

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

**“RESPONSABILIDADES DE LOS FUNCIONARIOS Y
EMPLEADOS PÚBLICOS DERIVADAS
DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS”**

TESIS

**Presentada a la Honorable Junta Directiva
De la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
De la
Universidad de San Carlos de Guatemala**

Por

NERY ANTONIO GARCÍA LOPEZ

Previo a optar al Grado Académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Y a los títulos de

ABOGADO Y NOTARIO

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Guatemala, febrero de 1998

04
T(3335)
C. 4

JUNTA DIRECTIVA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

DECANO	Lic. José Francisco De Mata Vela
VOCAL I	Lic. Saulo de León Estrada
VOCAL II	Lic. José Roberto Mena Izepi
VOCAL III	Lic. William René Méndez
VOCAL IV	Br. Homero Iván Quiñónez Mendoza
VOCAL V	Br. Joaquín Enrique Pineda Gudiel
SECRETARIO	Lic. Héctor Aníbal De León Velasco

TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN TECNICO PROFESIONAL

DECANO (en funciones)	Lic. José Luis Aguilar Méndez
EXAMINADOR	Lic. Jorge Luis Granados Valiente
EXAMINADOR	Lic. Cesar Augusto Morales Morales
EXAMINADOR	Lic. Marco Tulio Castillo Lutín
SECRETARIO:	Lic. Hugo Haroldo Calderón Morales

NOTA: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la Tesis"
(Artículo 25 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacia y Notariado y Público de Tesis).

Recibido
14/10/97



Lic. Oscar Emilio Sequén J.
Abogado y Notario

5a. Avenida 11-70, Zona 1 Edificio Herrera 6to. Piso, Oficina 6-G
Teléfonos: 82480 519942 Guatemala, C. A.

4110-97

Guatemala, 14 de octubre de 1997
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

14 OCT. 1997

RECIBIDO
OFICIAL

Señor
Decano Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente

Señor Decano:

De manera atenta me dirijo a usted, para manifestarle que en cumplimiento de lo resuelto por esa Decanatura procedí al asesoramiento de la tesis del Bachiller NERY ANTONIO GARCIA LOPEZ, quien desarrolla el tema RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PUBLICOS, DERIVADOS DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

El trabajo de mérito se inicia señalando referencias generales de tipo doctrinario relacionado con el tema, para luego sentar las bases de la responsabilidad, analizando y comparando con los preceptos legales establecidos en las leyes vigentes, y finaliza con las conclusiones adecuadas.

Por lo tanto considero que el trabajo reúne los requisitos de forma y fondo que para esta naturaleza exige el reglamento respectivo, y por lo que estimo aceptable para ser discutido en el examen público de graduación del sustentante.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para suscribirme de usted respetuosamente.

Oscar Emilio Sequén Jacob
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;
Guatemala, cuatro de noviembre de mil novecientos noventa
y siete.-----

Atentamente, pase al LIC. MARIO FREDY SOTO RAMOS para que
proceda a Revisar el trabajo de Tesis del Bachiller NERY
ANTONIO GARCIA LOPEZ y en su oportunidad emita el dictamen
correspondiente.

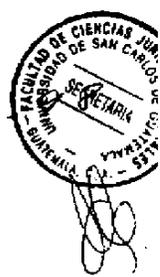
albj.



1/19/98
JPM

93

Guatemala, 19 de Enero de 1,998.-



Licenciado:
JOSE FRANCISCO DE MATA VELA
DECANO FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES, UNIVERSIDAD
DE SAN CARLOS DE GUATEMALA,
Su Despacho.-

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

19 ENE. 1998

RECIBIDO 20

OFICIAL

SEÑOR DECANO:

Fui designado para revisar el trabajo de tesis "RESPONSABILIDADES DE LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PÚBLICOS DERIVADAS DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS", elaborado por el bachiller NERY ANTONIO GARCIA LOPEZ. Al respecto creo conveniente recomendar la impresión del trabajo de tesis referido, en virtud que al proceder a su respectiva revisión, se encontró en la tesis un desarrollo integral del tema, el cual después de ser elaborado permite la comprobación del mismo; además se utilizó una gama de conceptualizaciones que permitieron al autor ahondar en la materia con bastante propiedad.

