

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



**LA SIMULACIÓN RELATIVA EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE EL
REGISTRO MERCANTIL GENERAL DE LA REPÚBLICA Y LAS PERSONAS
CONTRATADAS POR ÉSTE, BAJO CONTRATO DE SERVICIOS TÉCNICOS**

CARLOS ANTONIO YOQUE LOL

GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2011

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

**LA SIMULACIÓN RELATIVA EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE EL
REGISTRO MERCANTIL GENERAL DE LA REPÚBLICA Y LAS PERSONAS
CONTRATADAS POR ÉSTE, BAJO CONTRATO DE SERVICIOS TÉCNICOS**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

CARLOS ANTONIO YOQUE LOL

Previo a conferírsele el Grado Académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, septiembre de 2011

**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. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Modesto José Eduardo Salazar Diéguez
VOCAL V: Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

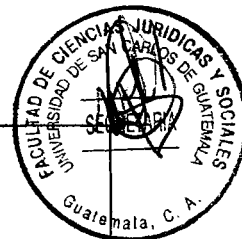
Presidente: Lic. Edwin Leonel Bautista Morales
Vocal: Lic. José Dolores Bor Sequén
Secretario: Lic. Héctor René Granados Figueroa

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Carlos De León Velasco
Vocal: Lic. Carlos Enrique Aguirre Ramos
Secretario: Lic. Edgardo Enrique Enríquez Cabrera

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

Lic. Carlos Revolorio Marroquín
ABOGADO Y NOTARIO



Guatemala, 23 de junio del año 2011

Licenciado

Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.

Licenciado Castro Monroy:

Le doy a conocer que procedí a la asesoría de tesis del bachiller Carlos Antonio Yoque Lol, en base al nombramiento de fecha veintiocho de marzo del año dos mil once; intitulada: **“LA SIMULACIÓN RELATIVA EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE EL REGISTRO MERCANTIL GENERAL DE LA REPÚBLICA Y LAS PERSONAS CONTRATADAS POR ÉSTE, BAJO CONTRATO DE SERVICIOS TÉCNICOS, EN EL PERÍODO DEL AÑO DOS MIL DIEZ”**. Después de la asesoría encomendada, hago de su conocimiento:

- 1) El contenido científico y técnico de la tesis, es de importancia ya que estudia jurídicamente la importancia del análisis del contrato de servicios profesionales y de que la contratación de un servicio; sea prestada con toda diligencia.
- 2) Durante el desarrollo de la tesis se emplearon los métodos y las técnicas de investigación acordes. Los métodos utilizados fueron: analítico, el cual dio a conocer el contrato; el sintético, estableció su importancia; el inductivo, señaló el contrato de servicios técnicos; y el deductivo, indicó la simulación relativa. El procedimiento para la elaboración de la misma, abarcó las técnicas de fichas bibliográficas y la documental; con las cuales se obtuvo la información jurídica y doctrinaria.
- 3) La redacción de la tesis, se llevó a cabo empleando un lenguaje adecuado. Los objetivos, dieron a conocer las variantes que puede presentar la simulación en los contratos en estudio.



Lic. Carlos Revolorio Marroquín
ABOGADO Y NOTARIO

- 4) La contribución científica del trabajo llevado a cabo por el sustentante es fundamental para la sociedad guatemalteca, debido a que señala la problemática actual.
- 5) Las conclusiones y recomendaciones de la tesis, tienen congruencia con los capítulos desarrollados. Al sustentante le sugerí modificar el título de la tesis, quedando de la siguiente manera: **“LA SIMULACIÓN RELATIVA EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE EL REGISTRO MERCANTIL GENERAL DE LA REPÚBLICA Y LAS PERSONAS CONTRATADAS POR ÉSTE, BAJO CONTRATO DE SERVICIOS TÉCNICOS”**.
- 6) Personalmente me encargué de guiarlo durante las etapas respectivas al proceso de investigación, empleando los métodos apropiados, que permitieron la comprobación de la hipótesis formulada, relativa a establecer si en los contratos celebrados entre el Registro Mercantil y las personas contratadas por éste, bajo contrato de servicios técnicos; existe o no simulación relativa.
- 7) Se utilizó la bibliografía adecuada y la misma tiene relación con el trabajo de tesis y con el contenido de los capítulos desarrollados.

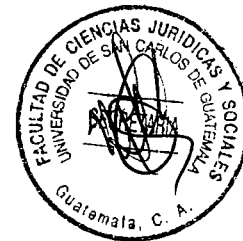
La tesis reúne los requisitos legales del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, motivo por el cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Muy atentamente.

Lic. Carlos Revolorio Marroquín
Abogado y Notario
Colegiado 5,409
Asesor de Tesis

Carlos Revolorio
ABOGADO Y NOTARIO

6ª. avenida 16-24 zona 10
Teléfono: 22441200



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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) EDGAR ARMINDO CASTILLO AYALA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: CARLOS ANTONIO YOQUE LOL, Intitulado: "LA SIMULACIÓN RELATIVA EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE EL REGISTRO MERCANTIL GENERAL DE LA REPÚBLICA Y LAS PERSONAS CONTRATADAS POR ÉSTE, BAJO CONTRATO DE SERVICIOS TÉCNICOS".

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, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
CMCM/Cpt

Licenciado
Edgar Armindo Castillo Ayala
Abogado y Notario



Guatemala 18 de julio del año 2011

Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

Hago de su conocimiento que de conformidad con el nombramiento de fecha cinco de julio del año dos mil once, revisé la tesis del bachiller Carlos Antonio Yoque Lol que se intitula: **“LA SIMULACIÓN RELATIVA EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE EL REGISTRO MERCANTIL GENERAL DE LA REPÚBLICA Y LAS PERSONAS CONTRATADAS POR ÉSTE, BAJO CONTRATO DE SERVICIOS TÉCNICOS”**; manifestándole lo siguiente:

1. La tesis abarca un amplio contenido científico y técnico, relacionado con la importancia de que se analice la simulación relativa en los contratos que sean celebrados entre el Registro Mercantil General de la República y las personas que el mismo contrate bajo contrato de servicios técnicos.
2. Se utilizaron los siguientes métodos de investigación: analítico, con el cual se estableció el contrato de servicios técnicos; el sintético, dio a conocer su importancia; el inductivo, señaló sus características y el deductivo, indicó la simulación relativa. Las técnicas empleadas fueron la documental y de fichas bibliográficas, mediante las cuales se obtuvo la información legal y doctrinaria relacionada con el tema investigado.
3. La redacción empleada durante el desarrollo de la tesis es la apropiada y el trabajo de tesis constituye un aporte de interés para estudiantes y profesionales.
4. La tesis es constitutiva de una contribución científica para la sociedad guatemalteca, siendo el desarrollo, análisis y aportaciones sustentadas, de importancia y valederas dentro de la revisión prestada.
5. Las conclusiones y recomendaciones son acordes al desarrollo de los capítulos. Al sustentante le sugerí modificar sus márgenes e introducción. Los objetivos generales y específicos se alcanzaron al indicar los mismos la problemática actual.



Licenciado
Edgar Armindo Castillo Ayala
Abogado y Notario

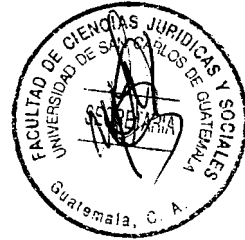
6. Por el contenido objeto de desarrollo, análisis y aportaciones sustentadas, la tesis se califica de importancia y valedera dentro de la revisión prestada; circunstancias académicas que desde todo punto de vista deben concurrir y que permiten la comprobación de la hipótesis formulada, relacionada con la simulación relativa en los contratos de servicios técnicos.
7. La bibliografía utilizada tiene relación con las citas bibliográficas y con el desarrollo de los capítulos de la tesis.

La tesis efectivamente reúne los requisitos legales del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite correspondiente, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Deferentemente.

Lic. Edgar Armando Castillo Ayala
Revisor de Tesis
Colegiado 6220

Edgar Armindo Castillo Ayala
Abogado y Notario



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, dieciséis de agosto del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante CARLOS ANTONIO YOQUEL LOL, Titulado LA SIMULACIÓN RELATIVA EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE EL REGISTRO MERCANTIL GENERAL DE LA REPÚBLICA Y LAS PERSONAS CONTRATADAS POR ÉSTE, BAJO CONTRATO DE SERVICIOS TÉCNICOS. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/slh.



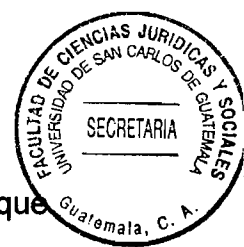
DEDICATORIA

A DIOS:

Señor desde que fui concebido, tú ya tenías un propósito para mi vida, he pasado tantas cosas, buenas y malas, muchas personas no daban nada por mí, ni muchos menos por mi familia, querían verme fracasado, pero tú me has levantado, me has dado trabajo desde pequeño en tantos oficios que me has puesto en el camino, pero para ti mi gran logro sería éste, ser un profesional universitario, gracias por amarme como soy y por bendecirme tanto y por ser mi cómplice en este sueño.

A MÍ PADRE:

Carlos Yoque (Q.E.P.D.). En el tiempo que Dios nos permitió estar juntos, has dejado en mí tantas cosas buenas, recuerdo cuando de pequeño lloraba para ir contigo a trabajar, porque no me quería separar de ti, o de tantas veces que fuimos a pescar al lago, en donde yo me sentía protegido porque sabía que tú estabas a mi lado, sabes a pesar que ha pasado tanto tiempo, te extraño y lloro porque quisiera que estuvieras acá, porque siempre he necesitado de tus consejos, porque quisiera compartir contigo este triunfo y no solo el de mi hijo, tu nieto que le hubiere



dado gusto poder conocer a su papá Carlos para que lo consintiera como lo hiciste conmigo. Gracias papá por todo y sé que en donde estés te sientes orgulloso de tu hijo, de tus ojos de venado, gracias por ser mi papá te amo y hasta pronto.

A MÍ MADRE:

Eluvia Delgado Lol. Le doy gracias a Dios por haberte elegido como mi madre, por ser quien eres, me siento orgulloso de ti, pasa por mi mente tantos recuerdos como cuando un día, caminando junto a ti de tu mano buscando de casa en casa quien podría necesitar de una mujer que hiciera los trabajos domésticos, de cuánto caminaste por no pagar un pasaje, de cuántas veces dejaste de comer, de llorar rogándole a Dios encontrar un trabajo para llevarnos un pan a casa, gracias por todo lo que me has dado hasta este momento, por tus consejos, por tus regaños, por tu amor incondicional, gracias por aguantar tantos sufrimientos por nosotros, por que en los momentos más difíciles de nuestras vidas has estado tú madrecita querida, le pido a Dios que te dé muchas bendiciones hoy y siempre. Gracias por decirme no desmayes, te ha costado estar donde estás, te hace



falta poco, MADRE acá esta por lo que siempre le has pedido a Dios, hoy puedo decir misión cumplida.

A MÍ ESPOSA:

Ingrid Beatriz Lancerio Xicay. Gracias por llegar a mi vida y ser parte de este sueño, por amarme sin reserva alguna, gracias por estar conmigo en las buenas y en las malas, por ser incondicional, por apoyarme siempre, porque cuando mirabas que decaía siempre me llenabas de palabras alentadoras y junto a ti he logrado también el sueño de cualquier hombre que desea ser padre.

A MÍ HIJO:

Carlos André Yoque Lancerio. Hijo tú viniste a ser el regalo más grande que Dios y la vida me ha regalado, y también has sido partícipe de este gran triunfo, del sueño de tu viejo, de tu papá, le pido a Dios poder verte crecer y hacer de ti un hombre de bien, como mi papá quiso que yo fuera.

A MIS SEGUNDOS PADRES:

Yolanda de Pivaral y Licenciado Guillermo Estuardo Pivaral Guzmán, mis padres como les digo de cariño, gracias por sus sabios consejos, por sus enseñanzas, por encaminarme a esta fascinante carrera del derecho, padre siempre llevaré conmigo esas palabras



que me dijiste hace como quince años cuando llegué por primera vez a tu oficina (mijo acá en esta oficina se atiende a toda persona, no importa si es rica o pobre, si viene descalza o no, todos son iguales para mí), desde hoy lo pondré en práctica y no solo eso, si no todo lo que en este tiempo me ha enseñado gracias por todo.

A MIS HERMANOS:

Marta Julia, hija, gracias por todo, por ser también mi madre, de pequeño nunca me desamparaste, tantos recuerdos de esa niñez tan linda que pasamos, de las travesuras que hacíamos, de las penas que pasamos con mi papá te recuerdas. Pero a pesar de tu corta edad velaste por nosotros, si no teníamos que comer tu también mirabas que hacías para poder comer una tortilla con sal y mi hermano Luis Ricardo Yoque, gracias por estar conmigo cuando lo necesité.

A LOS PROFESIONALES:

Guillermo Pivaral, Edgar Castillo, Carlos Revolorio, Cristian Pemueler, Estuardo Castellanos, Marvin Castillo y Rodolfo Córdova, gracias por sus sabios consejos, que sin esperar nada a cambio lo compartieron conmigo.

A MIS AMIGOS:

Selvin Medina, Yenifer Guerra, Wagner y Kenny González, Manuel Ramos, Moisés Estacuy, Diego Gómez, Macario Hernández, Rebeca Sánchez, Emmanuel de Jesús Ramírez, Alejandro Hernández, Antonio de Jesús Pérez, gracias por ser parte de este sueño y por esa amistad que ha perdurado por muchos años.

A MI ALMA MATER:

Universidad de San Carlos de Guatemala. Gracias por dejar ser parte de la historia de esta Universidad, y en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por ser la que llenó mi vida de sabios conocimientos que a partir de hoy serán empleados para poder ser un buen profesional dentro de esta carrera.





ÍNDICE

Pág.

Introducción..... i

CAPÍTULO I

1. El contrato.....	1
1.1. Concepto.....	2
1.2. Definición legal.....	3
1.3. Reseña histórica.....	3
1.4. Elementos.....	4
1.5. Sistemas de contratación.....	7
1.6. Efectos.....	8
1.7. Interpretación del negocio jurídico contractual.....	11
1.8. El contrato y los derechos reales.....	14
1.9. Contrato y derechos personalísimos.....	14
1.10. El contrato y los actos jurídicos.....	15
1.11. Contrato y convención.....	16

CAPÍTULO II

2. Los contratos administrativos.....	19
2.1. Definición.....	20
2.2. Caracteres.....	21
2.3. Principios rectores.....	25



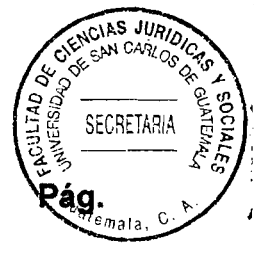
2.4.	Requisitos.....	27
2.5.	Vicios del consentimiento.....	33

CAPÍTULO III

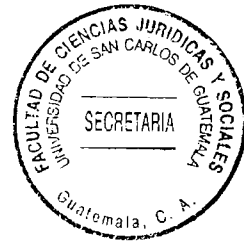
3.	Los contratos en la Ley de Contrataciones del Estado de Guatemala.....	37
3.1.	Origen y alcances.....	39
3.2.	Principios.....	40
3.3.	Potestades públicas administrativas.....	43
3.4.	Regulación legal de los contratos.....	48
3.5.	Aplicación en la administración pública.....	60

CAPÍTULO IV

4.	Análisis de la simulación relativa en contratos celebrados entre el Registro Mercantil y personas contratadas por éste bajo contrato de servicios técnicos....	63
4.1.	Conceptualización.....	64
4.2.	Definición de funcionario público.....	72
4.3.	Reseña histórica.....	73
4.4.	Naturaleza jurídica.....	76
4.5.	El contrato de servicios técnicos.....	80
4.6.	Simulación relativa en los contratos celebrados entre el Registro Mercantil	



y las personas contratadas por éste, bajo el contrato de servicios técnicos en Guatemala.....	83
CONCLUSIONES.....	89
RECOMENDACIONES.....	91
BIBLIOGRAFÍA.....	93



INTRODUCCIÓN

El tema de la tesis, se escogió debido a que es fundamental señalar que la administración pública tiene que cumplir con la función encaminada a la consecución del bien común y para la actuación y cumplimiento de ese fin; se enmarca dentro de la competencia fijada por mandato de la ley.

