, la concesión de obra pública tiene como fin último dotar al país de la infraestructura necesaria para su desarrollo, al más bajo costo para el Estado y con los mayores beneficios para la población.

El objeto del programa de concesiones es reducir el déficit de infraestructura pública del país, impactando favorablemente su competitividad y la calidad de vida de sus ciudadanos.

Con el propósito de fomentar la inversión privada en todos los campos de la infraestructura nacional, se aprobó en el año de 1998, la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos, la cual provee al Estado costarricense del marco legal óptimo para poder convocar al sector privado a participar en los procesos de identificación, diseño, inversión, construcción, mantenimiento y explotación de las grandes obras de infraestructura del país.

En Costa Rica conforme a la citada ley se creó el Consejo Nacional de Concesiones, que es un órgano con desconcentración máxima, adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transportes, por lo que cuenta con personalidad jurídica para los efectos de administrar el Fondo de Concesiones, así como concertar los convenios y contratos necesarios para cumplir sus funciones. La modalidad de construir obras y brindar servicios por medio de concesión es un concepto relativamente nuevo en

este país.

Después de la aprobación de la ley, se identificaron en Costa Rica un conjunto de proyectos con posibilidad de ser concesionados, con lo cual se pretende incentivar la inversión en el país, por medio de la consecución de recursos privados que vengan a complementar la escasa inversión pública en infraestructura nacional, con un único fin, la calidad de vida de los costarricenses junto al desarrollo progresivo del país.

La empresa privada está llamada a cumplir un importante rol social, ya que la inversión en infraestructura pública permite al Estado concentrar y optimizar los recursos estatales en otros programas sociales; además de que mejorar la infraestructura tiene de por sí un impacto directo en la calidad de vida de los ciudadanos.

4.1.5. Ecuador

En la Provincia de Guayas, Ecuador, existe la Unidad de Concesiones, que es la dependencia responsable de la coordinación y supervisión de los proyectos de concesión, en las diferentes etapas de planificación, ejecución y operación.

La Unidad de Concesiones tiene por objetivo fundamental el logro de altos niveles de servicio en los proyectos de concesión que planifica, ejecuta u opera, asociado con el cobro de tarifas socialmente aceptables.

Al incorporar, desde el sector privado, capacidad financiera y de gestión operacional que significa una prestación eficiente de los servicios, se logra que la Provincia de Guayas realice una mejor asignación de sus recursos hacia otros servicios cuya gestión no haya sido delegada.

Por otra parte, el éxito de los proyectos de concesión se traduce en la apertura económica a los capitales (nacionales y/o extranjeros) y en el posicionamiento como base geográfica para expandir operaciones de los concesionarios.

La Unidad de Concesiones, como unidad técnica encargada de darle continuidad tanto a los procesos de concesiones implementados por Provincia de Guayas, como a los nuevos que se planifique, programe, ejecute u opere, tiene las siguientes funciones principales:

- Supervisar, coordinar y controlar las actividades inherentes a las concesiones, tales como rehabilitación, mantenimiento, mejoramiento, explotación, administración, control de operaciones y evaluación de servicios acordados a implementar en el contrato de concesión.
- Elaborar propuestas para adecuar la ejecución del contrato de concesión.
- Controlar y asesorar las propuestas presentadas por los concesionarios.
- Ejercer la supervisión y control de las regulaciones técnicas de ejecución de obras y prestación de servicios, según lo establecido en los contratos de concesión.
- Responsabilizarse por los procesos colaterales que se presenten y estén relacionados con las concesiones.

CAPÍTULO V

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

5.1. Generalidad

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

5.2. Estrategias para el desarrollo e importancia de la infraestructura

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

Guatemala se encuentra con una deuda externa de 5,9 billones de dólares,⁴⁵ y con un crecimiento del producto interno bruto real de 2.7% en 2004 a 3.2% en 2005, a pesar del alto precio internacional del petróleo y el daño causado por la tormenta *Stan*. Las proyecciones anuncian un crecimiento económico de 4.5% anual en 2006 y 2007,⁴⁶ lo que refleja la mejora del entorno macroeconómico y, el efecto de las bajas tasas de interés, entre otros factores.