Asimismo soy de la opinión que los puntos de vista tanto doctrinarios como legales sostenidos por el autor, son congruentes con la necesidad de aplicar las regulaciones legales que se refieren a las responsabilidades de los funcionarios y empleados públicos en su intervención como depositarios de la ley en los contratos administrativos.

En esa virtud opino en forma favorable para que la tesis del bachiller NERY ANTONIO GARCIA LOPEZ, sea discutido en el examen público de tesis.

Sin otro particular me suscribo de usted.

Atentamente.

Lic. MARIO FREDY SOTO RAMOS
Revisor de Tesis.
Lic. Mario Freddy Soto Ramos
Abogado y Notario

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES:
Guatemala, veintiseis de enero de mil novecientos noventa
y ocho.-----

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza
la Impresión del Trabajo de Tesis del Bachiller NERY
ANTONIO GARCIA LOPEZ intitulado "RESPONSABILIDADES DE
LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PUBLICOS DERIVADAS DE LOS
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS". Artículo 22 del Reglamento
de Exámenes Técnico Profesional y Público de
Tesis

alhj.

[Handwritten signature and scribbles]



ACTO QUE DEDICO

- A DIOS Intensa Luz en la oscuridad de la sabiduría Universal
- A MIS PADRES Marta Josefina López Gallardo Vda. de García
Como un tributo muy especial

Félix García Hernández
A su memoria
- A MI ESPOSA Telma Consuelo Aguilar
Por su comprensión y apoyo
- A MIS HIJOS Hugo Alejandro, Marco Antonio y Andrea Carolina
Como un estímulo a su superación
- A MIS HERMANOS Jorge Arturo, Laura Elizabeth, Elena Patricia, Ana Rosaura
y de manera muy especial a Hugo Rolando por su
incondicional apoyo a mi formación y ser guía ejemplar en
mi vida
- A MIS TIAS Juanita López de Segura y Olga López Vda. de Lee
- A La Universidad de San Carlos de Guatemala
- A La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la Universidad de San Carlos de Guatemala
- A MIS AMIGOS En especial a los Licenciados: Mario Soto, Erwin
Castellanos, Randolf Castellanos, José Jorge Alva
Manfredo López y Carlos Del Valle

INDICE

INTRODUCCION

I

CAPITULO I

LA CONTRATACION PUBLICA EN GUATEMALA

1. Antecedentes Históricos	1
2. Antecedentes Teóricos de Tipo Administrativo	3
2.1 Teoría Alemana	6
2.2 Teoría Italiana	6
2.3 Teoría Española	7
2.4 Teoría Francesa	8
2.5 Teorías Positivas del Contrato Administrativo	10

CAPITULO II

DIFERENCIAS ENTRE EL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y EL CONTRATO DE DERECHO PRIVADO

Criterio Subjetivo	17
Criterio de la Jurisdicción	18
Criterio Formal	18
Criterio del Objeto	20

ANTECEDENTES EN GUATEMALA

21

CAPITULO III

CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. Clasificación Doctrinaria	24
2. Clasificación Legal	28

CAPITULO IV

REQUISITOS Y PROCEDIMIENTOS PREVIOS A LA FORMALIZACION DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. Procedimiento de Compra o Contratación Directa	32
2. Procedimiento de Licitación Privada o de Cotización	32
3. Procedimiento de Licitación Pública	34
4. Procedimiento de Subasta Pública	39
5. Procedimiento de Concesiones	41
6. Procedimiento de Sistema de Contrato Abierto	41
7. Formalización de los Contratos Administrativos	43