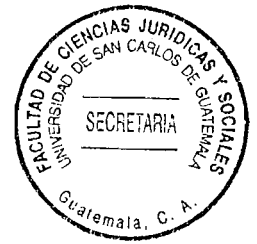
La competencia administrativa, necesariamente tiene que ser ejercida por personas físicas que la desempeñen, debido a que el Estado o la administración pública solamente tienen una existencia incorporal, que no es susceptible de tomar decisiones por sí misma; ni de prestar servicio para suplir las necesidades de personal. Los objetivos de la tesis, señalaron que en la administración pública guatemalteca, la selección en la contratación de servidores públicos, se encuentra regulada por la Ley del Servicio Civil, a la cual tiene que ajustarse el Estado para la contratación de sus servidores. La hipótesis comprobó, que en la actualidad ocurre el fenómeno, que no en pocas dependencias estatales opera, y que consiste en la contratación de personal para el desempeño de cargos de la administración pública mediante contratos de servicios profesionales o servicios técnicos, los cuales se ajustan a las regulaciones de la Ley de Contrataciones del Estado y no al proceso establecido en la Ley de Servicio Civil. De la lectura e interpretación de los contratos de servicios profesionales, se desprenden una serie de elementos que doctrinariamente configuran el servicio o empleo público, por lo que puede existir una simulación por parte del Estado, al contratar de esa forma y para determinar si existe o no una simulación en los contratos



de servicios profesionales se tomó como campo de investigación el Registro Mercantil para determinar si en los contratos de servicios técnicos, existe una simulación relativa o no la hay.

El desarrollo de la misma, se dividió en cuatro capítulos: el primero, relativo al contrato, concepto, definición legal, reseña histórica, elementos, sistemas de contratación, efectos, interpretación del negocio jurídico contractual, contrato y derechos reales, contratos y derechos personalísimos, el contrato y los actos jurídicos y el contrato y convención; el segundo, indica los contratos administrativos, definición, caracteres, principios rectores, requisitos y vicios del consentimiento; el tercero, señala los contratos en la Ley de Contrataciones del Estado, su origen y alcances, principios, potestades públicas administrativas, regulación legal y aplicación en la administración pública; y el cuarto, analiza la simulación relativa en los contratos celebrados entre el Registro Mercantil y las personas contratadas por éste, bajo el contrato de servicios técnicos.

Se utilizaron los métodos analítico, inductivo, descriptivo y deductivo. También se emplearon las técnicas de fichas bibliográficas y documental, con las que se recolectó la información bibliográfica y documental relacionada con el tema investigado. La tesis es constitutiva de un aporte científico para la sociedad guatemalteca y se justifica como un instrumento para la determinación de la verdadera naturaleza de los contratos de servicios profesionales y con ella se fortalece la certeza jurídica relacionada a este tipo de contratación.



CAPÍTULO I

1. El contrato

El contrato es una categoría del derecho común y es la fuente primordial de las obligaciones. La existencia de los mismos, se dedica a la doctrina general de las obligaciones, prescindiendo para ello de las causas que le dan origen; y a su vez permite una exposición sistemática de la materia.

Al lado del contrato, se encuentra como fuente de obligaciones otros hechos, actos o negocios jurídico y esas fuentes son la ley, la costumbre, la equidad, el ejercicio abusivo de derechos, la declaración unilateral de voluntad, la gestión de los negocios ajenos; el enriquecimiento sin causa y los actos ilícitos o violaciones al deber jurídico de no dañar.

La amplitud del concepto de contrato dentro del ámbito obligaciones, puede tener también por objeto la creación de un sujeto jurídico; consistente en la sociedad civil y la asociación.

La ley y el contrato, tienen un punto de contacto constitutivo de una regla de tipo jurídica; a la cual tienen que someterse las personas. Las diferencias son bien profundas, siendo la ley la regla general y el contrato, solamente es para las partes que lo han firmado. De ello deriva, que los contratos se encuentren subordinados a la ley, y las normas imperativas no pueden ser dejadas de lado por los contratantes, quienes se encuentran sometidos a ellas; no importando lo que hayan convenido en los contratos.



El contrato consiste, en el instrumento de mayor importancia del que se valen los hombres para llevar a cabo sus relaciones jurídicas; y además es la principal fuente de las obligaciones.

El hombre vive contratando o bien cumpliendo contratos, desde operaciones de gran envergadura, hasta la existencia de contratos cotidianos que el hombre lleva a cabo; muchas veces sin darse cuenta. Es claro que el contrato alcanza su mayor relevancia, dentro de un régimen de economía capitalista liberal, pero no por ello se tiene que pensar que no la tiene en los países con otro tipo de sistemas; aún en aquellos que han suprimido totalmente la propiedad privada.

Desde el punto de vista ético, la importancia se aprecia desde un doble ángulo: por un lado, existe una cuestión moral que se encuentra envuelta en el deber de ser un instrumento; de la realización del bien común.

1.1. Concepto

“Contrato es el acuerdo de dos o más personas, sobre un objeto de interés jurídico que constituye una especie particular de convención; cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones”.¹

¹ Escola, Héctor. **Tratado integral de los contratos**, pág.36.



“El contrato es el pacto o convenio entre las partes, que se obligan sobre materia o cosa determinada; y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas”.²

1.2. Definición legal

El contrato se encuentra regulado en el Código Civil, en el Artículo 1517: “Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”.

1.3. Reseña histórica

En los tiempos anteriores al derecho romano, el contrato únicamente se manifestaba como una solución pacífica al *casus belli* provocado por el delito; concretándose al mundo jurídico del pueblo. El contrato, en ese derecho, tiene una significancia especial; referida a los supuestos en los que el acuerdo de voluntades podía producir plena obligatoriedad.

Originalmente, se tomó en consideración la observación de una forma especial, y más tarde se reconoció como válidamente celebrado si existía ejecución por parte de uno de los contratantes a título de crédito, o a través de la transcripción de los mismos; en el *data* y haber del *pater familias*. Por último, se admitió de forma excepcional; que para determinados contratos era suficiente el acuerdo de voluntades.

² Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**, pág. 196.



La posterior evolución del derecho romano, determinó el abandono del viejo rigorismo.

La degeneración de las formas solemnes de la *stipulatio*, la inexistencia de la antigua forma contractual literal, así como la creación de la categoría de los contratos innominados y la admisión de los pactos, causó poco a poco la descomposición del sistema cerrado de los tipos contractuales y el comienzo de un camino dirigido, a la admisión de una categoría abstracta y general del contrato, que posteriormente recibe su fuerza obligatoria por sí mismo; de manera independiente a las causas antes anotadas.

En la época liberal, por influencia de distintos factores de tipo doctrinal y político, se llega a la concepción que se ha vivido hasta el día de hoy, y se caracteriza por la obligatoriedad y fuerza vinculante del contrato, nacida exclusivamente del acuerdo de voluntades; derivado de la absoluta soberanía del mismo.

1.4. Elementos

En un sentido general y amplio, los elementos de un contrato son constitutivos de sus componentes, o sea; de sus partes. En sentido formal, los principios fundamentales que lo integran y contribuyen a su formación y validez, se han clasificado por la doctrina en: esenciales, naturales y accidentales.

- a) **Elementos esenciales:** son los elementos necesarios, para la existencia de cualquier negocio jurídico; o para un determinado tipo de negocio. Los mismos conllevan ineficacia y nulidad absoluta del contrato.



Los elementos esenciales se dividen en:

- Elementos esenciales comunes a todos los contratos: son aquellos que son indispensables en todos los contratos y su consentimiento no puede adolecer de vicio, en ellos existen dos voluntades con objetos distintos, el objeto en ellos es lícito, la causa que se encuentra debidamente determinada y existe; capacidad legal del sujeto que declara su voluntad.

- Elementos esenciales especiales: son indispensables pero solamente a una clase determinada de contratos, y dentro de los mismos se encuentran los contratos solemnes y los contratos reales; en los que es fundamental la entrega de la cosa.

- Elementos esenciales especialísimos: son aquellos elementos de importancia, para un solo contrato.

- b) Elementos naturales: consisten en los elementos que normalmente acompañan al negocio jurídico, por ser conformes a su naturaleza se les sobreentiende aunque no se expresen; pero las partes pueden excluirlos de forma voluntaria por no ser necesarios.

- c) Elementos accidentales: son aquellos que no son necesarios para la existencia del negocio ni tampoco se entienden contenidos en él, pero la voluntad de las

partes se puede añadir al negocio, y son fundamentalmente elementos accidentales de importancia: la condición, el plazo y el modo.

Entre sus teorías podemos mencionar:

Siendo las mismas, las que a continuación se dan a conocer y explican brevemente:

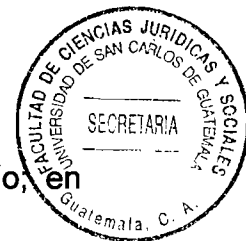
- a) Teoría de la voluntad: consiste en la teoría clásica, que sostenía el imperio total de la voluntad interna. De conformidad con la misma, el origen íntimo y auténtico de toda vinculación contractual, consiste en la voluntad de las partes.

“El contrato implica el concurso de dos voluntades internas, lo que tiene que interpretarse son esas dos voluntades. La declaración solamente sería una cuestión formal y la noble labor de la justicia es consistente en desentrañar la verdadera voluntad de las partes y hacerle producir efectos”.³

- b) Teoría de la declaración de la voluntad: la formación de los contratos en general, no puede aparecer sino solamente en coincidencia de las voluntades que hayan sido declaradas y que son exclusivas; y pueden conocer y apreciar las partes.

La intención o voluntad íntima, no es accesible a los terceros y no puede consistir en la base de un negocio jurídico, debido a ser fuente de derechos y obligaciones, quizá

³ Escola. **Ob.Cit**, pág. 45.



gravosas, y tiene que tener un fundamento concreto, seguro y serio, en condiciones que no pueden encontrarse en la simple intención.

- c) Teoría armónica o mixta: la misma sostiene, que tiene que prevalecer la voluntad interna, real y efectiva de las partes, pero que, de forma excepcional; tiene que ser prevaleciente la declaración en dos casos de importancia. La primera, relativa a que la divergencia es imputable a culpa de quien emite las declaraciones; la segunda, cuando la parte destinataria de la declaración haya procedido de buena fe.

1.5. Sistemas de contratación

Los sistemas de contratación son los siguientes:

- a) Formalistas: se caracterizan por la exigencia de determinadas formalidades exteriores; que tienen el carácter de esenciales para la existencia y validez de los contratos.
- b) Consentimiento: se le denomina también consensualista y se caracteriza, debido a que solamente toma en consideración el elemento interno del contrato; o bien la convergencia de voluntades.



- c) Sistema ecléctico o moderno: en el mismo, los contratantes quedan perfectos a través de la voluntad, pero en determinadas ocasiones; se exige una determinada forma de prueba.

1.6. Efectos

El contrato produce un doble efecto, debido a que hace nacer obligaciones entre los contratantes y también trata de saber quienes son las personas que pueden; por el contrario resultar acreedoras o deudoras.

El Artículo 1534 del Código Civil regula: "Efectos del contrato. Los que celebren un contrato, están obligados a concluirlo y a resarcir los daños y perjuicios resultantes de la inejecución o contravención por culpa o dolo".

- a) **Obligatoriedad:** nace del consentimiento y no puede existir, más que entre las personas que han otorgado su consentimiento. El fundamento primordial de la misma, consiste en la voluntad contractual, debido a que concede la fuerza obligatoria al otorgarle categoría de norma jurídica; al vínculo que haya sido contraído mediante las partes.

A la obligatoriedad, se le ha denominado ley entre las partes, y la misma es generadora de dos aspectos que doctrinalmente se les denomina positivas, debido a que se traducen en la necesidad que tienen las partes de cumplir de acuerdo; al tenor específico del contrato.



El aspecto negativo, se proyecta en relación a todas las personas que no han tenido intervención en el contrato y las que compelen al respeto de las distintas situaciones jurídicas; que hayan nacido al amparo del contrato.

“La obligatoriedad del contrato es consistente en su fuerza vinculante, o sea, que los mismos son de forzoso cumplimiento; y por ello se señala que los contratos tienen ley”.⁴

- b) Relatividad: la misma, es consistente en que se tiene que establecer una variante al principio de que el contrato solamente obliga a las partes, al regular el contrato a favor de terceros.
- c) Efectos entre las partes: las partes son los sujetos que han terminado con el contrato, o bien que se encuentran representadas en el mismo.

En virtud que el contrato es tomado en consideración como ley particular y relativa debido a que solamente afecta a las partes, y las vincula con fuerza de ley no pudiendo desligarse de manera unilateral, a excepción de los casos especiales como la disolución del contrato de sociedad, la extinción del mandato por su revocación o renuncia y la revocación de la donación tiene que ser por causa injustificada.

⁴ Bercaitz Juárez, Miguel Ángel. **Teoría general de los contratos administrativos**, pág. 42.



- d) Efectos con relación a terceros: el contrato llena una relación económica de intercambio, se encarga de modificar la composición del patrimonio de una persona; y en dicho sentido produce efectos en relación a terceros.

El Artículo 1530 del Código Civil regula: “Contrato a favor y a cargo de tercero. Se puede prometer por el hecho de un tercero con cargo de indemnización si éste no cumple. La responsabilidad del promitente cesará desde el momento en que el tercero acepte la obligación”.

El que estipulare, a favor de un tercero tiene el derecho a exigir el cumplimiento de la obligación. Igual derecho, le corresponde al tercero cuando así resulte del fin contemplado en el contrato y se puede prometer por el hecho de un tercero, con cargo de indemnización si este no cumple la responsabilidad del promitente; entonces cesará desde el momento en que el tercero acepta la indemnización.

El Artículo 1531 del Código Civil regula: “El que estipulare a favor de un tercero tiene derecho a exigir el cumplimiento de la obligación.

El mismo derecho incumbe al tercero cuando así resulte del fin contemplado en el contrato”.

El Artículo 1532 del Código Civil regula: “Cuando se dejará al tercero favorecido por el contrato el derecho de reclamar la ejecución de lo pactado, no dependerá del estipulante exonerar el deudor”.



El Artículo 1533 del Código Civil regula: “El estipulante puede reservarse el derecho de sustituir al tercero designado en el contrato, independientemente de la voluntad de éste y del otro contratante”.

1.7. Interpretación del negocio jurídico contractual

Para que un contrato cuente con viabilidad, tiene que existir la condición precisa que se fije su contenido y estructura, debido a que para poder responder; hay que saber antes de qué hay que responder.

“La interpretación del negocio jurídico contractual es aquel procedimiento que trata de descubrir el verdadero sentido de las cláusulas de un contrato, para posibilitar su actuación”.⁵

Existen dos tendencias importantes, que han pretendido conquistar el campo de la interpretación: una clásica, firmemente asentada en el dogma de la autonomía de la voluntad; y otra moderna, que busca dar un nuevo sesgo al asunto, debido a que si la voluntad concordada fue la que dio vida al negocio contractual, es a esa común intención a que debe atenderse.