⁴⁵ Central Intelligence Agency, «**The world factbook**,» <http://www.cia.gov/cia/publications/factbook/>, (10 de junio de 2006).

⁴⁶ Banco Mundial, «**Reseña sobre Guatemala**,» http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/BANCO_MUNDIAL/EXTSPPAISES/LACINSPANISHEXT/GUATEMALAINSPANISHEXT/0,,contentMDK:20731852~menuPK:500850~pagePK:1497618~piPK:217854~theSitePK:500797,00.html, (22 de junio de 2006).

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

Guatemala tiene una relación entre deuda pública y producto interno bruto de las más bajas de Latinoamérica y el Caribe. Empero tiene un bajo nivel de ingresos tributarios, de aproximadamente el 10% del producto interno bruto,⁴⁷ lo que limita la inversión pública en servicios sociales e infraestructura, lo que son elementos necesarios para reducir la pobreza y mantener un crecimiento sostenido, lo que significa un problema grave para el país.

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

Estas situaciones constituyen obstáculos para la realización del bien común. Sin embargo existen estrategias⁴⁸ para generar un desarrollo, entre éstas se encuentran las siguientes:

- La consolidación de los procesos democráticos.
- El desarrollo basado en el mercado global, con apertura a la economía y liberación del comercio.
- La reorientación del gasto público hacia la educación, salud, nutrición y seguridad social.
- Revitalización del esquema de integración centroamericana, por lo que el crecimiento del comercio regional es un elemento dinámico para el crecimiento de la economía.
- Las asociaciones comerciales con países desarrollados.

⁴⁷ **Ibid.**

⁴⁸ Carlos M. Gallegos, «**El rol estratégico de la industria portuaria para el desarrollo económico de América Latina y el Caribe.**» <http://www.oas.org/cip/esp/Reuniones%20CIP/M%C3%A9xico03/RolEstrategicoDesarrollo.htm>, (7 de junio de 2006).

- Expansión de la integración física, como proyectos eléctricos con Centroamérica y gaseoductos.
- Reforma y modernización del Estado, orientada a la descentralización. Con un Estado pequeño y fuerte.
- El reconocimiento de una conducción macroeconómica estable como instrumento de crecimiento ordenado.
- La participación de la iniciativa privada en la vida económica, particularmente para el desarrollo de infraestructura de transporte, que comprende, carreteras, ferrocarriles, puertos y aeropuertos. Para lo cual es necesario tomar medidas que aseguren la competencia en la provisión de servicios de infraestructura.

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

La infraestructura es muy importante.⁴⁹ Invariablemente los países que han invertido sostenidamente en infraestructura, tienden a tener bajo desempleo, altos niveles de inversión, mayor competitividad en los negocios internos y un fuerte crecimiento en el producto interno bruto. La infraestructura puede aportar grandes beneficios en términos de crecimiento económico, alivio a la pobreza y sostenibilidad ambiental de un país. Además eleva la productividad y rebaja los costos de producción. Los impactos económicos y sociales de la infraestructura son diversos. Por ejemplo, buenas carreteras reducen el tiempo de transporte de los productos entre los fabricantes y consumidores. Las empresas se benefician en la reducción de sus costos y los consumidores se benefician con la reducción de sus precios. Así como una eficiente infraestructura de salud y saneamiento evita las enfermedades y contaminación, y aumenta la capacidad de producir de las personas sanas. Otro factor en el que incide la infraestructura es la generación de empleo productivo, calificado y no calificado, en forma

⁴⁹ Cámara Guatemalteca de la Construcción, **Infraestructura, puente para el desarrollo**, pág. 21.

masiva e inmediata.