CAPITULO V

RESPONSABILIDADES DE LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PUBLICOS DERIVADAS DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. Responsabilidad Juridica de Tipo Administrativo	50
2. Responsabilidad Juridica de Tipo Civil	58
3. Responsabilidad de Tipo Penal	63
4. Responsabilidad de Tipo Político	73
CONCLUSIONES	89
BIBLIOGRAFIA	92



INTRODUCCION

El presente trabajo de tesis, se denomina "RESPONSABILIDADES DE LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PUBLICOS DERIVADAS DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS". El tema se refiere al estudio y análisis crítico de las responsabilidades en que incurren tanto los funcionarios como los empleados públicos en el ejercicio de sus funciones, en relación directa o indirecta con la contratación pública; así mismo de las sanciones a las que se encuentran sujetos como consecuencia de la inobservancia o incumplimiento de las leyes y normas administrativas que regulan los contratos administrativos. También es objetivo del tema, el análisis crítico de las causas por las que no se aplican las sanciones a quienes han incurrido en responsabilidades de cualquier orden.

Dentro del vasto y especial campo del derecho Administrativo el tema de la responsabilidad de funcionarios y empleados públicos en los países de poca cultura y desarrollo como el nuestro, merece singular importancia en primer lugar, porque el Estado aún sigue siendo el principal protagonista en la prestación del servicio público para la satisfacción de las necesidades esenciales y colectivas de nuestros pueblos; y en segundo lugar, porque la contratación pública gravita en muchas relaciones económicas que el Estado establece para cumplir con sus fines que son como quedó anotado, la satisfacción de las necesidades colectivas a través del servicio público.



La justificación del presente trabajo, se basa en la constante crítica que a todos niveles se hace del Estado como un mal administrador de la cosa pública, a la ya conocida deplorable y reprochable corrupción administrativa por los funcionarios y empleados públicos en la gestión pública y además a la deficiente regulación legal del Derecho Administrativo en Guatemala, sin olvidar, por supuesto, la insatisfacción que produce la inaplicación de la justicia a quienes con sus actitudes incurrían en responsabilidades administrativas ya que se dejan de aplicar las sanciones o penas que en cada caso lo ameritan. Actualmente se habla de la modernización del Estado para lograr una administración eficaz a través de la eficiencia de las instituciones públicas, sin embargo éstas podrán ser eficientes desde el punto de vista técnico, pero si no se fortalecen desde el punto de vista jurídico-político, difícilmente podremos hablar de un Estado eficaz y económicamente fuerte para cumplir con sus fines primordiales, ya que por el contrario los fondos y haberes públicos, seguirán fortaleciendo los intereses mezquinos para quienes los cargos y empleos públicos son un trampolín para alcanzar a través de la investidura de funcionario o empleado público una innoble posición económica y social, con lo que se provocan algunos efectos nocivos tales como: desde el punto de vista jurídico, se violenta el Estado de derecho; desde el punto de vista político, es otra de las causas por las que el mismo Estado se debilita y pierden credibilidad los gobiernos electos popularmente y en consecuencia se afecta el sistema democrático de gobierno y desde el punto de vista económico-social, se desvían los fondos públicos y se dejan de satisfacer convenientemente las necesidades colectivas que el Estado está obligado, ahondando más la ya deplorable situación económica y social que vive la mayoría de la población guatemalteca.



El primer capítulo se refiere a los antecedentes de los contratos administrativos desde el punto de vista doctrinario y legal. El capítulo segundo se refiere a los diferentes criterios que se han estudiado por algunos autores para diferenciar el contrato administrativo con el contrato de derecho privado. El capítulo tercero contiene la clasificación que recoge la doctrina administrativa de los Contratos Administrativos, así como la que sin enumerar nuestra legislación, se encuentra en nuestras diversas y dispersas normas administrativas. El capítulo cuarto se refiere a los requisitos y procedimientos previos a la formalización de los Contratos Administrativos. Por último el capítulo quinto contiene el análisis jurídico a que se refiere el tema del presente trabajo, en los diferentes ámbitos a saber: responsabilidad jurídica de tipo administrativo, responsabilidad jurídica de tipo civil, responsabilidad jurídica de tipo penal y la responsabilidad de tipo político.