Lo que busca, es lo que las partes quisieron y en ese sentido el juez tiene que encargarse de colocar la forma en que se tuvo que interpretar la conducta constitutiva de la declaración de voluntad y tomar el significado que tiene que atribuirle el comercio

⁵ *Ibid*, pág. 58.

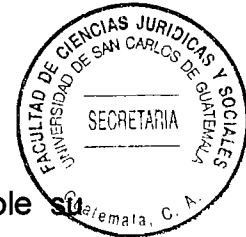


jurídico. La interpretación actúa en el caso de que la literalidad del contrato, no refleje de forma exacta de la voluntad de las partes y para ello es necesario tomar en consideración: la conducta de las partes en la celebración del contrato, el engarce de todas las cláusulas contractuales entre sí, la práctica consuetudinaria y la finalidad del negocio jurídico.

Si los términos o conceptos del contrato, son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes; se estará al sentido literal de sus cláusulas. Cuando las palabras sean distintas o contrarias a la intención evidente de los contratantes, entonces prevalecerá ésta sobre aquellas.

Por muy generales que sean los términos en que aparezca redactado un contrato, no tienen que entenderse comprendidos en los mismos cosas distintas; y casos diferentes de aquéllos sobre los que los interesados se propusieron contratar. Además, las frases y palabras que puedan interpretarse en distintos sentidos, tienen que entenderse en aquél que sea más conforme con la materia del contrato.

Cuando alguna cláusula permita distintos sentido o cuando ellos sean contrarios, tiene que entenderse en el adecuado para que produzca efectos; de conformidad con la naturaleza del contrato.



“Si dos o más cláusulas se contradicen entre sí, de forma que sea imposible su coexistencia; tiene que prevalecer la cláusula o las cláusulas que sean más conformes con la naturaleza del contrato y con la intención de las partes”.⁶

Las cláusulas de los contratos, se tienen que interpretar las unas por las otras atribuyendo a las dudosas en el sentido que resulte del conjunto de todas. Las cláusulas ambiguas, se tienen que interpretar con arreglo a lo que se utilizó y la costumbre es determinante del lugar en el que el contrato haya sido otorgado.

Aquellas cláusulas oscuras, ambiguas o que sean contradictorias en un contrato, e insertas en modelos o formularios que hayan sido preparados de antemano por uno de los contratantes; se tienen que interpretar en beneficio del otro contratante.

Cuando en un contrato se ha expresado un caso para posteriormente poder explicar la obligación, no se tiene que entender que se buscó la restricción de toda la obligación al caso exclusivamente; excluyendo por ende al resto de lo que naturalmente se extienda.

Si la duda no puede ser resuelta por los medios que hayan sido indicados, se tiene que tomar la decisión en beneficio del obligado. Además, si por los términos en que se encuentra concebido el contrato, no puede conocerse la intención o la voluntad de los contratantes en relación al objeto principal; entonces la obligación no cuenta con valor alguno.

⁶ *Ibid*, pág. 62.



1.8. El contrato y los derechos reales

El contrato resulta insuficiente por sí mismo, para la producción de la adquisición o constitución de los derechos reales. El ordenamiento jurídico guatemalteco es productor de efectos obligacionales, pero no cuenta con la debida eficacia real.

Ello no quiere decir, que exista desconocimiento de la estrecha vinculación existente entre el contrato y los derechos reales. La relación de mayor importancia, consiste en la que se concreta señalando que el contrato es de utilidad al título de los derechos reales. Pero, ese título no es suficiente para la transmisión o la adquisición de los derechos reales, debido a que es necesario que sea seguido en el derecho guatemalteco, de dos maneras que buscan de forma esencial los fines de la publicidad; como lo son: la tradición y la inscripción registral.

Al tratarse de determinados derechos reales como lo son la prenda y la hipoteca, sin que exista desplazamiento; es suficiente el modo de inscripción registral.

1.9. Contratos y derechos personalísimos

Los derechos de la personalidad, no son objeto de contratación. Solamente por excepción, pueden ser algunos de los derechos de carácter personalísimo, siendo los mismos los siguientes: vida, integridad física, libertad personal, honor, derecho a la imagen y privacidad, la individualidad física, al nombre y el derecho moral de autor.



1.10. El contrato y los actos jurídicos

De la comparación del contrato y del acto jurídico se desprende, en consecuencia una profunda diferencia consistente en su naturaleza, y relativa a las zonas jurídicas separadas, y en relación a su objeto, uno de ellos persigue como fin inmediato el emplazamiento en el estado de familia o bien la regulación de facultades emergentes de los derechos subjetivos familiares, mientras que el contrato tiene como finalidad; la creación de una relación patrimonial.

El Artículo 1538 del Código Civil regula: “Objeto del contrato. No sola las cosas que existen pueden ser objeto de los contratos, en las que se espera que existan, pero es necesario que las unan y las otras estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género.

La cantidad puede ser incierta con tal que el contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla.

Los hechos han de ser posibles, determinados y en su cumplimiento han de tener interés los contratantes”.

El Artículo 1539 del Código Civil regula: “Se prohíbe todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha fallecido, o cuyo fallecimiento se ignore”.



El Artículo 1540 del Código Civil regula: “Si después de celebrado un contrato bilateral sobreviniere a una de las partes disminución de su patrimonio, capaz de comprometer o hacer dudosa la prestación que le incumbe, puede la parte que debe efectuar su prestación en primer lugar, rehusar su ejecución, hasta que la otra satisfaga la que le concierne o dé garantías suficientes”.

1.11. Contrato y convención

El contrato, consiste en un acuerdo de voluntades destinado a la regulación de los derechos patrimoniales.

“La voz contrato proviene de *contractus*, expresión latina que significa unir, estrechar, o contraer, convención, viene de *cum venire* o venir juntos”.⁷

La doctrina moderna, aunque bien dividida en relación al alcance de las figuras jurídicas, distingue entre contrato, convención y pacto.

La convención es el género y el contrato la especie. Existen leyes que no distinguen entre contrato y convención, debido a que ambos comprenderían todo tipo de acuerdo, tenga o no un objeto patrimonial.

⁷ Escola. **Ob. Cit**, pág. 68.



Es de importancia señalar que la prestación de un contrato, tiene que ser susceptible de apreciación pecuniaria. La convención, en cambio es referente a todo acuerdo de voluntades sean o no de carácter patrimonial.

El contrato actúa en el derecho de forma exclusiva, en el ámbito de las relaciones jurídicas obligacionales. El pacto, de conformidad con la tendencia prevaleciente, alude a las cláusulas de tipo accesorio encargadas de la modificación de los efectos normales o naturales de los contratos típicos, o sea de los efectos que se encuentran previstos a través del legislador de una forma supletoria, y que las partes pueden excluir; ampliar o reducir.

Al señalar la existencia de una convención, es en relación a la que tiene carácter jurídico, o sea, la que tiene por objetivo la reglamentación de los derechos de las partes y no a la convención simple o no jurídica, que consiste en un acuerdo de partes; que trata acerca de las relaciones ajenas al campo del derecho.

Desde el punto de vista etimológico, el contrato deriva de contraer obligaciones, y es apropiado, para la circunscripción del concepto relacionado con los acuerdos de voluntades; cuyo objetivo es la creación o modificación de las obligaciones entre las partes.





CAPÍTULO II

2. Los contratos administrativos

El derecho público interno es muy atractivo, para la población de cualquier Estado. El derecho constitucional, es el origen y fundamento de todo el orden jurídico estatal y se encarga del establecimiento de garantías individuales y de derechos públicos de orden subjetivo del gobernado, de la organización y de la distribución de los órganos, que llevan a cabo las atribuciones estatales; mediante las funciones constitucionales encomendadas a los mismos.

La distribución de la competencia, así como la organización y el funcionamiento de los mismos; señala las características del mismo Estado.

“La palabra contrato es proveniente de la voz latina *contractus* que significa decir lo contraído, y es el participio pasivo del verbo *contrahere*, derivado de *cum* y *thatho*; traducible como venir de uno y ligarse y ello se entiende como acuerdo de voluntades”.⁸

Todo Estado tiene un *telos*, o sea, un conjunto de objetivos, de fines determinados por la parte dominante de su población, a pesar de que exista una mayor o menor influencia, dichos fines principalmente variables; son diferentes unos de otros.

⁸ Dorma Andrade, José Roberto. **La imprevisión en los contratos**, pág. 86.



El surgimiento del contrato administrativo, estuvo bien distante de ser pacífica. La voz de numerosos y de importantes juristas, se alzó para la impugnación de su existencia y para la desvirtuación de los argumentos de quienes lo postulaban como una categoría contractual de tipo especial; distinta al contrato regulado por el derecho privado.

En la actualidad, el contrato administrativo ha alcanzado y logrado una gran aceptación; tanto en la legislación en la jurisprudencia y en la doctrina. Es fundamental, la determinación de lo esencial del contrato en análisis; debido a que se tiene que configurar como un negocio jurídico contractual.

También se puede configurar, como un contrato administrativo unilateral o como el resultado de la yuxtaposición de actos unilaterales, para la acreditación de su calidad contractual, al determinar si el contrato administrativo difiere al del derecho privado; o si solamente es una de sus variedades.

2.1. Definición

“Contrato administrativo es un acto jurídico de cierta especificidad que lo ubica en el sentido amplio del acto administrativo, como acto realizado por la administración público en ejercicio de la función administrativa para producir efectos jurídicos”.⁹

⁹ *Ibid*, pág. 90.



“Los contratos administrativos son los que tienen por objeto directo obras o servicios del Estado, o la prestación de suministros al mismo, y se encuentran sometidos al derecho administrativo y se rigen de forma peculiar por el texto articulado de la ley y por sus disposiciones complementarias”.¹⁰

“El contrato administrativo es aquél, cuyo objeto directo es la ejecución de obras o la gestión de servicios públicos del Estado, o la prestación de suministros al mismo, así como los de contenido patrimonial que tengan carácter administrativo, por declararlo así una ley, por su directa vinculación a un servicio público o por revestir características intrínsecas; que hagan precisar una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato”.¹¹

2.2. Caracteres

En todo contrato administrativo existen determinados rasgos distintivos esenciales, sin los que el mismo no se configura como un negocio contractual o, por lo menos, como un contrato administrativo y ello es posible señalar los relativos a la juricidad, bilateralidad y contractualidad, la desigualdad de sus partes, formalidad, régimen jurídico y finalidad.

- a) Juricidad: por implicar la creación, modificación, transmisión o extinción de derechos y obligaciones, el contrato administrativo es un acto jurídico y

¹⁰ Bercaitz. **Ob. Cit**, pág. 60.

¹¹ Cabanellas. **Ob. Cit**, pág. 200.



consecuentemente voluntario, o sea, el mismo consiste en un acto de voluntad que interviene con la intención de que se produzca una modificación en el ordenamiento jurídico, tal como existe en el momento en que se produce; o tal como existirá en un futuro dado.

Los actos de la administración pública se dividen en dos partes, de conformidad con que los mismos vayan produciendo consecuencias jurídicas, o sea, actos jurídicos y los no jurídicos que consecuentemente no producen efectos jurídicos, siendo los mismos únicamente la manifestación de la voluntad, por tratarse por lo general de informes; y de opiniones de servidores públicos de la administración pública.

- b) **Bilateralidad:** en los contratos administrativos existe la posibilidad de bilateralidad, debido a que se trata de dos actos unilaterales; uno sería de la administración pública y otro de su contratante.

Pero, es claro, que se puede hablar de la bilateralidad en la mayoría de los contratos administrativos, debido a que los mismos son sinalagmáticos, ya que ambas partes están de acuerdo, en virtud del contrato de llevar a cabo obligaciones mutuas y recíprocas, debido a que los contratantes tienen el carácter recíproco de deudores y acreedores entre sí; al haberse obligado los unos recíprocamente respecto de los otros.

- c) **Desigualdad de las partes:** al señalar las distintas categorías contractuales, ello implica el reconocimiento de diferencias entre las mismas, debido a que mientras la igualdad de las partes llegó a ser una característica de los contratos privados



en la doctrina imperante en la actualidad, su desigualdad es representativa de un carácter esencial de los contratos administrativos, sin que se celebre un contrato entre dos personas de derecho público, debido a que de ubicarse en un plano de igualdad se estaría celebrando un contrato de derecho privado, y así sujetarse a un régimen exorbitante del derecho privado; una de las mismas estaría en situación de privilegio en relación a la otra.

En un contrato administrativo, el titular del servicio público, de obra pública o de servicio público tendrá siempre una situación de privilegio frente a otra, y ello es impuesto por la necesidad del servicio de que se trate; o por la necesidad pública que el contrato lleve a cabo.

El acto complejo, implica la reunión de varias voluntades para la satisfacción para la satisfacción de los intereses comunes, en tanto que el acto colectivo se forma con el concurso de varias voluntades con contenido y finalidad distinta, que solamente se unen en una sola declaración; conservándose jurídicamente autónomas.

- d) Restricción de la libertad de las partes: en el contrato administrativo, la administración pública contratante enfrenta serias restricciones a su libertad contractual, que van desde la selección de contratantes hasta la estructura y términos mismos del propio contrato; pasado por el procedimiento de contratación.



La parte contratante, se encuentra restringida en su libertad contractual, al ser marginada en la elaboración y redacción al clausulado del contrato, el que es formulado por la administración pública contratante, de conformidad con la normativa jurídica en vigor; por lo que su libertad se ve reducida a su mínima expresión.

Además el contratante carece de libertad para subcontratar, transferir o ceder el contrato administrativo, impuesta a la administración pública contratante; para elegir al contratista.

- e) Interés público prevaleciente: tiene que ser el carácter esencial del contrato administrativo y ello es sin duda el predominio del interés público sobre el interés privado, por ser tal preponderancia, y ello es la guía que orienta el ejercicio de la función administrativa; de la que el contrato administrativo viene a ser una de sus manifestaciones.

El interés público, es no solamente la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes, personales, directos, actuales o eventuales, sino también el resultado de un interés emergente de la existencia de la vida en comunidad; en la que la mayoría de los individuos reconocen un interés propio y directo.

- f) Régimen jurídico del derecho privado: es el régimen jurídico del derecho privado al que se somete, debido a que la razón de ser de esa clase de negocio contractual, deriva de su régimen jurídico que rebasa la órbita, los límites del derecho privado, por generar derechos y obligaciones impensables e inadmisibles



en éste, como son la posibilidad de su modificación; o de su ejecución directa y de su rescisión o revocación unilateral; por parte de la administración pública contratante. Ello, se califica de importancia del derecho privado; al régimen jurídico regulador del contrato administrativo.

2.3. Principios rectores

Distintos son los principios, cuya sistematización se encuentra pendiente de realización, y que dan sustento a la teoría del contrato administrativo, así como su regulación jurídica; entre ellos destacan los siguientes:

- a) Principio de legalidad: de conformidad con el mismo, la administración pública es fundamental en el Estado de derecho y de los órganos y autoridades del Estado guatemalteco, y consecuentemente la forma y los términos en que la misma actúa; tienen que fundarse y motivarse en el derecho vigente.

Consecuentemente, el contrato administrativo tiene que quedar sujeto a un régimen jurídico determinado, debido a que la administración consiste en una función esencialmente ejecutivo; y ella tiene en la ley el fundamento y el límite de su acción.

- b) Principio de continuidad: el mismo, hace referencia al la continuidad del contrato administrativo al derecho de la administración pública a exigir al contratante la continuidad o no interrupción en la sujeción del negocio contractual, pudiendo recurrir en caso de interrumpirse a la ejecución por cuenta del contratante, lo cual



representa una notable diferencia con el contrato del derecho privado, en la que las partes no cuentan con la posibilidad de exigirse mutuamente un cumplimiento incondicionado; por regir dentro del ampliamente el contrato.