Otra ventaja de la infraestructura⁵⁰ radica en el nivel de competitividad de una actividad económica y de un país. La opinión del Foro Económico Mundial (*World Economic Forum*) en relación a la competitividad, señala que es la herramienta sostenible para participar en la economía global, e indica que para calificar la competitividad de un país, entre otros factores, se califica la calidad de su infraestructura. Por ejemplo, en relación a su competitividad e infraestructura, Suiza ocupa el primer lugar con 6.9 puntos sobre siete puntos. En Latinoamérica, Uruguay es el líder con 3.9 puntos para ocupar el puesto número 40 de 75 países calificados, seguidamente se encuentran Chile, Argentina, Brasil, y México. Guatemala tiene una puntuación de 2.7 y ocupa el puesto 63.

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

5.3. Eficiencia y eficacia

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

⁵⁰ Cámara Guatemalteca de la Construcción, **Impacto de la infraestructura en el desarrollo de las comunidades**, pág. 8.

5.3.1. Eficiencia

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

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

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

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

5.3.2. Eficacia

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

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

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

5.4. Del trabajo de campo

5.4.1. Técnica de investigación

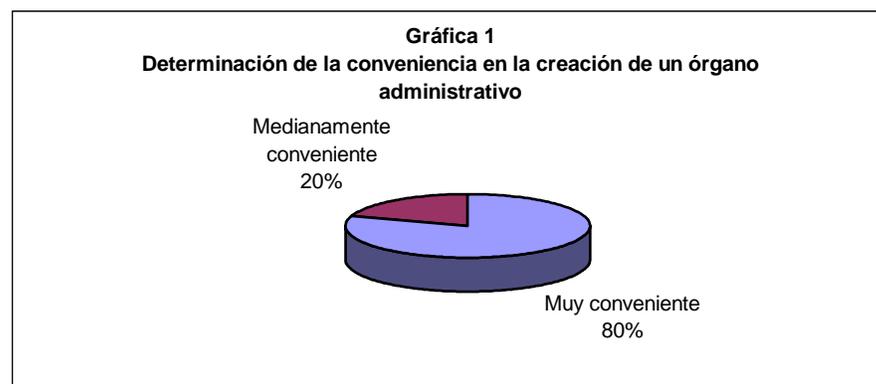
Para el desarrollo del trabajo de campo, se utilizó la técnica de entrevista de pregunta abierta, en dicho formulario de entrevista, se consignaron temas como la problemática de las concesiones administrativas, propuestas para su eficiencia y eficacia; y conveniencia en la creación de un órgano administrativo.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

5.4.2. Grupo objetivo

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

5.4.3. Determinación de la conveniencia. Resultados.

De la totalidad de entrevistados, el 100% opina favorablemente sobre la creación de un órgano administrativo para el control de la eficiencia y eficacia de la concesión administrativa. De los cuales 12 determinan como muy conveniente dicha creación y tres de los entrevistados, opina que es medianamente conveniente (Ver Gráfica 1). Esta conveniencia se estableció en un rango de: nada conveniente, poco conveniente, medianamente conveniente y muy conveniente.



Fuente: Entrevistas elaboradas por el autor.

De los 15 entrevistados, 13 opinan que el órgano administrativo debe encargarse únicamente de la infraestructura de transporte

(carreteras, ferrocarriles, puertos y aeropuertos). Y dos opinan que debe encargarse de todo tipo de infraestructura y de servicios públicos (Ver Gráfica 2).



Fuente: Entrevistas elaboradas por el autor.

En opinión de 13 entrevistados, consideran que la forma de organización administrativa del órgano administrativo que controle la eficiencia y eficacia de la concesión administrativa, debe ser descentralizada. Uno opina que debe ser un órgano desconcentrado, adscrito al Ministerio de Comunicaciones, Infraestructura y Vivienda. Y uno opina que debe ser autónomo.



Fuente: Entrevistas elaboradas por el autor.