He de mencionar que debido a la misma falta de aplicación de la justicia en lo relativo a la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos, o para no pecar de severo, a la escasa aplicación de la justicia en la corta historia jurisprudencial en el campo administrativo en nuestro sistema legal, al final se hace un análisis crítico al respecto. Considero conveniente dejar manifiesta mi entera gratitud a quienes de una u otra manera colaboraron en forma desinteresada con el sustentante, para la elaboración del presente trabajo.

EL AUTOR



CAPITULO I

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN GUATEMALA

1. Antecedentes Históricos.

Antes de desarrollar el tema, se considera necesario hacer algunas consideraciones de origen del contrato como asunto de acuerdo de voluntades, ya que el tema del trabajo viene a ser en términos generales, como la especie del género: contratos o contratación, y en atención a ello dejar clara la diferencia entre contratación privada y contratación pública, esta última es el objeto de estudio. No cabe duda que desde que existieron las primeras formas de sociedad, se realizaron acuerdos entre dos o más personas sobre determinados aspectos de sus actividades aunque esas "convenciones", así establecidas se dieran en términos muy simples, sin que existiera la posibilidad de hacer cumplir coercitivamente sus estipulaciones, como no fuera la propia acción de las mismas personas que intervenían en la convención, carecían pues de ese carácter coercitivo que caracteriza modernamente a los contratos. La misma necesidad y la multiplicidad de relaciones que se establecían por esas convenciones, hizo surgir la idea de regular de modo más cierto y preciso tales convenciones, así Hector Jorge Escola, citando a Bercaitz, dice: "El contrato nace en las primeras épocas de la humanidad, ya el derecho romano,"(continúa el autor), citando a Namur, "La convención (convaentio, pactum o pactio) era el acuerdo de la voluntad de varias personas sobre un punto cualquiera, siendo su objeto desde el punto de vista jurídico, crear, modificar o extinguir derechos, especialmente de crédito"; de tal suerte, las convenciones exigían fundamentalmente para existir, una promesa hecha por quien se obligaba y la aceptación

SECRETARIA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

¹ Escola, Hector Jorge, Tratado Integral de Los Contratos Administrativos, DE PALMA, Buenos Aires, 1977, pag. 498



de esa promesa hecha, por quien se constituía en acreedor de su cumplimiento. La simple promesa no aceptada (conocida bajo la denominación de "Pollicitatio") no producía ningún efecto, no era obligatoria, salvo cuando se trataba de una promesa hecha a una ciudad o al Estado, si había sido determinada por una causa justa o tenido comienzo de ejecución. La convención tenía así un carácter genérico y muy amplio, aplicable también a los llamados pactos, quedando diferenciada del contrato, cuyo sentido y alcance era más limitado.

El análisis de algunos textos del Digesto, parece indicar que las convenciones no producían efectos jurídicos perfectos, dando lugar tan solo a excepciones y a obligaciones naturales, mientras que los contratos, al contrario, constituían convenciones nominadas que originaban acciones.

Camares Ferro sostiene, sin embargo, que esa interpretación no es admisible, dado que si bien es cierto que el contrato tenía un nombre específico y daba lugar a acciones, también lo es que se conocía en Roma un buen número de convenciones (Los pactos vestidos o confirmados) que eran tan obligatorios como los contratos, puesto que daban lugar a acciones y hasta tenían un nombre propio. Por ello este autor concluye que: "en síntesis, puede afirmarse que en el derecho romano, la convención era un género y el contrato la especie, estando éste siempre protegido por una acción que le daba plena eficacia jurídica".²