Por ende, la ejecución de los contratos administrativos, de conformidad con el principio de continuidad; no tiene que interrumpirse a efecto de que se pueda alcanzar oportunamente la finalidad inspirada en el interés público.

- c) Principio de mutabilidad: se deriva del interés público que es quien lo orienta, y por ello al variar los requerimientos existentes a la celebración del contrato; se tiene que modificar para el aseguramiento del interés público.

Con base al principio de mutabilidad, el contrato administrativo de la administración pública, dentro de determinados límites puede ser modificado por ésta, en aras del interés público, y en clara contradicción al principio contractual proveniente del derecho romano y por ello se suele tomar en consideración la mutabilidad; como el de mayor importancia de los principios rectores del contrato en análisis.

- d) Principio del equilibrio financiero: se le conoce también como principio de la ecuación financiera en el contrato administrativo, y el mismo señala que se tiene que mantener el equilibrio financiero establecido en el momento de su celebración, con la finalidad de que las partes no resulten afectadas o, cuando menos, que los perjuicios que sean ocasionados se reduzcan a su mínima expresión, como consecuencia de una relación que se vuelve inequitativa, debido



a causas imputables al Estado o a la administración pública, ya sea por causas no imputables al Estado, para lo cuál se emplean mecanismos diversos, como los referentes en la teoría de la imprevisión; conocida como teoría de la lesión sobreviviente.

2.4. Requisitos

En cuanto a los requisitos y elementos del contrato administrativo, existe confusión doctrinal, debido a que lo que para algunos autores pueden ser elementos; para otros esos supuestos elementos son requisitos de validez y viceversa.

“Los elementos en el contrato administrativos, vienen a ser la cualidad especial que peculiariza al contrato administrativo, y los mismos son las partes integrantes del contrato y son indispensables para su existencia, y reciben la denominación de esenciales, porque el contrato administrativo no puede existir careciendo de ellas; a excepción de las demás cuya ausencia no limita su existencia”.¹²

Son elementos esenciales, los que son indispensables para que exista el contrato, motivo por el cuál la voluntad de las partes no puede subsanar su carencia y se tienen por naturales, los elementos que de ordinario figuran en todo contrato o derivan de la naturaleza particular de un contrato dado y en los que la voluntad de los contratantes puede excluir el contrato. Son accidentales, los elementos que no

¹² Dorma, **Ob. Cit**, pág. 102.



aparecen en el contrato, a menos que convengan incorporarlos mediante las partes contratantes.

La doctrina, no objeta la existencia de elementos esenciales en el contrato administrativo, pero se muestra reticente en relación a los elementos naturales y accidentales, y a su clasificación tripartita, debido a que señala que la administración pública tiene que sujetarse a lo establecido por la ley, y por ende a la competencia a la que se encuentra supeditada, y ello impide actuar fuera de su perímetro de facultades, y por ende excluye del contrato administrativo los elementos naturales; y la inclusión de los elementos accidentales.

De forma indistinta, la doctrina señala como elementos esenciales del contrato administrativo: a los sujetos, el consentimiento, el objeto y la causa. También, aunque de forma aislada o esporádica, se mencionan como elementos esenciales del contrato, la forma, la competencia y la capacidad, así como también la finalidad; el régimen jurídico esencial y la licitación.

En tanto que como elementos no esenciales del contrato administrativo son señalados el plazo de duración, las garantías y las sanciones.

Por otro lado, se pueden diferenciar entre los elementos esenciales del contrato a los básicos, y a los presupuestos. Los primeros, son elementos esenciales del contrato a los básicos, y a los presupuestos; y los segundos conforman un elemento esencial,



para la existencia del consentimiento, como también en el objeto se encuentra el presupuesto de la causa.

Consecuentemente, se le reconoce al contrato administrativo al menos dos elementos esenciales como los son los presupuestos de los sujetos y la causa, habida cuenta que no puede existir consentimiento sin los sujetos que lo otorgan; ni puede existir el objeto sin una causa que lo genere.

- a) Los sujetos como elemento esencial del contrato: como es de apreciarse, es imposible la existencia de un contrato, sin los sujetos o partes que lo celebren; y de ello deriva que los sujetos constituyan un elemento esencial que es el consentimiento.

También, en los contratos administrativos uno de esos sujetos tiene que ser la administración pública en ejercicio de una función administrativa; en tanto que el otro sujeto tiene que ser un particular.

En lo que respecta al sujeto de la administración pública, se tiene que aclarar que la misma tiene que entenderse en su sentido amplio, por lo que los sujetos pueden ser órganos del Ejecutivo, así como también del poder Legislativo o del Judicial o bien un órgano constitucional autónomo; pero siempre en el ejercicio de una función administrativa y dotado de competencia para la celebración del contrato respectivo.



- b) Ejercicio de la función administrativa: en relación a la administración pública, la misma tiene que cumplir con el requisito de actuar en ejercicio de la función administrativa en la celebración del contrato, lo que implica la finalidad de satisfacer directa e indirectamente el interés público, debido a que caso contrario, de no actuar en ejercicio de función pública; el contrato será de la administración pública.
- c) Competencia: de conformidad con el principio de legalidad, como ente de la administración pública; se celebran contratos administrativos solamente si se tiene competencia para ello.

El hecho de que la administración pública contratante, deba ser competente para la celebración del contrato no quiere decir que esa competencia sea constitutiva de un elemento esencial, o sea de un componente del contrato, sino un requisito de validez del mismo; que se tiene que encargar de la satisfacción del ente público contratante.

Por ende, solamente será competente para la celebración de los contratos administrativos lo que el orden jurídico vigente autorice.

- d) Capacidad: el particular, tiene que encargarse de la satisfacción del requisito de tener capacidad para contratar y los mismos podrán ser una persona física o una persona jurídica.



- e) **Obligación de encontrarse inscrito en el registro correspondiente:** el contratante tiene que encontrarse inscrito en el registro de proveedores o contratistas respectivo, ya que con ello se pretende la idoneidad técnica, moral, económica y financiera; de quienes aspiren a ser contratantes de la administración pública.

- f) **Consentimiento:** es considerado como el acuerdo de voluntades en torno a un fin común, como elemento básico y esencial del contrato administrativo, creador de derechos y obligaciones, para cuya existencia se necesita de la voluntad de los sujetos o partes; así como de su coincidencia para la generación del consentimiento y con el mismo contrato.

- g) **Manifestación del consentimiento:** el mismo, es un elemento esencial y básico del contrato administrativo, y por ende necesita de la manifestación y exteriorización de esa voluntad, debido a que en caso contrario; el acuerdo de voluntades en torno al fin y objeto del contrato queda inédito y es ineficaz.

- h) **Forma:** en el contrato administrativo, la voluntad del ente de la administración pública, quiere decir su determinación deliberada de producción de un acto bilateral que sea específico, generador de derechos y obligaciones y que se encuentre en concurrencia con el contratante. Ello, es la voluntad que se exterioriza mediante una manifestación llevada a cabo en la forma señalada en la norma jurídica aplicable. Lo anotado, quiere decir que tal forma no consiste en un elemento de contrato, sino un requisito que tiene que satisfacerse tanto en



relación al consentimiento y en particular a la manifestación de la voluntad; como a la implementación del contrato.

- i) El objeto: se señala que el objeto, consiste en el elemento esencial, y consiste en la creación o transmisión de derechos y obligaciones tratándose del objeto directo; o del objeto indirecto en la cosa que el obligado debe dar o en el hecho que tiene que hacer o no hacer.

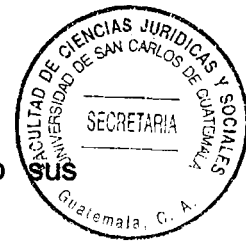
En el contrato administrativo, en contraste con el de derecho privado la cosa objeto del contrato puede no encontrarse en el comercio, como ocurre en el contrato de obra pública relativo a la conservación o mantenimiento.

- j) Causa: bajo el esquema del contrato administrativo, se entiende por causa el móvil o el principio impulsor de la voluntad de las partes para su celebración; siendo diferente la causa del ente público a la de sus contratantes.

“La doctrina acostumbra considerar a la causa como un elemento esencial del presupuesto implícito en el objeto y en dicho sentido la existencia del objeto, a su vez; implica la de una causa y la de una finalidad”.¹³

- k) Finalidad: la finalidad del contrato, también es un elemento esencial e implícito del mismo objeto. Es constitutiva de la razón que justifica la emisión del acto, de

¹³ *Ibid*, pág. 108.



forma que en relación al objeto o contenido del acto; lleva a cabo sus actuaciones de manera teleológica.

2.5. Vicios del consentimiento

“Al igual que en el contrato privado, el contrato administrativo del consentimiento puede adolecer de vicios que lo invalidan, como lo son la violencia, la intimidación, el dolo, el error y en lo atinente la manifestación de la voluntad y la simulación”.¹⁴

- a) **Violencia:** la coacción física y la moral, generan respectivamente la violencia y la intimidación.

Hay intimidación, cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes en la persona o bienes de su cónyuge; descendiente o ascendiente.

- b) **Dolo:** es interpretado doctrinariamente, como el artificio o maquinación utilizado por uno de los contratantes para engañar al otro, influyendo para ello en su ánimo para conducirlo, mediante engaños a la celebración del contrato o para inducirlo a aceptar las condiciones que no admitiría de no mediar el engaño; lo que en ambos casos invalida el consentimiento.

¹⁴ Acosta Romero, Miguel. **Teoría general del derecho administrativo**, pág. 75.



- c) Error: no existe posibilidad de conformar un consentimiento válido, para la celebración de cualquier contrato, si se encuentra fundamentado en el error o concepto falso, equivocado o deformado de una cosa, al que se acostumbra equiparar la ignorancia del hecho; interpretada la misma como la inexistencia del conocimiento o carencia del concepto acerca de la misma.

- d) Simulación: en relación al consentimiento, la misma se interpreta como la falsa declaración de voluntad emitida de común acuerdo por las partes, la apariencia de un contrato inexistente; o al menos distinto al celebrado en la realidad.

Los actos administrativos por sumisión se restringen a las cargas, obligaciones, y cesiones que de conformidad con los usos, pueden ser igualmente impuestos por un contrato de derecho civil.

Por ende, a los contratos administrativos se les diferencia en que los contratos administrativos, tienen una peculiar característica consistente en que una de sus partes es una persona del derecho público; en el ejercicio de sus funciones administrativas.

La celebración de los mismos observa formalidades especiales, y su contenido incluye cláusulas exorbitantes del derecho privado, más no contraria al derecho público, que son inadmisibles en cualquier contrato de derecho privado y, por ende; imposible de celebrar de forma exclusiva entre los particulares.



Ello, tiene como finalidad la satisfacción de las necesidades de carácter general a través de la prestación de un servicio público, o el logro del interés público y las controversias que se susciten; para que las mismas sean competencia del órgano.

Lo que marca la diferencia entre un contrato civil y uno administrativo, es el fin de servicio de los segundos; en vista de lo que se celebra y que se rige por el derecho público.





CAPÍTULO III

3. Los contratos en la Ley de Contrataciones del Estado de Guatemala

La administración pública guatemalteca, es constitutiva de la función esencial de las instituciones de Estado, con la finalidad de atender las necesidades y los servicios públicos para alcanzar sus fines políticos, jurídicos, sociales y económicos. Se encuentra bajo la sujeción al marco procedimental, legal del Estado y muy particularmente del derecho administrativo.

La misma, se encuentra al servicio de la ciudadanía, por lo que tiene que fundamentarse en los principios de participación, celeridad, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas; y responsabilidad en el ejercicio de la función pública.

La descentralización de la administración pública, se lleva a cabo tomando en consideración la simplicidad en los trámites administrativos, con el objetivo de racionalizar los recursos, mejorar su eficiencia, celeridad y utilidad; así como también reducir los gastos operativos que no sean necesarios.

En dicho contexto, la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, ha sido formulada, sancionada y promulgada con la finalidad de contribuir de manera ágil y eficiente con los procesos de adquisición de bienes y servicios de las instituciones públicas, para dar respuesta a las necesidades sociales, no obstante tal cometido no ha sido alcanzado, ya que las limitantes que



evidencia en la práctica este marco legal, primordialmente en relación a la excesiva burocracia; que implica el cumplimiento de esta Ley y su Reglamento.

De igual forma, esta Ley lo que busca es el fortalecimiento y la transparencia en la ejecución de los recursos del Estado, la descentralización de las competencias y servicios públicos, que es un propósito que tampoco se ha alcanzado en su totalidad, debido a lo que la estructuración de un marco legal es constitutivo de una imperiosa necesidad, considerando que la legislación es dinámica y cambiante; como la realidad misma.

“Es de importancia tomar en consideración, que las tendencias contemporáneas de la modernización del Estado, tienen como principal finalidad hacer de la administración pública una herramienta para tomar en consideración la forma más ágil y eficiente de las necesidades de la población, sin las cuales, el derecho no tiene razón de ser”.¹⁵

Los actos administrativos, son constitutivos de una parte esencial de la administración pública y debido a ello para el logro de sus objetivos, dichas actuaciones se fundamentan en el derecho administrativo y como parte del mismo, en Guatemala se dispone de la Ley de Contrataciones del Estado y en su Reglamento, los que son de observancia general; para las distintas instituciones del Estado.

Ese texto legal tiene como objetivo ser un texto legal alternativo y coadyuvante al fortalecimiento de la administración pública del país, tomando en consideración que la

¹⁵ Calderón Morales, Hugo. **Derecho administrativo I**, pág. 56.



actual normativa evidencia una serie de contradicciones, varios que son de carácter legal, y presenta debilidades de contenido; que no permiten que la administración pública se lleve a cabo en el marco de una visión contemporánea.

Es esencial el análisis del contenido, alcances, aplicación e impacto de la Ley de Contrataciones del Estado en la administración pública, para contribuir a una administración pública; que sea dinámica, moderna, transparente, ágil y eficiente.

3.1. Origen y alcances

La Ley de Contrataciones del Estado surgió en 1992, en el marco de la política de modernización del Estado y de la administración pública de la sociedad guatemalteca.

El texto de la misma se encuentra compuesto por 11 títulos: Título I Disposiciones generales; Título II Órganos Competentes; Título III Régimen de Licitación y Cotización Pública; Título IV Contratos; Título V Garantía o Seguros; Título VI Registros; Título VII Prohibiciones y Sanciones; Título VIII Enajenación y transferencia de bienes del Estado; Título IX Concesiones; Título X Recurso; Título XI Disposiciones finales y transitorias. Acompañando a la misma, se presenta su Reglamento.

En relación al contenido, la misma no es específica en procesos como los de cotización, si no que se encarga de la aplicación de lo que supletoriamente regula el proceso de licitación; no obstante que tienen diferencias sustantivas.



Tampoco es clara, en relación a los criterios de calificación de los bienes y servicios posibles de adquirir por las instituciones del Estado; lo que hace bastante discrecional las bases de licitación o cotización.

El Reglamento de la misma, consiste en un instrumento que tiene que encargarse del desarrollo de su contenido, en muchos casos copia textualmente el articulado; lo cual amerita su replanteamiento.

3.2. Principios

La administración pública, se fundamenta en los principios que a continuación se explican y que son aplicables a al Ley de Contrataciones del Estado.

- a) Principio de simplicidad: es consistente, en la simplificación de los trámites administrativos por parte de los órganos y entes de la administración pública, así como la supresión de los que fueren necesarios, todo de conformidad con los principios y normas que establezca la ley respectiva; con la finalidad de alcanzar una mayor celeridad y funcionalidad en las mismas.