5.5. Problemática de la concesión administrativa

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

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

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

5.5.2. La inexistencia de un inventario de servicios públicos e infraestructura que describa la cantidad de éstos, así como su estado actual y lo más importante un indicador del déficit de infraestructura a nivel nacional, regional, departamental y municipal. Ya que con el apoyo de un inventario técnico, económico y social se podrá planificar y priorizar los servicios públicos e infraestructura necesaria para el desarrollo social. Ya que se han dado casos de inversión en infraestructura que se han

ejecutado más de una vez o se han hecho obras que no responde a las necesidades de la población. Es decir que existe un desorden en la priorización de necesidades que llevan a un desarrollo social.

5.5.3. En la tercera encuesta realizada por la Asociación de Investigación y Estudios Sociales⁵¹ a propietarios o gerentes de 106 empresas asociadas a la Cámara Guatemalteca de la Construcción, se tiene como resultado de la misma, la problemática originada del proceso de licitación pública; en la que el 37% de los entrevistados responde que hay poca o nada transparencia en el proceso de licitación, el 26% considera el proceso de licitación más o menos transparente y tan solo un 17% considera que tiene transparencia. El principal problema a que se refirieron del procedimiento de licitación pública es la poca transparencia en la etapa de adjudicación. En la historia reciente guatemalteca, se ve reflejado el problema relacionado con la etapa de adjudicación, la poca o ninguna transparencia, e incluso la no utilización del procedimiento administrativo, ya que algunas concesiones han sido otorgadas por razones de favoritismo. En donde se evidencia la no utilización de causas de impedimento y recusación entre el concedente y concesionario.

5.5.4. Otro problema que perjudica a la concesión administrativa, es la falta de una normativa legal y que la misma sea especial para este tipo de contrato. La Ley de Contrataciones del Estado establece las disposiciones generales que posibilitarían concesiones de carreteras, ferrocarriles, puertos y aeropuertos. A pesar de ello, se han utilizado instrumentos distintos para concesiones particulares: el Código Civil fue utilizado para el caso del usufructo oneroso (Fegua y Puerto Barrios); y la Ley de Aeronáutica Civil puede ser utilizado para la concesión de los aeropuertos. Estos instrumentos carecen de algunas características básicas que los marcos legales utilizados internacionalmente establecen

⁵¹ Cámara Guatemalteca de la Construcción, **III Encuesta al sector construcción**, pág. 6.

en materia de concesión administrativa. La falta de regulación de las características y principios fundamentales de estos contratos origina falta de confianza de los sectores sociales, así como incertidumbre jurídica, tanto para el Estado como para el sector privado.

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

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

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

5.5.7. Una situación que se presenta en las concesiones administrativas es la relacionada a las tarifas que cobra el contratista para recuperar su inversión. La elevación de las mismas puede contemplarse desde el procedimiento de licitación, en la adjudicación, la cual debe hacerse pública y transparente, regida por los criterios de calificación a utilizar, para que con los oferentes participantes se determine la exactitud de las pretensiones de las tarifas correspondientes a cada uno. En la historia reciente se ha demostrado que algunas concesiones fueron tergiversadas por el favoritismo, de modo tal que el precio por cobrar también lo ha sido. Por lo que debe mejorarse el criterio del precio en la etapa de

calificación, para poder obtener una mejor adjudicación. El control sobre concesiones administrativas debe ser permanente y rígido, ya que de lo contrario existiría la violación al interés público.

5.5.8. Otra evidencia es que el modelo actual de infraestructura pública carece de legitimidad, pues el mismo no se basa en el bien común como deber ser del fin del Estado, sino que ha sido una planificación privilegiada para algún sector.

5.5.9. La concesión de servicios públicos y obras de infraestructura es un contrato que permite al sector privado hacer inversiones importantes en infraestructura, los oferentes realizan inversiones previas a la adjudicación, que tienen que ver con el otorgamiento de garantías y con los gastos del proceso. Una vez hecha la adjudicación, mediante el procedimiento administrativo correspondiente, el concesionario inicia un proceso de ingeniería financiera, con el fin de obtener los fondos de capital requeridos para la inversión. El régimen de concesiones en Guatemala le impone un peso muy grande, al requerir para la perfección del contrato la consideración y eventual aprobación por parte del Congreso de la República, que es un cuerpo político por naturaleza. Es éste un desincentivo que posee el régimen de concesiones para atraer inversiones privadas en infraestructura, en un entorno de alta competencia por los recursos en los mercados internacionales. Además que cualquier modificación a la concesión administrativa también deberá ser considerada y aprobada por el Congreso de la República.