Para definir el contrato en su acepción general se citan algunas definiciones tales como la que esboza el autor Federico Puig Peña, citando a Stolfi: "El contrato es el negocio jurídico bilateral dirigido a constituir, modificar o extinguir un vínculo jurídico de

² Camares, Ferro, Curso de Derecho Romano Privado, Buenos Aires, 1943, Tomo I, Pág. 204.



contenido patrimonial o económico".³ Por su lado el tratadista Guillermo Cabanellas, citando a Savigny dice que: "Contrato es el concierto de dos o mas voluntades sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus relaciones jurídicas".⁴

Al referirme a nuestra legislación vigente, necesariamente cito el artículo 1517 del Código Civil que estipula: Hay contrato cuando dos o mas personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación. Observemos que aunque la definición de nuestro Código es escueta, su contenido es amplio ya que no se restringe a un aspecto patrimonial o económico, pues el vasto campo de las obligaciones abarca inclusive obligaciones morales o inmateriales.

2. ANTECEDENTES TEORICOS DE TIPO ADMINISTRATIVO:

Antes de definir el Contrato Administrativo y puntualizar sus diferencias con el Contrato Civil, es necesario referir algunos aspectos que se consideran importantes desde el punto de vista doctrinario y así Bercaitz señala que parte de la doctrina pretende llegar a la definición del Contrato Administrativo por la noción del acto administrativo, de modo, que se concibe el contrato Administrativo simplemente como un Acto Administrativo bilateral. Es evidente que esa postura doctrinal, parte fundamentalmente de la aplicación directa de principios que son válidos en el Derecho Privado, ya que en ese ámbito, en efecto es posible referirse al contrato considerándolo como un acto jurídico bilateral.

Como ha quedado también anotado en las citas textuales de la definición del contrato en general, se aprecia que hay un acuerdo de voluntades, es decir un

³ Puig Peña, Federico, Compendio de Derecho Civil Español, Ediciones Pirámide, S. A., pag. 328, 1978

⁴ Cabanellas Guillermo, Diccionario de Derecho Usual, Tomo I, 9a. Edición, Editorial Heliasa, SRL Buenos Aires pag. 498, 1978



consentimiento unánime de dos o mas personas, entonces podemos decir que así como el contrato de derecho privado no es sino un acto jurídico bilateral, el Contrato Administrativo no será más que un acto bilateral. El autor Salvat, a este respecto concluye citando como ejemplo de acto jurídico bilateral a los contratos.

Es necesario aclarar este aspecto remitiéndonos a la doctrina alemana, la cual ha clasificado los actos administrativos distinguiendo las "decisiones" y las "disposiciones". Según esta doctrina, las decisiones son actos administrativos de contenido jurídicamente regulado, pudiendo tratarse también del reconocimiento o declaración de un derecho individual. Así Meyer dice que: "la decisión no dice lo que debe ser de derecho, sino que meramente declara lo que es el derecho. En las disposiciones en cambio, el órgano administrativo actúa determinando por su propia voluntad las condiciones de la relación jurídica, pudiendo llegar a crear así una relación jurídica totalmente nueva entre el individuo y la administración. El mismo Meyer agrega que: "la disposición, que es la antítesis absoluta de la decisión, corresponde a lo que en derecho civil se llama acto jurídico, de modo que podría designarse a las disposiciones como "actos jurídicos de derecho público".⁵

Sayaguez Lazo, refiriéndose al concepto de acto administrativo, expresa que los actos jurídicos administrativos en forma genérica son aquellas declaraciones de voluntad de la Administración Pública, destinadas a producir efectos jurídicos. Agrega este autor que este concepto comprende en su latitud a todas las formas de manifestación de la voluntad administrativa, ya sean generales o individuales; unilaterales o plurilaterales, incluyéndose pues, bajo esta denominación a los reglamentos y a los comúnmente llamados actos de la administración. Sin embargo el mismo Sayaguez Lazo insiste en

⁵ Meyer, Otto, Derecho Administrativo Alemán, Buenos Aires, 1949. Tomo I, pag. 133



que en un sentido mas restringido limita el concepto tan solo a los actos que producen efectos subjetivos, ya sean unilaterales o plurilaterales, estando incluidos entre estos últimos los actos contractuales, o sea los contratos administrativos.