- b) Principio de información general: el mismo conlleva que los órganos y entes de la administración pública, tienen que utilizar las modernas tecnologías que se encarguen de desarrollar la ciencia, como lo son los medios electrónicos, informáticos y telemáticos para su organización, funcionamiento y relación con los usuarios de los bienes y servicios que proporciona el Estado.



- c) Principio de publicidad de los actos generales: todos los reglamentos resoluciones y actos administrativos de carácter general que hayan sido dictados por la administración pública tienen que ser publicados, sin excepción alguna, en el Diario Oficial y mediante otros medios; con la finalidad de que la ciudadanía tenga acceso a la información.

- d) Principio de la eficacia: los entes de la administración pública, tienen que buscar el eficaz cumplimiento de los objetivos y metas fijados en las normas, planes y compromisos de gestión; así como la evaluación y control del desempeño institucional y de los resultados alcanzados.

- e) Principio de la adecuación de los medios financieros: la asignación de los recursos a los órganos y entes de la administración, pública se tiene que ajustar de forma estricta a los requerimientos de su funcionamiento; para el alcance de sus metas y objetivos.

El funcionamiento de la administración pública, tiene que buscar la utilización de los recursos humanos, materiales y presupuestarios. Por otro lado, tiene que establecer el tamaño y la estructura organizativa de los entes y órganos de la administración pública.

- f) Principio de coordinación: las distintas actividades que desarrollen los órganos y entes de la administración pública, tienen que orientarse al logro de los fines y objetivos del Estado guatemalteco; y para ello tienen que coordinar su actuación bajo el principio de unidad orgánica con las distintas instituciones.



- g) Principio de lealtad institucional: establece la necesidad de actuar de conformidad con el principio de lealtad institucional y consecuentemente, tiene que respetarse el ejercicio legítimo de sus competencias, ponderar el ejercicio de las competencias propias; la totalidad de los intereses públicos; facilitar a las otras administraciones la información que precisen en relación a la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus propias competencias y prestar en el ámbito propio, la cooperación y asistencia activa que las otras administraciones; puedan requerir para el ejercicio de sus competencias.
- h) Principio de previsión financiera: de conformidad con el mismo, no pueden crearse nuevos órganos que supongan la duplicación de otros que ya existen, si al mismo tiempo no se suprime o restringe de forma adecuada la competencia de los mismos; con la finalidad de optimizar y racionalizar los recursos públicos.
- i) Principio de simplicidad y transparencia de la organización administrativa: tiene que prever la comprensión, acceso, cercanía y participación de los particulares de forma que se les permita la resolución de los asuntos; y de recibir la información que requieran por cualquier medio.
- j) Principio de jerarquía: los órganos de la administración pública, tienen que encontrarse jerárquicamente ordenados y relacionados, de conformidad con la distribución de las atribuciones en niveles organizativos. Los órganos de inferior jerarquía se tienen que encontrar sometidos a la supervisión, dirección y control



de los órganos superiores de la administración pública con competencia en la materia correspondiente.

3.3. Potestades públicas administrativas

“Las potestades públicas administrativas de las instituciones, se encuentran constituidas por las facultades o aptitudes para actuar, que son atribuidas legal y constitucionalmente a la administración pública, de conformidad con los fines superiores del Estado guatemalteco”.¹⁶

O sea, mediante el otorgamiento de esas potestades, la administración pública asume una posición de supremacía, pudiendo dirigir la voluntad de los administrados e invadir sus esferas privadas, tomando en cuenta que siempre como objetivo debe tener el desarrollo y bienestar de la sociedad.

De conformidad con lo anotado, puede encargarse de la creación de entes u órganos para recaudar tributos, aplicar sanciones, dictar normas, adquirir bienes particulares en forma coactiva y otras funciones; en donde el Estado se organiza.

- Poder Ejecutivo: es el encargado de la ejecución de la voluntad general del Estado, para el mejoramiento de las normas jurídicas. Existe una estrecha relación entre el Estado y la administración pública, debido a que la administración siempre es y continúa siendo parte del mismo, razón por la que

¹⁶ Ibid, pág. 108.



se acostumbra identificar a la administración con el poder anotado y se le identifica con el Gobierno, siendo el mismo el conjunto de los órganos que constituyen el vértice del poder central, o sea, los órganos constitucionales que llevan a cabo las funciones del Estado, de forma que en la acepción forman parte del Gobierno no solamente el Poder Ejecutivo, sino también el Legislativo y el Judicial.

Es de importancia destacar que en la mayoría de los estados, independientemente de la forma y el régimen que adopten, en el régimen presidencialista, el Poder Ejecutivo se encuentra integrado por el Presidente, Vice-Presidente, Consejo de Ministros y Secretarios, donde ellos acostumbran ser los órganos que cuentan con competencias autónomas; pero al mismo tiempo son los máximos órganos de la administración pública estatal.

- b) Poder Legislativo: en la estructura del Estado, al Congreso de la República de Guatemala, es a quien le corresponde la potestad legislativa y se encuentra integrado por los diputados electos de forma directa por la ciudadanía con el sufragio universal; mediante el sistema de lista nacional y distritos electorales. Tiene como atribuciones principales, las que a continuación se señalan.
 - a) Decretar, reformar y derogar las leyes;
 - b) Aprobar, modificar o improbar, a más tardar treinta días antes de entrar en vigencia, el Presupuesto de Ingresos y Egresos del Estado. El Ejecutivo deberá



enviar el proyecto de presupuesto al Congreso con ciento veinte días de anticipación a la fecha en que principiará el ejercicio fiscal. Si al momento de iniciarse el año fiscal, el presupuesto no hubiere sido aprobado por el Congreso, registrará de nuevo el presupuesto en vigencia en el ejercicio anterior, el cual podrá ser modificado o ajustado por el Congreso;

- c) Decretar impuestos ordinarios y extraordinarios conforme a las necesidades del Estado y determinar las bases de su recaudación;
- d) Aprobar o improbar anualmente, en todo o en parte, y previo informe de la Contraloría de Cuentas, el detalle y justificación de todos los ingresos y egresos de las finanzas públicas, que le presente el Ejecutivo sobre el ejercicio fiscal anterior;
- e) Decretar honores públicos por grandes servicios prestados a la Nación. En ningún caso podrán ser otorgados al Presidente o Vicepresidente de la República, en el período de su Gobierno, ni a ningún otro funcionario en el ejercicio de su cargo;
- f) Declarar al guerra y aprobar o improbar los tratados de paz;
- g) Decretar amnistía por delitos políticos y comunes conexos cuando lo exija la conveniencia pública;



- h) Fijar las características de la moneda, con opinión de la Junta Monetaria;
- i) Contraer, convertir, consolidar o efectuar otras operaciones relativas a la deuda pública interna o externa. En todos los casos deberá oírse previamente las opiniones del Ejecutivo y de la Junta Monetaria;

Para que el Ejecutivo, la Banca Central o cualquier otra entidad estatal puedan concluir negociaciones de empréstitos u otras formas de deudas, en el interior o el exterior, será necesaria la aprobación previa del Congreso, así como para emitir obligaciones de toda clase;

- j) Aprobar o improbar los proyectos de ley que sobre reclamaciones al Estado, por créditos no reconocidos, sean sometidos a su conocimiento por el Ejecutivo y señalar agencaciones especiales para su pago o armotización. Velar porque sean debidamente pagados los créditos contra el Estado y sus instituciones derivados de condenas de los tribunales.
- k) Decretar, a solicitud del Organismo Ejecutivo, reparaciones o indemnizaciones en caso de reclamación internacional, cuando no se haya recurrido a arbitraje o a juicio internacional;
- l) Aprobar, antes de su ratificación los tratados, convenios o cualquier arreglo internacional;



- m) **Nombrar comisiones de investigación en asuntos específicos de la administración pública, que planteen problemas de interés nacional.**

- c) **Poder judicial: al Organismo Judicial, de conformidad con la Constitución Política y las leyes de la República, le corresponde la potestad de juzgar y administrar el sistema de justicia del país.**

Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente se encuentran sujetos a la Constitución Política de la República y a las leyes.

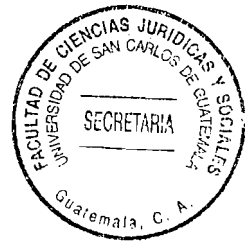
La función jurisdiccional la ejerce, con exclusividad absoluta, la Corte Suprema de Justicia y los demás tribunales que la ley establece.

El Organismo Judicial tiene las siguientes garantías:

- a) **Independencia funcional;**

- b) **Independencia económica;**

- c) **No remoción de los magistrados y jueces de primera instancia, salvo los casos establecidos por la ley.**



3.4. Regulación legal de los contratos

El Artículo 25 de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Contrato abierto. El contrato abierto a que se refiere el Artículo 46 de la Ley, es un sistema de compra de suministros y bienes, administrado y coordinado por el Ministerio de Finanzas Públicas a través de la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

La contratación se ajustará al procedimiento siguiente:

- a. El concurso de oferta de precios se iniciará con la solicitud, por escrito a la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que efectúen dos o más instituciones de las reguladas en el Artículo 1 de la Ley, a efecto de que se realice la adquisición de suministros y bienes de uso general y constante, o de considerable demanda, que permitan el cumplimiento de sus programas de trabajo. Para el efecto deberá tomarse en cuenta la compra por volumen que incide en mejores precios y a la estandarización de especificaciones que hacen más económica y práctica la adquisición.

- b. Para, el contrato abierto son aplicables, según corresponda, los documentos establecidos en los artículos del 18 al 21 de la Ley, así como otros aspectos que se consideren pertinentes. La Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado deberá poner a disposición de los oferentes la documentación en forma impresa o en medio electrónico. La elaboración de los



documentos es responsabilidad de las entidades requirentes en coordinación con la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Para el caso de productos medicinales, dispositivos médicos, gases médicos, fórmulas infantiles, material de diagnóstico por imágenes, y productos sucedáneos de la leche materna, por la naturaleza de los mismos, los documentos serán elaborados por las entidades requirentes, bajo la rectoría del Ministerio de Salud y Asistencia Social, en coordinación con la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Una vez elaborados éstos, las instituciones requirentes deberán nombrar al personal técnico en la materia, uno por cada entidad, para emitir opinión jurídica sobre las respectivas bases de cada concurso; posteriormente, las instituciones requirentes manifestarán su anuencia por escrito al contenido de los documentos de contrato abierto para continuar con el procedimiento de contratación. Seguidamente la autoridad superior del ente administrador y coordinador de la modalidad de compra por contrato abierto aprobará los documentos del concurso.

- c. Las dependencias de los organismos y entidades a que se refiere el Artículo 1 de la Ley, que hayan solicitado que se realice un concurso en la modalidad de compra por contrato abierto, quedan obligadas a nombrar a las personas idóneas, con capacidad técnica y vasta experiencia, para conformar las juntas de calificación en cada concurso, integradas por tres (3) servidores públicos, quienes deberán ser nombrados a tiempo completo y no podrán abstenerse de votar ni ausentarse o retirarse del lugar donde se encuentren constituidos durante la jornada de trabajo en el proceso de la adjudicación. Para el efecto,



serán aplicables los artículos del 9 al 16 de la Ley, en lo que a las juntas de calificación se refiere, y en cada concurso el Ministerio de Finanzas Públicas nombrará un asistente de contrato abierto que será responsable de la custodia y diligenciamiento del expediente administrativo respectivo, asimismo apoyará a la junta de calificación en la elaboración de los documentos que sean necesarios, conforme a las instrucciones giradas por dicha junta. La junta de calificación podrá solicitar asistencia de asesores, tanto de la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado como de las entidades requirentes, cuando así lo considere necesario para el adecuado desarrollo de sus funciones. De todo lo actuado se dejará constancia en las actas respectivas.

- d. La convocatoria a un concurso de contrato abierto será de alcance nacional o regional, según se especifique en los respectivos documentos; la misma se publicará en GUATECOMPRAS y dos veces en el Diario de Centro América, con intervalo mínimo de cinco (5) días calendario entre cada publicación. Entre la primera publicación y el día fijado para la presentación y recepción de ofertas deberá mediar por lo menos cuarenta (40) días calendario.

- e. El Ministerio de Finanzas Públicas, a través de la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, llevará un registro informático, mediante una base de datos, de los bienes o suministros de uso general y constante o de considerable demanda, que necesite el sector público y que sean requeridos en la modalidad de compra por contrato abierto. En el citado registro se deberán agrupar los bienes y suministros de acuerdo a su naturaleza y



contener, como mínimo, el código de identificación del bien, número de renglón, especificación técnica, precio y proveedor adjudicado en cada uno de los concursos de oferta de precios que se lleven a cabo bajo esta modalidad.

La Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, una vez solicitado el concurso de oferta de precios y aportadas las especificaciones técnicas, verificará si se cuenta con el registro respectivo y, si no existiere el mismo, procederá a su creación. En ambos casos deberá actualizarse el precio del bien o suministro de que se trate, con base en la información que se solicite al Instituto Nacional de Estadística – INE- , según lo regulado en el Artículo 8 de la Ley y 4 de este Reglamento. En caso que el Instituto Nacional de Estadística –INE- no contara con el precio actualizado requerido, y así lo informare por escrito a esta Dirección, las instituciones públicas solicitantes deberán proporcionarle el precio de referencia respectivo al ente coordinador y administrador. En ambos casos, los precios así obtenidos, serán proporcionados por el ente administrador y coordinador a la junta de calificación y publicados en Guatecompras, previo a la apertura de las plicas, luego de realizada la recepción de ofertas. La junta de calificación podrá considerar los precios de referencia para la adjudicación. Para aquellos renglones en que no sea utilizado el precio de referencia, deberá razonar los motivos en el acta de adjudicación.

- f. La junta de calificación adjudicará total o parcialmente, según lo establecido en los artículos 28, 33 y 34 de la Ley, 12 del Reglamento y lo establecido para el efecto en las bases.



- g. La junta de calificación podrá adjudicar hasta tres proveedores por marca ofertada, con un máximo de ocho marcas por renglón, siempre y cuando la diferencia de precio entre el oferente que haya sido calificado con el precio más bajo y el de los restantes no supere una variación de precios mayor del tres por ciento (3%) con relación al precio más bajo. Si se diera el caso que por cada marca hubiere más de tres oferentes con el mismo precio, la junta de calificación realizará un sorteo para adjudicar a tres oferentes. Si se diera el caso que por cada marca hubiere más de tres oferentes con diferente precio, se adjudicarán los tres oferentes que presenten el menor precio. Cuando no existieren precios de referencia por tratarse de productos nuevos en el mercado, de nueva inclusión en el sistema de compra por contrato abierto ó por cualquier otra causa, la junta de calificación podrá adjudicar el precio menor ofertado, siempre y cuando llene los requisitos exigidos por las bases.
- h. La aprobación de la adjudicación se llevará a cabo de acuerdo a lo establecido en el Artículo 36 de la Ley y 12 Bis del presente Reglamento. Contra la aprobación de la adjudicación efectuada por la autoridad superior del ente administrador y coordinador del contrato abierto, procede solamente el recurso de reposición contemplado en los artículos 100 y 101 de la Ley y será resuelto según la ley de la materia.
- i. Si no se suscribiere el correspondiente contrato abierto para un concurso adjudicado por la junta de calificación, debido a alguno de los supuestos establecidos en el Artículo 36 de este Reglamento, o bien, si un contrato suscrito se rescindiere total o parcialmente, a efecto de asegurar el abastecimiento y no



repetir el procedimiento, podrá optarse por adjudicar al subsiguiente calificado en su orden, siempre y cuando, las condiciones y precios ofertados, sean convenientes a los intereses del Estado.