5.5.10. Otro aspecto a considerar es que la legislación actual, se encuentra fragmentada y no existe una regulación especial. Además la iniciativa privada se encuentra limitada para proponer la construcción y operación de la obra pública. Normalmente los empresarios e inversionistas privados cuentan con mayor y mejor información que el

sector público en cuanto a las oportunidades comerciales y económicas de un proyecto. Las legislaciones modernas incluyen la facultad del sector privado de proponer las construcciones de obras nuevas.

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

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

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

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

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

5.6.3. El establecimiento de criterios de calificación que permitan flexibilidad para los oferentes para poder establecer competencia en materia de tarifas, sin perjudicar el interés de prestar un buen servicio público y la respectiva contribución (canon) al Estado.

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

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

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

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

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

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

- Disposiciones generales. En donde se regulen principios, características, bienes y servicios que pueden ser objeto de concesión, y limitaciones de cláusulas exorbitantes.
- Facultades, obligaciones y derechos. En donde se establezca la fijación de tarifas, continuidad del servicio público, ganancias y canon para el Estado, derechos de los concesionarios, obligaciones de los concesionarios, derechos de los usuarios, denuncias y quejas, expropiación, sanciones, derecho de defensa del concesionario y resolución de controversias.
- Finalización de la concesión administrativa. Revocación, intervención, rescate, indemnización y reversión de los bienes al vencimiento del plazo. Prórrogas.
- Institución encargada del monitoreo, supervisión y acciones sobre la concesión administrativa.

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

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

- Con el objeto de estructurar y administrar proyectos de infraestructura de transporte que se desarrollen mediante alguna forma de vinculación de capital privado, con el propósito de adecuar en una única institución todos los procesos de estructuración, contratación y administración de obras de infraestructura a nivel nacional, para facilitar la aplicación de mejores prácticas y lecciones aprendidas; debido a su capacidad técnica, legal y administrativa de las cuales estaría investida.
- El fortalecimiento de la administración pública para el monitoreo y supervisión del desarrollo de provisión de infraestructura. Necesidad del fortalecimiento por la misma evolución de las concesiones administrativas.
- Para la eficiente coordinación entre las distintas entidades públicas que participen en el desarrollo de infraestructura, así como medio de participación del sector privado, por ser este el inversionista de infraestructura.
- Porque mediante dicha institución se promocionaría la participación del sector privado en infraestructura. Debido a la reducida cantidad de concesiones administrativas en el sector de infraestructura de transporte, con el interés de elevar el nivel de competitividad del país.
- Para la realización de la eficiencia y eficacia de la concesión administrativa, dando cumplimiento a las características y principios propios de la concesión administrativa, así como al

cumplimiento del principio de juridicidad y legalidad del derecho administrativo.

- Para lograr altos niveles en la infraestructura concesionada en términos de cobertura, economía, seguridad y comodidad.
- Lograr la sostenibilidad y consolidación financiera de las concesiones.
- Para consolidar en un registro los bienes susceptibles de concesión así como un inventario del estado de los bienes concesionados.
- Velar por los intereses justos y equitativos del Estado y del concesionario.
- Para ser un ente dispensador con la Contraloría General de Cuentas en la fiscalización de la probidad del concesionario.
- Para orientar a las concesiones administrativas a la realización del bien común. Sin perjuicio de los intereses del sector privado, pero siempre con una fiscalización, contando con mecanismos flexibles y ágiles de modo que sea un proceso atractivo para el inversionista y de beneficio para la población.