Por su parte el autor argentino Gordillo⁸, reconoce que el contrato administrativo es siempre una declaración unilateral, es decir que excluye la posibilidad de que se comprenda bajo tal denominación a los contratos administrativos, los cuales tienen un régimen jurídico particular dentro del genérico correspondiente a la función administrativa.

En consecuencia, si se acepta esta relación, concluimos en que no resulta posible hablar ya de la existencia de un acto administrativo bilateral, como concepto que abarque la noción de contrato administrativo, ya que el acto administrativo como se dijo es y seguirá siendo por definición un acto exclusivamente unilateral; de tal suerte que asimilar el contrato administrativo y el acto administrativo bilateral no solo se hace confusa sino que es inadmisibile.

De lo anteriormente anotado, se observa que en el decurrir del tiempo, se han dado doctrinas que niegan la existencia del contrato administrativo y como contrapartida, doctrinas que admiten su existencia; debiendo aclarar que aunque el tema central de la presente investigación no es el estudio del contrato administrativo, a continuación se esbozan algunas teorías y dentro de ellas, las consideradas mas importantes, con el objeto de ilustrar las diferentes opiniones y asi concluir en el criterio que actualmente prevalece.

⁸ Gordillo, El Acto Administrativo, Buenos Aires, 1983 pp 77 y 79



2.1 TEORÍA ALEMANA:

Esta es una de las teorías que niegan el contrato administrativo, siendo uno de sus mayores exponentes el tratadista Otto Meyer, quien negó la posibilidad de que pudieran existir contratos administrativos, señalando que los que así se denominaban no eran sino actos unilaterales, los cuales pueden resultar eficaces únicamente con el consentimiento de los interesados. Esta posición la había mantenido en algunas monografías, sosteniendo este autor, en primer lugar, que el Estado solo puede actuar unilateralmente por medio de actos administrativos y que los actos de sumisión de los particulares, con su consentimiento, si bien se denominan contratos, por su estructura jurídica no son tales, usándose la designación de contrato de derecho público, solo para distinguirlos de los contratos civiles con los cuales guardan cierta similitud aparente.⁷

2.2 TEORÍA ITALIANA:

Esta doctrina al igual que la alemana, en principio, se ha mantenido dentro de un plano similar, mostrándose reacia a la admisión de los contratos administrativos. Así, Manuel María Diez dice: 'en forma predominante, se ha sostenido que los contratos administrativos, constituyen meros actos unilaterales del Estado, respecto de los cuales la voluntad de los particulares que concurren a relacionarse con la administración tiene un efecto solamente accesorio referido únicamente a su eficacia, pero no a su existencia.'⁸

Asimismo, otros autores italianos coinciden y sostienen que no es posible la formalización de un contrato entre un ente público y un particular, ya que la distinta

⁷ Ob. Cit. pag. 183

⁸ Diez, Manuel María, Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1965, T II, citado por Hector Jorge Escolá Ob. Cit. pág. 438



naturaleza jurídica de sus manifestaciones de voluntad no pueden fundirse en un único y mismo acto, sino que se yuxtaponen manteniendo su individualidad. No obstante la posición de esta doctrina, cierta parte de ella, aun cuando niega la existencia de los contratos administrativos, acepta que la administración puede celebrar contratos de derecho privado, entre los que clasifica por ejemplo a los de obra pública y suministro; se trata pues de una orientación que también se va inclinando hacia la posibilidad de la admisión de los contratos especiales denominados contratos administrativos.