- j. Los contratos abiertos serán celebrados por el Ministerio de Finanzas Públicas y serán suscritos, para su formalización y perfeccionamiento, dentro del plazo de diez (10) días hábiles contados a partir de la adjudicación definitiva, por el Director de la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, conjuntamente con el funcionario público que en cada caso deleguen las autoridades superiores de las entidades requirentes y el propietario o representante legal de la empresa o entidad adjudicada.
- k. La aprobación de los contratos abiertos se hará por la autoridad superior de la entidad administradora y coordinadora de conformidad con lo establecido en los artículos 48 de la Ley y 26 de este Reglamento, y estarán vigentes por el plazo que en cada concurso se determine.
- l. Para todos los casos de incumplimiento de los contratos abiertos deberán ser notificados a la autoridad superior de la entidad afectada o quien ésta designe, para que se efectúe el análisis correspondiente que permita la depuración y consolidación de información.



Para el caso particular de incumplimiento de entrega y variación de las condiciones contratadas por la entidad afectada o quien ésta designe, debe emitir la nota de no objeción que autorice la compra respectiva fuera de contrato abierto.

Para cualesquiera de los supuestos establecidos en los párrafos anteriores, el expediente documentado deberá ser trasladado a la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado del Ministerio de Finanzas Públicas para que se apliquen las sanciones reguladas en los artículos 85, 86, 87 y 88 de la Ley o remita el expediente a la Comisión de Vigilancia a la que se refiere la literal m de este Artículo, según sea el caso.

Los incumplimientos de calidad, serán conocidos por la Comisión de Vigilancia y Seguimiento y Monitoreo de contrato abierto, la que recomendará a la Dirección Normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado las sanciones respectivas, luego de agotadas las instancias pertinentes.

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

m. Para la eficaz ejecución de los contratos abiertos que se celebren con motivo de la aplicación de las normas procedimentales reguladas en el presente Artículo, se integrará en forma coordinada una Comisión de Vigilancia, Seguimiento y Monitoreo de contrato abierto, constituida de acuerdo a la naturaleza de los



suministros y bienes contratados. Los documentos de contrato abierto que en cada caso rijan la negociación, establecerán todo lo relativo a esta comisión.

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

- n. Las autoridades superiores indicadas en el Artículo 9 de la Ley, no deberán autorizar el pago de adquisiciones hechas por otro sistema, si los precios son iguales o superiores a los que figuren en los listados de bienes y suministros adjudicados en contrato abierto.

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



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

El Artículo 26 de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Suscripción y aprobación del contrato. La suscripción del contrato deberá hacerla el funcionario de grado jerárquico inferior al de la autoridad que lo aprobará. Tales instrumentos deberán ser suscritos preferentemente en las dependencias interesadas. Previo a la aprobación del contrato deberá constituirse la garantía de cumplimiento correspondiente. El contrato deberá ser aprobado en todos los casos, dentro de los diez (10) días calendario contados a partir de la presentación por parte del contratista de la garantía del cumplimiento a que se refiere al Artículo 65 de la Ley.

Para los efectos de la aprobación del contrato y la aplicación del párrafo tercero del Artículo 47 de la Ley, en las dependencias y entidades de la Presidencia de la República, la autoridad administrativa superior es el Presidente o el Secretario General, indistintamente”.



El Artículo 27 de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala regula: "Prórrogas por caso fortuito o causa de fuerza mayor o por cualquier otra causa no imputable al contratista. Cuando por caso fortuito o causa de fuerza mayor se solicitare prórroga del plazo, el contratista dentro del plazo de diez (10) días de ocurrido el hecho, notificará a la supervisión o su equivalente indicando las implicaciones en la ejecución del contrato para que se levante el acta correspondiente. Desaparecidas las causas que motivaron al contratista para hacer la notificación, éste lo hará del conocimiento de la supervisión o su equivalente para que se levante nueva acta, en la que se hará constar la prórroga a que tiene derecho el contratista.

Cuando la entidad contratante ordene la ejecución de cantidades de trabajo adicionales, en el documento que se emita se hará constar la prórroga al plazo contractual. Igual procedimiento se seguirá cuando se ordenen cambios de diseño que afecten el desarrollo normal de los trabajos.

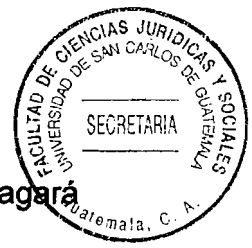
Cuando se ordene la suspensión temporal de los trabajos, por causas no imputables al contratista, se levantarán actas al inicio y al final de dicha suspensión. En el acta en la que se haga constar la finalización de la suspensión de los trabajos, se consignará la prórroga al plazo contractual.

Cuando por cualquier otra causa no imputable al contratista se efectúe el desarrollo normal de los trabajos, éste hará la solicitud de prórroga a la supervisión, exponiendo los motivos que la justifican. La autoridad administrativa superior de la dependencia resolverá si ha lugar o no a lo solicitado".



El Artículo 28 de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala regula: "Variaciones del monto del contrato. Los documentos a que se refiere el Artículo 52 de la Ley, se definen así:

- 1) Orden de cambio: orden aprobada por la autoridad administrativa superior de la entidad interesada para que se efectúe cualquier cambio o modificación a los planos o especificaciones o bien para suprimir o disminuir las cantidades de trabajo de uno o más renglones, pudiendo dar derecho al contratista a una compensación económica, para lo cual éste deberá presentar los cálculos de costos que la justifiquen.
- 2) Orden de trabajo suplementario: orden aprobada por la autoridad administrativa superior a la entidad interesada para la ejecución de unidades adicionales en cualquiera de los renglones, a los precios unitarios del respectivo renglón.
- 3) Acuerdo de trabajo extra: acuerdo entre al entidad o dependencia interesada y el contratista, aprobado por la autoridad administrativa superior de la entidad interesada, para la ejecución de trabajos con base en precios unitarios o suma global, convenidos de mutuo acuerdo, para los cuales no existen renglones ni precios establecidos en la oferta presentada, ni en el contrato. De no llegarse a un acuerdo, el contratista hará el trabajo, compensándole económicamente en la forma siguiente:



- a) La mano de obra previamente asignada para la ejecución del trabajo, se pagará de acuerdo a los salarios que el contratista tenga en vigor al autorizarse el trabajo, aplicando a su monto total el factor de prestaciones y contribuciones laborales que corresponda y este resultado se incrementará en veinticinco por ciento (25%) para cubrir los gastos de dirección, suministro y reparación de herramientas y equipos menores; no se hará pago por personal de administración del contratista.
- b) Todos los materiales empleados en el trabajo se pagarán contra comprobante, incluyendo los gastos de transporte, carga, descarga y acarreo, incrementando el monto total de veinticinco por ciento (25%) para cubrir los gastos de administración.
- c) El contratista recibirá pago por el valor de la renta de cualquier maquinaria y equipo, por el tiempo necesario para la ejecución de los trabajos. Para determinar el valor de la renta se utilizará el listado de precios disponibles en la Cámara guatemalteca de la Construcción en la fecha próxima anterior a la ejecución de los trabajos. Al valor de la renta no se le incrementará ningún porcentaje.

Las variaciones del valor de los contratos de obra o de suministro de equipo instalado, podrán efectuarse cuando en la ejecución de los mismos se encontraren situaciones no previstas o no detectadas en la planificación, tales como fallas geológicas, fenómenos



de la naturaleza, condiciones del terreno o cualquier otra causa que haga imposible el cumplimiento normal de lo pactado o la terminación del proyecto.

Cuando las variaciones no sobrepasen del veinte por ciento (20%) del valor original ajustado del contrato, se regularán con los documentos definidos en los numerales del uno (1) al tres (3) anteriores; y se celebrará un contrato adicional si la ampliación excede del porcentaje antes indicado, sin sobrepasar el cuarenta por ciento (40%)”.

El Artículo 29 de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Valor original ajustado del contrato. Para la correcta aplicación de lo dispuesto por la Ley y este Reglamento el valor original ajustado del contrato se obtendrá multiplicando el valor original del mismo, por el resultado de dividir el índice de precios del consumidor del mes anterior al que se determine dicho valor ajustado, entre el índice de precios al consumidor del mes de la presentación de la oferta”.

3.5. Aplicación en la administración pública

La Ley de Contrataciones del Estado, a pesar de que se encuentra vigente desde el año 1992, no se cumple en su totalidad; inclusive por las entidades encargadas de vigilar su cumplimiento. Esa situación se evidencia claramente en la cantidad de hallazgos que reportan los entes fiscalizadores del Estado de las instituciones públicas, pero también de los aspectos de carácter estrictamente administrativo, en donde están en proceso muchos casos por la vía de lo contencioso administrativo, civil y penal,



como resultado de la inobservancia de este cuerpo legal y de su reglamento específico, y con ello se evidencia que más allá del marco legal; es de importancia el fomento de una cultura de transparencia a nivel social y primordialmente a nivel de los funcionarios.

También, es fundamental que el Estado en su conjunto se modernice, se descentralice mediante el traslado de competencias a las instituciones que lo conforman y especialmente al poder local; que permitan el fortalecimiento en el sentido de compromiso y la participación ciudadana en las auditorías sociales.





CAPÍTULO IV

4. Análisis de la simulación relativa en contratos celebrados entre el Registro Mercantil y personas contratadas por éste bajo contrato de servicios técnicos

Es el contrato, que aparece en el derecho administrativo con particularidades bastante singulares, que le otorgan una configuración especial, y que lo diferencian del resto de contratos administrativos, al punto de que su estudio y exposición exigen un tratamiento bastante especial, incluyendo para el efecto elementos que en la realidad no le son propios en sí mismos, pero que, sin embargo, tienen que ser estudiados; para contar con un completo conocimiento de esta materia.

Para alcanzar dicho resultado, han tenido influencia distintas razones de carácter histórico, relacionadas con la evolución y con el desarrollo de la teoría general de la función y con el empleo público, cuya presencia no puede dejarse por un lado; debido a que entorpece la práctica de la realidad administrativa que no puede ser desconocida.

La discusión suscitada en relación a la naturaleza jurídica de la función o empleo público, es bastante compleja. Por ende, si bien la consideración de este contrato se tiene que hacer siguiendo la metodología señalada para el resto de los contratos administrativos; con la finalidad del mantenimiento de la unidad.



4.1. Conceptualización

Cuando la administración pública cumple una actividad concreta y continuada de carácter subordinado que abarca un complejo y amplio conjunto de actuaciones, hechos y procedimientos que se pueden agrupar en tres modalidades distintas de la actividad administrativa, como lo son la actividad jurídica, la actividad técnica y la actividad administrativa propiamente dicha, es natural que para ello se tenga prevista la existencia de una organización adecuadamente posible al cometido que tiene que llevarse a cabo y que se traduce en la existencia de los diversos órganos y entes de diversos niveles a los cuales; se les tiene que asignar una determinada competencia y determinados poderes y facultades.

Esos órganos y entes señalados, son los denominados órganos de la institución y componen la categoría de las personas jurídicas públicas estatales, y son por ende personas de existencia ideal, que no pueden llevar a cabo sus actuaciones y desenvolverse por sí solas, sino que necesitan de la presencia de personas físicas mediante las cuales llevan a cabo la actividad que les corresponde, y cuya voluntad es la que se adopta dentro del marco de la competencia, las decisiones y resoluciones que sean necesarias y emite también los actos que tienen que dictarse; con la particularidad de que la voluntad que haya sido expresada fuera de la voluntad auténtica del órgano o bien del ente tratado.



“Las personas físicas son las personas u órganos, y son verdaderos elementos activos no solamente de la administración pública, sino también de todo el Estado, a través de los cuales el mismo se desarrolla todo su accionar”.¹⁷

Aparece, de esa manera el concepto y la relación de función pública, en la que aparecen tanto el órgano institución como el órgano persona, que se encuentran íntimamente ligados, para alcanzar un fin específico; signado por la atribución de una competencia otorgada.

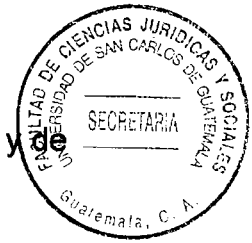
“La expresión función etimológicamente considerada, deriva de la voz latina *functio*, y pertenece a la misma raíz del verbo *fungor* o fungir que significa tanto como cumplir, ejecutar o desempeñar”.¹⁸

La noción relativa con la función se encuentra directamente ligada a la idea de movimiento o de actividad, o sea, tiene un contenido dinámico; del que no se puede desprender. La idea de función pública, tiene que ser entendida como la relacionada con una actividad que es desarrollada; mediante un órgano para la realización de un determinado fin.

La misma, abarca todas las funciones del Estado, o sea, tanto las administrativas como las judiciales y legislativas, y no solamente las primeras como de forma equivocada se

¹⁷ González Pérez, Jesús. **Administración pública y libertad**, pág. 46.

¹⁸ Gordillo, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**, pág. 30.



entiende, cumplida dentro de las competencias que en caso son correspondientes y de conformidad con lo establecido por las normas que la delimiten.

Pero, si este concepto amplio de la función pública tiene que ser aceptado, ello no quita que pueda admitirse también la existencia de un concepto más restringido, de conformidad con el cual la idea de función pública queda constreñida únicamente al cumplimiento de las actividades administrativas y que responden, por ende, a una finalidad preestablecida, siendo indiferente que tal actividad administrativa sea cumplida; por un órgano de los tres poderes del Estado.

Para el objeto del actual contrato en estudio, es justamente este concepto de carácter restringido el que es de interés, debido a que existe la necesidad de limitar a considerar los casos en que se está en la presencia de una función pública consistente en una actividad final resultante de órganos que llevan a cabo sus actuaciones que componen la administración pública, entendida en sentido objetivo o material, o sea; a una actividad administrativa con el alcance que dicho concepto tiene en el derecho administrativo.

Sin perjuicio de lo anotado y dentro de ese concepto aceptado, es fundamental su estudio y análisis. En primer lugar, es de importancia desechar la asimilación que a veces se busca entre la función pública y el servicio público que ha dado lugar a relacionar el cumplimiento de las acciones y de las decisiones de diversas categorías y la prestación de otros servicios.



Consecuentemente, se puede admitir alguna relación entre los conceptos de función pública y de servicio público, y además no se les puede identificar o asimilar, debido a que la noción de función pública es, en su contenido; más amplia y general que la de servicio público

Es trascendental para el actual estudio, distinguir entre función pública y carga pública. Tiene que reconocerse que entre las dos existe una íntima relación, al punto de que solamente, se diferencian por aspectos que no alteran la condición de la carga pública. Definitivamente, no es sino un medio de la función pública caracterizada; por la manera en la que acceden a ella los individuos que tienen que desempeñarla y cumplirla.

Efectivamente, si la función pública se caracteriza por el hecho de que las personas que asumen su ejecución y llevan a cabo las prestaciones que son inherentes a ella, lo hacen; generalmente de manera voluntaria.

La carga pública tiene la particularidad de la circunstancia de que esa voluntariedad no es fundamental, debido a que en todos los casos las cargas públicas son impuestas de forma unilateral por el Estado; siendo por ende el cumplimiento forzoso para los obligados a ejecutarlas.

En la carga pública, no tiene relevancia la voluntad del administrado, frente a la del Estado, que es quien impone de manera unilateral la obligación de la prestación de la actividad de que se trate; motivo por el cual no se necesita el consentimiento del administrado que tiene que cumplirla.



De ello deriva, que la función pública o el empleo público en cuya prestación consiste la carga pública, o bien la prestación personal obligatoria, como también se le denomina, sea ajena a toda relación convencional; pudiendo ser impuesta en contra de la voluntad de quien tenga que llevarla a cabo.