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

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

- Identificar y proponer iniciativas de vinculación del capital privado para el desarrollo de la infraestructura de transporte y de los servicios conexos o relacionados.
- Unificar los procedimientos de evaluación, preparación de estudios, pliegos, negociación y en general la estructuración de concesiones.
- Elaborar los estudios de viabilidad técnica, legal y financiera de los proyectos.
- Elaborar los estudios requeridos para definir los peajes, tasas, tarifas, contribución de valorización en los proyectos a su cargo y otras modalidades de financiación a cobrar por el uso o para la construcción, mantenimiento o rehabilitación de la infraestructura.
- Coordinar la obtención de licencias y permisos, la negociación y la adquisición de predios y la realización de las gestiones requeridas para el desarrollo de la concesión administrativa.
- Ejecutar las actividades requeridas para la promoción de los proyectos entre los inversionistas nacionales o extranjeros.
- Supervisar, evaluar y controlar el cumplimiento de la normativa técnica de las concesiones administrativas.

CONCLUSIONES

1. La concesión administrativa es una institución distinta a la privatización, en la que el Estado permanece como titular de los bienes. En la privatización, se da en propiedad bienes de dominio público a los particulares. A través de la concesión administrativa se incentiva la inversión privada a cambio que esta recupere su inversión mediante la ganancia a través de tasas, peajes, etcétera. El Estado recupera el bien mediante la reversión; es decir que se cuenta con nuevos servicios públicos y obras de infraestructura.
2. Que mediante la concesión administrativa, es el sector privado quien realiza la inversión en infraestructura y corre el riesgo de la misma; y el Estado libera sus recursos para orientarlos a satisfacer necesidades sociales de gran demanda.
3. Que mediante el adecuado otorgamiento de concesiones administrativas se coadyuva a la realización del bien común. Dando un legítimo cumplimiento al fin del Estado.
4. Que existe un vacío legal en cuanto a las características y principios que rigen la concesión administrativa, así como la supervisión en el cumplimiento y fiscalización de la misma. Además no existe regulación sobre las causas de finalización de la concesión administrativa y tampoco el establecimiento de un régimen de sanciones.
5. Los contratos de concesión son expresiones de relaciones económicas muy cambiantes; Por lo cual requiere de instrumentos dinámicos y flexibles para regularla. Es un desincentivo para el inversionista, que la concesión administrativa deba ser aprobada por el Congreso de la República.
6. Con la creación de un órgano administrativo con competencia especial se velará por la eficiencia y eficacia de la concesión administrativa. Competencia que se

refiera a determinar qué bienes y servicios son susceptibles de concesión; para que se promueva la inversión privada en concesiones administrativas; para verificar el estricto cumplimiento del contrato administrativo y cumplimiento de las características y principios de la concesión administrativa; Así como para garantizar la transparencia en todos los actos y hechos administrativos relacionados con la concesión administrativa.

7. Que la promoción de concesiones administrativas y el adecuado control de su eficiencia y eficacia por parte de un órgano administrativo especial, se proveerá de infraestructura necesaria para elevar el nivel de competitividad del país. Competitividad que tiene efecto en el crecimiento económico.

RECOMENDACIONES

1. Que el Estado cree un órgano administrativo para el control de la eficiencia y eficacia de la concesión administrativa.
2. Que el Estado sancione y promulgue una ley de concesiones, en donde se regulen las características y principios de las concesiones administrativas; derechos y obligaciones del concedente y concesionario; causas de revocación; formas de finalización, régimen sancionatorio y plazos de la concesión.
3. Que el Estado establezca límites a las facultades o poderes exorbitantes de la concesión administrativa, en el sentido de no provocar riesgos al inversionista.
4. Que el Estado cambie su rol, dejando de ser un Estado paternalista para configurarse en un Estado controlador y regulador, trasladando la inversión y operación al sector privado.
5. Que a través de la creación de un órgano administrativo para el control de la eficiencia y eficacia de la concesión administrativa, se le dé participación al sector privado. Promoviendo la inversión en concesiones administrativas.