2.3 TEORÍA ESPAÑOLA:

Garrido Falla, sostiene que en la doctrina española y no obstante contarse con normas legales que servirían en forma expresa para apoyar la existencia de los contratos administrativos, existe una corriente que se inclina a negar la realidad de tal tipo de contratos, citando en este sentido las argumentaciones de Delgado y Arriaza y de Abella y Albi. Este último autor expresa que la "dualidad de jurisdicciones existentes en esta materia (contratos civiles y contratos administrativos), deriva de razones puramente teóricas e históricas, ha determinado una distinción artificial y arbitraria en los contratos en que es parte la administración pública. Tomando como base un pretendido desdoblamiento de las actividades de dicha administración -en cuanto actuando como autoridad se encamina a regular y satisfacer servicios públicos y en cuanto funcionando como persona jurídica se dedica a gobernar su propio patrimonio como un simple particular- se han admitido por la jurisprudencia y por los tratadistas dos distintas especies de contratos: administrativos y civiles".⁹

Como se puede observar, este autor si reconoce la existencia de los contratos administrativos al diferenciarlos.

⁹ Abella y Albi, Los Contratos Municipales, Valencia 1944, citado por Hector Jorge Escolá Ob. Cit. pag.11



A Contrario Sensu, Fernández de Velasco,¹⁰ en una obra ya clásica en esta materia, niega el carácter contractual a los negocios bilaterales de la administración, desconoce por tanto, la posibilidad de que existan contratos administrativos. En primer lugar plantea el interrogante de, que si pueden existir contratos de derecho público, lo cual a su juicio, equivale a preguntar si existe similitud entre la economía del contrato privado y la del contrato público, o de otro modo, si los principios vigentes en el ámbito contractual privado son aplicables a las situaciones que se presentan en la esfera contractual administrativa. Concluye este autor que la respuesta negativa se impone en los tres casos, ya que hablar de contratos de derecho público o de contratos sui-generis, es utilizar dos calificativos muy amplios en fuerza de ser vagos; o bien significa que no se parecen a los contratos privados y, como esta semejanza no puede establecerse en cuanto a la forma como hemos dicho, habrá que referirla al contenido, llegándose a la conclusión de que semejantes contratos, por ser públicos o sui géneris no son contratos.

2.4 TEORIA FRANCESA:

Al igual que en los países anteriormente mencionados, en Francia, no es la excepción en el sentido de que, no obstante que tradicionalmente ha aceptado la existencia del contrato administrativo, algunos tratadistas como Duguit y Hauriou, sostienen opiniones negativas. Así por ejemplo, Duguit opina que el contrato es una determinada categoría jurídica y cuando los elementos que lo forman se hayan reunidos, existe un contrato que tiene siempre los mismos caracteres y los mismos efectos. Por consiguiente, si existen contratos que dan lugar a la competencia de los tribunales administrativos, ello solo puede ser en razón del fin para el cual se celebran, no hay diferencia en cuanto al fondo entre un contrato civil y otro administrativo. Lo que le da

¹⁰ Fernández De Velasco. Los Contratos Administrativos, Madrid, 1927 citado por Hector Jorge Escolá Ob. Cit. pág 59



carácter a un contrato administrativo y fundamentación a la competencia de los tribunales administrativos es la finalidad de servicio público, motivo de su celebración.

En Guatemala, no existen estudios o doctrinas que nieguen o afirmen la existencia de los Contratos Administrativos. Por la práctica y por algunas disposiciones, en forma tácita se ha aceptado la existencia de los Contratos Administrativos, por ejemplo La Ley de lo Contencioso Administrativo, Decreto número , regula que la interpretación, cumplimiento y todo lo que se derive de dichos contratos, debe someterse a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, lo que los diferencia de los contratos del ámbito privado, que no son sometidos a esa jurisdicción sino a la jurisdicción de los tribunales del orden común o sea a la Jurisdicción Civil y Mercantil. Además, como se menciona más adelante, inclusive, la Administración Pública ha creado por medio de un Acuerdo Ministerial, modelos de contratos que no hacen mas que reconocer a los contratos que celebra el Estado y sus instituciones autónomas o semiautónomas como verdaderos contratos administrativos. En conclusión, en Guatemala se reconoce la existencia de verdaderos Contratos Administrativos.