Pero dicha modalidad de las prestaciones personales de carácter obligatorio, no quita que las cargas públicas sean constitutivas de auténticas formas de función o de empleo público, de conformidad con los casos; en los que aparecen como una forma dentro de igual género

Los caracteres que la doctrina asigna a las cargas públicas, son contribuyentes a destacar su sentido y significación. Por ello, se han señalado como caracteres jurídicos de las cargas públicas los siguientes:

- a) **Igualdad:** la misma, deriva de un mandato constitucional expreso y limita que las cargas públicas pueden llegar a pesar más sobre unos que sobre los otros o inclusive unos tienen la idea de pesar más sobre unos que otros; pudiendo encontrarse solamente las causales de exención que hayan sido especialmente previstas legalmente.
- b) **Legalidad:** es una condición, que resulta de que las prestaciones personales obligatorias; solamente pueden ser impuestas a los particulares por mandato de una ley formal.



- c) Temporalidad: debido a que la duración de las cargas públicas no puede ser indefinida o permanente, sino que son, por su naturaleza, limitadas en el tiempo y circunstancias; ya que por lo general son de breve duración.
- d) Gratuidad: es la condición que excluye la posibilidad de que la prestación de las funciones o cometidos en que consistan las cargas públicas puedan ser remuneradas, lo que no obsta a que en determinados casos se otorguen a quienes desempeñan determinados reintegros e indemnizaciones.
- e) Impermutabilidad: implica que las prestaciones obligatorias no son sustituibles ni redimibles por dinero, teniendo que cumplirlas el individuo al que le corresponde hacerlo y no otro distinto.

“La consideración de la función pública obliga al tratamiento de otra situación que permite una nueva diferenciación. De manera normal las funciones públicas, son tomadas en consideración por personas que las ejercen debido a que el título que jurídicamente las capacita para llevar a cabo sus actuaciones” con la competencia que les corresponde legalmente y que es de validez”.¹⁹

Lo anotado, es el caso del funcionario electo o nombrado de conformidad al sistema establecido; para el correcto desempeño de una determinada función pública

¹⁹ *Ibid*, pág.39.



También suele ocurrir que una función pública sea ejercida por una persona, que a pesar de desempeñarse como un verdadero funcionario, lo lleva a cabo sin tener un título que sea válido para el efecto; o teniendo un título irregular o insuficiente.

Ello, ocurre en el caso de los llamados funcionarios de hecho o de facto, cuya existencia genera una interesante elaboración doctrinal, que busca el establecimiento de la naturaleza jurídica de la relación que se establece y las limitaciones y consecuencias que se derivan de la misma.

El ejercicio de las funciones públicas, es una situación que tiene que entenderse limitada al caso exclusivo de los funcionarios, y abarca también a los empleados públicos de la misma naturaleza, distinguiendo esencialmente la condición de tratarse de funciones cumplidas por un funcionario o empleado, cuya investidura para ejercerla es irregular, sin que tenga que confundirse tal investidura con el nombramiento o designación; que provoca una relación jurídica diferente en sus efectos.

La noción de función pública, tiene que quedar señalada y la reiterada mención de que las funciones tienen que ser cumplidas y ejercitadas por personas físicas cuyas decisiones y acciones se reputan en relación al órgano o ente en que las mismas se desempeñan y ello permite la clara comprensión del hecho de que existan en la realidad, numerosos individuos que llevan a cabo sus actuaciones al servicio del Estado y en un sentido bien restringido, al servicio de la administración pública, de lo que quedan excluidos los colaboradores exteriores de la administración, como las personas que se ligan a la administración pública por distintos contratos administrativos o de derecho



común, ya sean proveedores, empresarios de obra pública, concesionarios, trabajadores ligados mediante contratos, colaboradores voluntarios y ocasionales, los que como tales efectivamente cumplen con las labores relacionadas con el desempeño de una función; o de un empleo público de forma estricta.

Dichas personas, si bien se constituyen en auténticos colaboradores de la administración pública llevando a cabo una actividad de importancia que la misma pueda alcanzar en cuanto a las finalidades que le son auténticas, como gestora del interés público, y se diferencian del grupo integrado por quienes, por oposición, pueden denominarse colaboradores internos de la administración; cuyas características generales se tienen que tomar en consideración.

Las relaciones contractuales determinadas en la administración y los particulares, no son suficientes como para dar lugar a que el contratante particular pueda ser tomado en consideración como un funcionario o empleado público, debido a que las mismas no son referentes a actividades que hayan sido comprendidas dentro del régimen general de la función o empleo público; sin coincidir con las actividades de importancia de la administración pública.

De cualquier forma, la noción y definición de su significado tiene que comprenderse del funcionario público, ha originado una amplia gama de posiciones legales y en la doctrina, no solamente debido a que se está frente a un concepto que no es estático sino que también se encuentra en constante evolución.



4.2. Definición de funcionario público

“Funcionario público, es toda persona que dentro de determinadas modalidades que señala, realiza o contribuye a que se realicen funciones esenciales y específicas propias de la administración pública, considerada ésta en sentido sustancial, material u objetivo, abarcando, por tanto, las funciones administrativas propiamente dichas; que se realicen en cualquier de los tres órganos esenciales del Estado”.²⁰

De conformidad con la definición citada, lo que distingue al funcionario y al empleado público, es su condición de tales consiste en la actividad que llevan a cabo; por lo que otras modalidades o características que se suelen contemplar para concretar su definición no tienen que ser tomadas en consideración.

Por ende, no tiene importancia la duración asignada al desempeño del funcionario público, debido a que tanto puede responder a un sentido de permanencia, como ser temporario y accidental, siendo indiferente, igualmente el hecho de que los servicios sean prestados por el funcionario público gratuitamente o bajo cualquier modalidad remuneratoria, o de que se trate de una actividad que sea desempeñada en exclusividad, o en condiciones distintas.

Es innegable que la noción ahora tomada en consideración de funcionario público, es considerada como expresa con acierto y exactitud al concepto general y correlativamente el de empleado público, pero ello no deja a un lado la restricción de la

²⁰ Jeréz Delgado, carmen. **La simulación del contrato**, pág. 56.



extensión de esa noción; para que se pueda dar una idea concreta del funcionario público acorde con el objeto de los mismos.

“Es funcionario público, el que en virtud de la designación especial y legal y de una manera continua, bajo formas y condiciones determinadas, para la ejecución de la voluntad de un fin público; ya sea en actividad jurídica o social”.²¹

Es de importancia la diferenciación de la definición genérica y de la definición específica de funcionario público, comprendiendo para ello primero a toda persona investida por la autoridad legítima de una función pública, limitando el segundo, en cambio a toda persona que ejerce o participa en una función pública de forma permanente percibiendo para ello de haberes fijos de la administración y llevando a cabo el ejercicio de la función de modo de vida; y determinando que la permanencia es un elemento esencial para definir al funcionario público.

4.3. Reseña histórica

En las formas más antiguas y primitivas de los Estados, existe la posibilidad de comprobar la existencia de un grupo, que sea más o menos numeroso de personas que se dediquen a atender los asuntos de carácter administrativo y de Gobierno, adoptando distintas estructuras y las denominaciones más extrañas.

²¹ **Ibid**, Pág. 62.



Anteriormente, se movía una maquinaria burocrática que abarcaba todo el país, en el cual se desempeñaban los funcionarios y empleados públicos, que se encargaban de atender y resolver los asuntos políticos; religiosos y administrativos de una organización bien diferenciada.

“En Roma, por lo menos hasta el advenimiento del Imperio, es posible advertir una situación similar, lo que fue posible por la simplicidad de las tareas de Gobierno y administración, y el carácter integral de la formación y educación de los ciudadanos; que llevó a la individualización de la función pública”.²²

Durante la época imperial, el aumento de la maquinaria burocrática, unido a la extensión del Imperio, cambió este estado de cosas, apareciendo no solamente las verdaderas categorías de funcionarios y empleados públicos; sino que también se fue perfilando la formación de una clase de personas que se dedicaban de forma especial al ejercicio de las funciones públicas.

Después, y ya en la Edad Media, aparece la organización por clases, y el Gobierno del Estado, queda en el poder de una o varias clases bien diferenciadas entre sí y separadas a su vez, de forma ostensible de aquellas otras clases que no tienen acceso a los cargos de Gobierno ni a los empleos públicos.

Nobles, militares y eclesiásticos se alternan y por lo general se conciertan para el ejercicio del poder político y de las funciones administrativas, en cargos de decisión,

²² Serra Tojas, Andrés. **Derecho administrativo**, pág. 34.



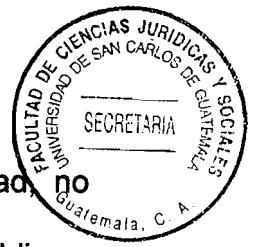
ejecución o asesoramiento de alto nivel; que incluso llegan en muchos casos a transformarse en hereditarios.

“Los comienzos de la Edad Moderna y el nacimiento de las nuevas nacionalidades, da lugar a que en ciertos países, se acentúe cada vez más la formación de un grupo o una clase de personas cuya actividad habitual es dedicarse al desempeño de las funciones y empleos públicos, abandonados, si no nominalmente, al menos de hecho, por las clases que los detentaban; ahora más atentas a los beneficios de tales cargos que al cumplimiento de las obligaciones que su ejercicio les imponía”.²³

Con la Revolución Francesa, se rompe por completo con la situación hasta entonces existente, y el desempeño de las funciones y los empleos públicos deja de ser detentado por nobles, militares y eclesiásticos configurados como clases sociales, apareciendo para ello una burguesía que en nombre de la sociedad y para su servicio, desplaza a las castas cerradas entre las cuales, hasta ese momento se habían distribuido.

Desaparecen entonces, los cargos hereditarios y solamente existe la elección y el nombramiento; que generalmente sirven para la investidura de los nuevos funcionarios y empleados públicos.

²³ Martínez Morales, Rafael. **El derecho administrativo**, pág. 50.



En el constitucionalismo, el proceso señalado se profundiza. En la actualidad, no solamente existen numerosas personas que ejercen funciones de empleos públicos, sino que cuentan con normas reglamentarias que fijan los recaudos necesarios.

La tecnificación de los funcionarios públicos, que tienen que abocarse al tratamiento de problemas y cuestiones cada vez más difíciles y complejos, obliga a la imposición de la capacitación, la cual, sin embargo, no tiene que llevar a resultados negativos de la implantación de una tecnocracia, que sería hoy inadmisibles al clasismo de épocas pasadas.

4.4. Naturaleza jurídica

La discusión doctrinaria formada en relación a ello, es sin lugar a dudas, una de las más interesantes del derecho administrativo, tanto debido a la calidad de los argumentos que hayan sido esgrimidos, debido a que es contributiva a la demostración de que las dificultades, en temas de esta naturaleza, aparecen cuando no se les enfrenta recurriendo a los principios propios del derecho público, y de la forma en que se solucionan; aunque no se llega a esta de acuerdo en las diversas opiniones.

El problema de la situación jurídica del funcionario público tiene doble carácter, debido a que mientras por un lado se busca, en principio saber si es una situación de derecho público, está es una situación legal y reglamentaria o una situación jurídica subjetiva y especialmente se trata de la determinación de su unión a una relación de tipo contractual.



La primera posición adoptada para la explicación de la naturaleza jurídica de la relación que vincula a la administración pública, con los funcionarios y empleados públicos fue histórica y jurídica, y buscó demostrar que se trata de una relación contractual de derecho privado, de un contrato de derecho común; cuya clase y condiciones se busca precisar.

La gran influencia del derecho privado y la circunstancia de que se advertían muchos puntos de contacto entre ciertos contratos de derecho civil y la situación que se presentaba en la vinculación existente con los funcionarios y empleados públicos, hizo surgir como normal, en un primer término que la naturaleza jurídica de dicha vinculación; fuera la de un contrato de esa categoría.

Dentro de esa tónica se sitúa la posición, de quienes sostienen que en el caso se está frente a un mandato civil, de manera que la relación que se establece entre la administración pública y los funcionarios o empleados públicos, aparece de una delegación del Estado en beneficio de determinados individuos; para que los mismos ejerzan determinadas funciones de carácter administrativo.

"La teoría del mandato civil fue atacada poniendo de manifiesto, que en la relación entre la administración y los funcionarios o empleados públicos se contravienen algunos de los elementos caracterizantes de este contrato de derecho común, como el hecho de que mientras que el mandato es esencialmente revocable, las relaciones de función o



empleo público están, por lo general, cubiertas por una nota acentuada de estabilidad y permanencia a favor de tales funcionario y empleado”.²⁴

Los funcionarios y empleados públicos por las particularidades de su mismo desempeño, no son meros empleados de la administración pública obligados a atender las determinaciones del locador; sino que adquieren una aptitud de decisión y ejecución que no son admitidas.

La administración pública y el futuro agente público, no se encuentran en pie de igualdad, sino que el funcionario o empleado público; aparece al contrario en una posición de subordinación, frente a la administración.

Por otro lado, los términos del contrato no se pueden alterar, pudiendo ser variados de manera unilateral por la administración pública, que salvo los derechos ya adquiridos por los agentes públicos; pueden modificar la situación jurídica del funcionario.

Las posibles responsabilidades en que puede incurrir un funcionario o empleado público, que se extienden al campo civil, penal y disciplinarios, exceden en su amplitud y configuración a las que recaen sobre cualquier contratante en una relación contractual de derecho privado.

Dicha desigualdad de posición de las partes, en la relación de función o empleo público, de la cual se derivan importantes consecuencias es la nota que más contribuye, en

²⁴ Marienhoff, Miguel Antonio. **La función del derecho administrativo**, pág. 56.



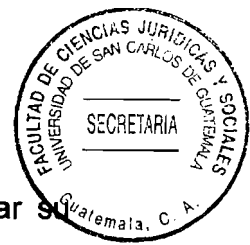
definitiva, a que se rechacen las teorías de derecho privado; que únicamente mantienen un interés didáctico o histórico.

La teoría del acto unilateral que ha registrado distintos matices, de conformidad con la exposición que de ella se lleva a cabo, se funda en general en el conocimiento de que en la relación de función o de empleo público no existe sino como un acto unilateral del Estado, puesto de manifiesto en el nombramiento o designación del funcionario o empleado y en relación al cual el consentimiento de éstos solamente actúa como una condición de validez; eficacia o perfeccionamiento de aquél.

La aceptación o consentimiento del individuo que ha sido designado para el ejercicio de una función o empleo público, no tiene el sentido ni el alcance de un consentimiento que haya sido prestado en un contrato, ya que solamente aparece como una adhesión a un hecho jurídico, o viene a completar un acto que es imperfecto, o sea un acto administrativo incompleto; como una condición de eficacia o validez del acto unilateralmente dictado por el Estado.

La relación de función o empleo público, en consecuencia, es algo más que un simple acto jurídico bilateral, y aparece con la naturaleza jurídica de un verdadero contrato; o más precisamente de un contrato administrativo.

La finalidad de la administración pública, al establecer esas relaciones de función o empleo público, es siempre una finalidad de interés público, debido a que el objeto de la relación consiste en lograr que la administración cuente con el elemento humano que le



es indispensable para poder efectivamente cumplir su cometido, para desarrollar su actividad administrativa y alcanzar, de esa manera; la satisfacción del interés general.

El funcionario y empleado público, aparecen como todo contratante en la relación contractual administrativa, en una posición de subordinación frente a la administración pública, y además todo contratante no tiene la posibilidad de discutir ni tampoco de establecer las condiciones y las cláusulas del contrato, debiendo aceptar las que la administración haya determinado de antemano, que le vienen de ese modo impuestas a favor de ésta y de sus potestades.