ANEXO

ANEXO

Universidad de San Carlos de Guatemala

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Tesis de Graduación: Propuesta para el control de la eficiencia y eficacia de la concesión administrativa.

Sustentante: Marlon Alexander Arévalo Alvizures.

Carné: 9614339.

Entrevista.

1. ¿Considera que la concesión administrativa es un medio adecuado para impulsar el desarrollo de un país como Guatemala?

Sí No ¿Por qué?

2. ¿Considera que el otorgamiento de concesiones le brinda al Estado, la posibilidad de atender con más recursos a otros sectores considerados de mayor prioridad?

Sí No ¿Por qué?

3. ¿Qué nivel de competitividad se alcanzaría por el otorgamiento de concesiones administrativas en un país como Guatemala?

Ninguno Bajo Mediano Alto

4. ¿Cuál es la principal problemática de la concesión administrativa?

5. ¿Considera que la administración de concesiones administrativas por distintos órganos administrativos e independientes entre sí, dificulta la aplicación de mejores prácticas y lecciones aprendidas?

Sí No ¿Por qué?

6. ¿Usted considera que el control y administración de las concesiones administrativas a cargo de un solo órgano administrativo, en donde se concentren las facultades de control y fiscalización para determinado sector, permitiría la aplicación de mejores prácticas y lecciones aprendidas; y permitiría la especialización de funciones de dicho órgano?

Sí No ¿Por qué?

7. ¿Considera que mediante la creación de un órgano administrativo específico que controle y fiscalice a las concesiones administrativas, se harían más eficientes, eficaces, transparentes y se daría cabal cumplimiento a los principios que rigen a dichas concesiones?

Sí No ¿Por qué?

8. ¿Qué nivel de conveniencia hay en la creación de un órgano administrativo, con competencia especial para el control de la eficiencia y eficacia de las concesiones administrativas?

Nada conveniente

Poco conveniente

Medianamente conveniente

Muy conveniente

9. ¿Qué propuesta hace usted para la eficiencia y eficacia de las concesiones administrativas?

10. Este órgano administrativo ¿estaría a cargo de las concesiones administrativas de todos los sectores (carreteras, ferrocarriles, aeropuertos, servicios públicos, concesiones forestales, etc.) o únicamente de un sector?

BIBLIOGRAFÍA

Asociación de Investigación y Estudios Sociales. **Debate por posibilidad de conceder a empresas privadas la ejecución de obras y servicios públicos, aun no concluye.** Guatemala: (s.e.), 2005.

BADELL MADRID, Rafael. «**Régimen de las concesiones administrativas**». *Especial referencia a los estados y municipios*. 27 de agosto de 2004. <http://www.badellgrau.com/conferenciarafaell.html>. (19/mayo de 2006).

BARRIENTOS ARAYA, Jeann Carlo. **El proceso de contratación administrativa y sus principios rectores, como mandato constitucional al legislador.** Págs. 5-17. *Revistas de ciencias administrativas y financieras de la seguridad social*. San José, Costa Rica. Vol. 9, No. 1 (junio 2001).

BERCAITZ, Miguel Angel. **Teoría general de los contratos administrativos.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1980.

BON, Pierre. **El régimen de las concesiones administrativas.** Caracas, Venezuela: Ed. Funeda, 1996.

BULL, Alberto. **Concesiones viales en América Latina; situación actual y perspectivas.** Santiago de Chile, Chile: Ed. Naciones Unidas, 2004.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual.** 4t.; 9a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1976.

CALDERÓN MORALES, Hugo H. **Derecho administrativo I.** 7a. ed.; Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 2004.

CALDERÓN MORALES, Hugo H. **Derecho administrativo II**. 2a. ed.; Guatemala: Ed. Edigital, 2000.

Cámara Guatemalteca de la Construcción. **III Encuesta al sector construcción**. Págs. 1-19. Revista Construcción. Guatemala. Año 6, No. 79, (junio 2004).

Cámara Guatemalteca de la Construcción. **Impacto de la infraestructura en el desarrollo de las comunidades**. Pág. 8. Revista Construcción. Guatemala. Año 5, No. 49, (junio 2001).

Cámara Guatemalteca de la Construcción. **Infraestructura, puente para el desarrollo**. Pág. 21. Revista Construcción. Guatemala. Año 6, No. 70, (junio 2003).

Central Intelligence Agency. «**The world factbook**». 1 de junio de 2006. <http://www.cia.gov/cia/publications/factbook/>. (10 de junio de 2006).

COSCULLUELA MONTANER, Luis. **Manual de derecho administrativo**. Madrid, España: Ed. Civitas, 1993.

DE GRAZIA, Carmelo. «**Poderes exorbitantes del ente público en los contratos de concesión de obras o servicios públicos**». (s.f.). <http://www.badellgrau.com/Poderesexorbitantes.htm>. (25 de enero de 2006).

DELPIAZZO, Carlos E. **Manual de contratación administrativa**. Montevideo, Uruguay: Ed. Universidad, 1996.

DIEZ, Manuel María. **Derecho administrativo**. 3t.; 2a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Plus Ultra, 1976.

DROMI, José Roberto. **Contratos administrativos**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1988.

DROMI, José Roberto. **Derecho administrativo**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Ediciones Ciudad Argentina, 1995.

ESCOLA, Héctor Jorge. **Tratado integral de contratos administrativos**. 2 vol.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1979.

GALLEGOS, Carlos M. «**El rol estratégico de la industria portuaria para el desarrollo económico de América Latina y el Caribe**». (s.f.). <http://www.oas.org/cip/esp/Reuniones%20CIP/M%C3%A9xico03/RolEstrategicoDesarrollo.htm>. (7 de junio de 2006).

GARRIDO FALLA, Fernando. **Tratado de derecho administrativo**. 2t.; Madrid, España: Ed. Tecnos, 1992.

GRAU, María Amparo. «**Extinción de las concesiones**». 23 de junio de 2000. <http://www.badellgrau.com/opiextincion.html>. (25 de enero de 2006).

Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero. «**Presentación e historia**». (s.f.). <http://www.inacc.gob.pe/index.html>. (24 de enero de 2006).

IVNISKY, Marina. «**Derecho administrativo y estado**». (s.f.). <http://www.monografias.com/trabajos4/deradmi/deradmi.shtml#top>. (24 de enero de 2006).

JÉZE, Gastón. **Principios generales de derecho administrativo**. 4t.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1949.

LIRA UBIDIA, Celia. «**Los contratos públicos**». (s.f.). <http://www.gestiopolis.com/recursos/documentos/fulldocs/eco1/contrapublico.htm>. (24 mayo 2006).

MARIENHOFF, Miguel. **Tratado de derecho administrativo**. 2t.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo Perrot, 1982.

ORDOSGOITIA SANTANA, Luis Carlos. «**Instituto nacional de concesiones,**» *concesiones viales administradas por el Instituto nacional de concesiones*. 24 de enero de 2006. http://www.inco.gov.co/FormsWeb/WF_EntidadCo.aspx. (24 de enero de 2006).

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

ROBALLOL, Julio. **De la cláusula de caducidad**. Bogotá, Colombia: Ed. Temis, 1984.

SANZ ALONSO, Pedro. «**Comunidad autónoma de la Rioja,**» *Logroño*. 19 de octubre de 2005. <http://www.boe.es/boe/dias/2005/11/11/pdfs/A36885-36919.pdf>. (16 de mayo de 2006).

TORRES CÓRDOVA, Héctor Ramón. «**Teoría general del contrato administrativo**». 2003. <http://www.monografias.com/trabajos16/contrato-administrativo/contrato-administrativo.shtml>. (23 de mayo de 2006).

UMAÑA, Mario. «**Marco legal para las concesiones en Guatemala**». 13 de octubre de 1998. <http://www.oas.org/CIP/esp/Reuniones%20CIP/CostaRica01/infcostarica.htm>. (8 de junio de 2006).

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

Legislación:

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

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

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

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