4.5. El contrato de servicios técnicos

Si la relación de función o empleo público, es constitutiva conforme a su naturaleza jurídica, de un contrato administrativo el mismo tiene que presentar distintos caracteres que son inherentes a todos los contratos administrativos y que tienen concurrencia a configurarlos en ese carácter.

Pero dicha circunstancia, como es normal no exime de concretar de forma específica los mismos; con la finalidad de poder efectuar la clasificación del contrato de servicios públicos.

Inclusive, quienes reconocen que la relación de servicios técnicos, constituye un auténtico contrato administrativo, no han prestado la necesaria consideración a ello, tratándola solamente de forma general y a veces parcial, como si la afirmación del



carácter contractual de esta relación; no fuera suficiente como para tratar este contrato específico.

Influye en ello, también el hecho de que se reconoce que existen situaciones en la relación de servicios técnicos; que no se conforman con una relación contractual.

La relación de servicios técnicos, existe realmente en situaciones que no configuran una relación de función o empleo público; que existe realmente en situaciones que no configuran una relación contractual administrativa.

Por las partes que se obligan, el contrato administrativo de servicios técnicos aparece como un contrato bilateral, debido a que las partes que lo celebran, o sea, la administración pública y el particular que habrá de desempeñar la función o el empleo, se obligan de forma recíproca, con derechos y obligaciones que resultan del mismo contrato o que son aplicable en virtud del mismo; a pesar de que se encuentren prefijados en un estatuto o reglamentación preexistente.

Por la relación que existe entre las prestaciones, consiste en un contrato en el que las ventajas que reporta a una de las partes le son otorgadas a ésta sobre la base de una prestación que esa parte hace a la otra.

Efectivamente, si la administración pública alcanza la prestación personal del contratante particular en cumplimiento, de una función o de un empleo público,

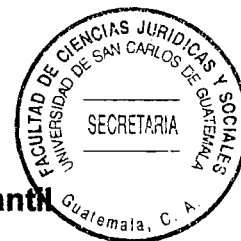


contando de esa forma con los órganos que le son indispensables; lo hace mediante las prestaciones y ventajas financieras.

Por la circunstancia de que las prestaciones sean o no ciertas y puedan ser objeto de apreciación, el contrato de servicios técnicos es un contrato conmutativo, en donde todas las obligaciones y prestaciones establecidas en él son ciertas y pueden ser objeto de una apreciación, no dependiendo de su determinación de acontecimiento incierto, no influyendo en la conservación de la administración, no sólo porque está siempre restringido a límites razonables, sino también debido a que está de antemano reconocido, como una facultad o potestad de la administración pública que no afecta la certeza; siendo factible siempre una continua apreciación de las prestaciones.

Por la duración del cumplimiento de las prestaciones convenidas, el contrato administrativo en estudio, es aquel en el que las prestaciones se llevan a cabo de forma continuada; de conformidad con lo establecido al celebrarlo.

Consiste en un contrato principal, debido a que su existencia no se encuentra bajo la dependencia de la de ningún otro contrato, y el mismo es constitutivo de una figura perfectamente diferenciada de las demás figuras contractuales administrativas y concretamente definidas.



4.6. Simulación relativa en los contratos celebrados entre el Registro Mercantil y las personas contratadas por éste, bajo el contrato de servicios técnicos en Guatemala

El Artículo 1234 del Código Civil regula: “La simulación tiene lugar:

1. Cuando se encubre el carácter jurídico del negocio que se declare, dándose la apariencia de otro de distinta naturaleza;
2. Cuando las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o se ha convenido en ellas; y
3. Cuando se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, para mantener desconocidas a las verdaderamente interesadas”.

El contrato de servicios profesionales se encuentra regulado en el Título XII, Segunda Parte, del Libro V del Código Civil, en los Artículos 2027 al 2036 y el mismo consiste en un contrato que se celebra entre las partes en igualdad de condiciones, siendo su función de tipo económico para la efectiva contratación de un servicio ejercido por un profesional que labora; y presta sus servicios con toda dedicación y diligencia.

El Artículo 2027 del Código Civil regula: “Los profesionales que presten sus servicios y los que los soliciten, son libres para contratar sobre honorarios y condiciones de pago”.



El Código Civil regula en el Artículo 2028: “A falta de convenio, la retribución del profesional se regulará de conformidad con el arancel respectivo y, si no hubiere, será fijada por el juez, tomando en consideración la importancia y duración de los servicios y las circunstancias económicas del que debe pagarlos”.

El Artículo 2029 del Código Civil regula: “El profesional tiene derecho, además de la retribución, a que se le paguen los gastos que haya hecho con motivo de los servicios prestados, justificándolos y comprobándolos debidamente”.

El Artículo 2030 del Código Civil regula: “Si varias personas encomendarán un negocio o solicitaren servicios profesionales en un mismo asunto, serán solidariamente responsables por el pago de los honorarios y gastos causados con tal motivo”.

En materia de contratos, la legislación civil es la norma general, debido a que los contratos que se formulen conforme al derecho mercantil se rigen por remisión expresa del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, por las normas del Decreto Ley 106 y sus reformas. Por ende, los contratos administrativos en relación a su contenido, son regulados de manera tácita por la legislación civil.

Las diversas formas de contratar, en relación a su fondo, y que difieren del Código Civil, son los contratos de trabajo regulado por el Código de Trabajo, Decreto 1441 del Congreso de la República de Guatemala y los de servicio civil por la Ley de Servicio Civil, Decreto 1748.



La naturaleza de un contrato, se encarga de la determinación de las prestaciones especiales y de las contraprestaciones que consisten en el fondo u objeto del contrato mismo, motivo por el que al analizar los contratos que se han celebrado entre el Registro Mercantil y las personas que hayan sido contratadas por el mismo, bajo el contrato de servicios técnicos, se pone de manifiesto que revisten no solamente los elementos que configuran el tipo del contrato de servicios profesionales sino que van más allá a lo que podría tomarse en consideración como un contrato de función pública o empleo público.

El contrato administrativo es la declaración de voluntad del Estado mediante sus órganos centralizados y entidades autónomas y descentralizadas, con una persona individual o colectiva, privada o pública, nacional o internacional, con el compromiso del pago de honorarios o de un precio estipulado por la actividad llevada a cabo los servicios que le presta al 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.

De esa forma la noción de un contrato de función o empleo público, es la que se determina cuando una persona es investida por la administración pública, conforme a los procedimientos o modalidades legales que correspondan para el debido desempeño de una función o empleo público; que acepta cumplir de forma voluntaria con cierta permanencia y por lo general en forma remunerada.

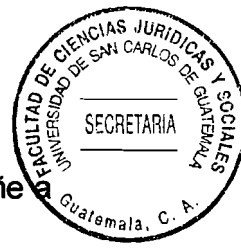


Consecuentemente, en relación a la noción de qué es un funcionario o empleado público es de importancia señalar que es el que en virtud de designación especial y legal y de una forma continua, bajo formas y condiciones determinadas en una esfera de competencia, constituye o concurre para expresar y ejecutar la voluntad del Estado, cuando la voluntad se encamine a la realización de un fin público; ya sea en actividad jurídica o social.

Lo que se busca mediante la tesis, es establecer si en los contratos celebrados entre el Registro Mercantil y las personas contratadas por éste, bajo contrato de servicios técnicos, existe o no simulación relativa, que de conformidad con el Artículo 1284 del Código Civil, tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico del negocio que se declara, cuando las partes declaran falsamente lo que en realidad no ha pasado; y cuando se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas.

El Artículo 1285 del Código Civil regula: “La simulación es absoluta cuando la declaración de voluntad nada tiene de real; y es relativa, cuando a un negocio jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter”.

La simulación relativa, una vez demostrada produce los efectos del negocio jurídico encubierto, siempre que su objeto sea lícito, de conformidad con el Artículo 1286 del Código Civil: “La simulación absoluta no produce ningún efecto jurídico. La simulación relativa una vez demostrada, producirá los efectos del negocio jurídico encubierto, siempre que su objeto sea lícito”.



La existencia de una simulación relativa, objeto de análisis de la presente tesis, atañe a que existe y se dan los elementos de un contrato de servicios profesionales, pero se encubren una serie de facultades y medios de control de parte de la administración pública; que hacen que de forma tácita se configure en contrato de función o empleo público.

A ello, es referente la doctrina al comparar el contrato de empleo o función pública con el contrato de servicios profesionales, debido a que la existencia del mismo se produce cuando una de las partes se obliga a prestar un servicio; y la otra a pagarle por esa prestación a cambio de un precio en dinero.

Los funcionarios y empleados públicos por las particularidades de su mismo desempeño, no son meros empleados públicos, obligados a atender las determinaciones del locador, sin que adquieran una aptitud de decisión y ejecución que no son admitidas en aquel contrato; y que solamente encuentran su límite en el ejercicio de la competencia que les ha sido legalmente fijada.

Adicionalmente, se encuentran elementos en el contrato de función o empleo público, que superan a las contenidas en un simple contrato de función o empleo público como lo acota la doctrina administrativa.

El funcionario o el empleado público no son meros empleados, como el locador de servicios, que tienen que ceñirse a las órdenes y determinaciones del locatario, sino que actúan al contrario, sobre la base una competencia que le es fijada normativamente



y a la cual deben ceñirse de forma necesaria; lo que los faculta para actuar con aptitud que es desconocida en las simples locaciones de servicio.

Por otro lado, el hecho de que en el contrato de función o empleo público subyace el logro de una finalidad de interés público, da a la relación contractual un sentido y un alcance que no se advierten en la locación de servicios en la cual el contrato se establece para atender finalidades particulares de las partes; es una circunstancia que limita su campo de acción y restringe su funcionamiento a los límites; que son auténticos a todo contrato de derecho común.

La simulación radica, en el encubrimiento de la naturaleza del contrato de relación con el servicio civil, que conlleva a la omisión del proceso de selección de personal que se establece en la Ley de Servicio Civil, Decreto 1748 del Congreso de la República de Guatemala; y que consiste en el incumplimiento de las prestaciones que establece la ley anotada.

La inexistencia de un debido proceso de selección o concursos de oposición al personal, tiene un fundamento real en las dificultades e inconvenientes, que han resultado de la poca transparencia del proceso de contratación mediante el servicio civil, pero ello no tiene que resolverse parcialmente con la utilización de una simulación relativa; sino que tiene que encontrarse una solución mediante la modificación del proceso general del servicio civil en Guatemala.

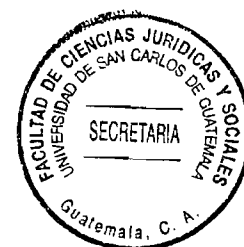


CONCLUSIONES

1. No se determina la existencia o inexistencia de simulación relativa en los contratos que se celebran entre el Registro Mercantil General de la República y las personas que se contratan por el mismo, en el contrato de servicios técnicos, permitiéndose el encubrimiento del auténtico carácter jurídico; y la apariencia de otro contrato de distinta naturaleza.
2. La Ley de Contrataciones del Estado vigente no ha respondido a las necesidades sociales, ni al espíritu del legislador, de conformidad con la exposición de motivos que fue presentada cuando se planteó el texto legal, ni tampoco su Reglamento responde a las necesidades de la administración pública.
3. Actualmente se contrata a empleados públicos sin la necesidad de que exista un proceso de selección o un concurso de oposición nombrando al personal y removiéndolo sin mayor trámite ni responsabilidad para la administración pública, vedando al servidor de estabilidad y la opción a una carrera administrativa; además de desproverlo de las prestaciones económicas que establece la Ley de Servicio Civil en Guatemala.
4. En la actualidad no se establecen los alcances efectivos y reales que existen en los contratos que se celebran entre el Registro Mercantil y de las personas que hayan sido contratadas por el mismo, bajo el contrato de servicios técnicos y ello ha dejado que el contrato en análisis; permita que exista simulación relativa.

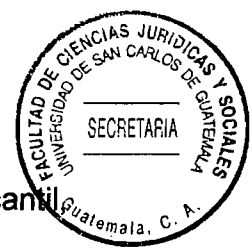


5. La contratación de servicios profesionales en la sociedad guatemalteca, no implica dependencia continuada ni dirección inmediata de la administración pública y la presencia de esos dos factores no permite que los contratos de servicios profesionales; versen sobre asuntos profesionales.



RECOMENDACIONES

1. El Gobierno de Guatemala mediante el Organismo Legislativo, tiene que regular normas jurídicas que den a conocer la utilización de la simulación relativa, en los contratos celebrados entre el Registro Mercantil y las personas que se contratan mediante el mismo, a través del contrato de servicios técnicos; para sancionar el encubrimiento del carácter jurídico y el querer aparentar otro contrato de distinta naturaleza jurídica.
2. El Estado de Guatemala, tiene que señalar que la actual Ley de Contrataciones del Estado no responde a las necesidades de la sociedad, ni tampoco al espíritu del legislador, para poder cumplir con la exposición de motivos que se presentó cuando se planteó ese texto legal, y también debe determinar que su Reglamento; no responde a las necesidades de la administración pública.
3. El Gobierno guatemalteco mediante el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, tiene que indicar que en la actualidad se contratan empleados públicos sin que los mismos sean electos mediante concursos de oposición y se remueven sin mayor trámite ni responsabilidad para la administración pública, vedando con ello la estabilidad laboral y la existencia de una carrera administrativa; como lo regula la Ley de Servicio Civil guatemalteca.



4. Que el Gobierno de Guatemala mediante los operadores del Registro Mercantil debe dar a conocer que actualmente no se pueden establecer los alcances reales de los contratos que se celebran entre el Registro Mercantil y las personas que hayan sido contratadas por el mismo bajo el contrato de servicios técnicos y ello deja que el contrato en estudio; permita la simulación relativa.

5. El Registro Mercantil, tiene que indicar que la contratación de servicios profesionales en el país, no tiene que encontrarse bajo dependencia continuada ni dirección inmediata en lo relacionado a la administración pública, debido a que ellos son los dos factores que no permiten que los contratos de servicios profesionales; puedan versar sobre asuntos profesionales.



BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ROMERO, Miguel. **Teoría general del derecho administrativo.** Madrid, España: Ed. Porrúa, S.A., 1987.

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

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L., 1988.

CALDERÓN MORALES, Hugo Haroldo. **Derecho administrativo I.** Guatemala: Ed. Llerena, 1999.

CHUAYFFET CHEMOR, Emilio. **Derecho administrativo.** Madrid, España: Ed. Ariel, 1983.

DORMA ANDRADE, José Roberto. **La imprevisión en los contratos.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1988.

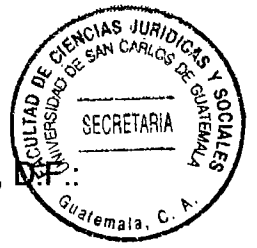
ESCOLA, Héctor Jorge. **Tratado integral de los contratos.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1989.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **Administración pública y libertad.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Ariel, 1989.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Macchi, 1987.

JERÉZ DELGADO, Carmen. **La anulación del contrato.** México, D.F.: Ed. Ariel, 1989.

MARTÍNEZ MORALES, Rafael. **El derecho administrativo.** Madrid, España: Ed. Reverté, 1985.



MARIENHOFF, Miguel Antonio. **La función del derecho administrativo.** México, D.F.: Ed. Harla, 1991.

NAVA NEGRETE, Alfonso. **La administración y el derecho administrativo.** México, D.F.: Ed. Navarra, 1989.

SERRA ROJAS, Andrés. **Derecho administrativo.** México, D.F.: Ed. Porrúa, 1981.

Legislación

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

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

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

Ley del Servicio Civil. Decreto 17-48 del Congreso de la República de Guatemala, 1999.