En resumen, las teorías que niegan la existencia del contrato administrativo, se fundamentan en los siguientes aspectos:

a) En las relaciones que se establece entre la administración y los particulares, aquella actúa en una posición de supremacía, a veces muy ostensible, faltando la debida igualdad entre las partes la cual es indispensable en todo vínculo contractual. Al contrario, cuando existe tal igualdad entre la administración y los particulares, aquella actúa como si fuera otro particular y entonces estaríamos ante un contrato de derecho privado, a un contrato civil.



b) Todo contrato exige que lo que en él se establece sea el resultado de la voluntad libre de las partes que lo celebran. Es la clásica teoría de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, las relaciones que se establecen entre la administración y los particulares, tal autonomía de la voluntad no es posible, en primer lugar porque la administración solo puede actuar con arreglo a las normas que la rigen, dentro del marco y con la orientación que dichas normas establecen; en cuanto a los particulares, solo pueden aceptar o rechazar los términos fijados por la administración que son resultantes del orden normativo vigente, sin posibilidad de discutirlos, alterarlos o dejarlos sin efecto.

c) Los presuntos contratos administrativos versan sobre objetos que están naturalmente fuera del comercio. Al contrario y conforme al criterio común, el objeto de los contratos deben ser siempre con cosas del comercio.

d) El concepto unitario del derecho que rechaza la existencia de la dualidad, derecho público-derecho privado, impide distinguir entre contrato civil y contratos administrativos; si hay contrato, estos son iguales, en uno y otro caso.

2.5 TEORÍAS POSITIVAS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

En realidad las teorías positivas actuales predominan en el Derecho Administrativo, y entre sus defensores se encuentran a Laband, Jellinek, Jeze, Barassi, Cavalcanti y Bielsa.

La teoría francesa, descansa fundamentalmente en los precedentes establecidos por la acción del Consejo de Estado, que en este como en otros casos ha tenido un papel preponderante en la formulación de este tipo especial de contratos, en los cuales



participa la administración pública. En principio, la diferencia entre contrato administrativo y contrato civil, se fundamenta en la diferencia entre actos de autoridad y actos de gestión, distinción que en su momento gozó de gran aceptación y por lo tanto recogida por muchos tratadistas. Entre quienes está Manuel María Díez, que dice: "En los actos de imperio, el Estado procede autoritariamente, [iure imperii], produciéndose el efecto querido por su propio impulso, por decisión de su voluntad. En los actos de gestión, el Estado discute con los particulares en el mismo plano y su voluntad solamente surte efectos con el concurso de la voluntad contraria".¹¹

Como se ha señalado anteriormente, la teoría positiva francesa encuentra su sustentación en los fallos del Consejo de Estado, especialmente en los fallos *Tharond, Compagnied, Asurance de Soleil y Societe de Granits Porphyroides des Vorges*, este último del año 1912, surge la fundamentación de los contratos administrativos, como aquellos que se realizaban para la organización o funcionamiento de los servicios públicos.

Posteriormente en la Resolución dictada el 3 de julio de 1925, en el caso *De Maestral*, el Consejo de Estado coincidió en que, lo que caracterizaba como administrativo a un contrato era la existencia de cláusulas que solo la presencia del servicio público podían originar y que no era admisible que fueran otorgadas a nadie por un contrato de derecho privado, mientras que el fallo del 21 de enero de 1938 señala que cuando en el contrato la administración se había abstenido de insertar cláusulas que excedieran la órbita del derecho común, dicho contrato era de derecho privado.

Una nueva evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado se marca a partir del fallo "*Epoux Bertin*" del 20 de abril de 1956. El caso se planteó por el motivo de

¹¹ Ob. Cit. pag. 119



que el jefe de uno de los centros de repatriación de los ciudadanos soviéticos, constituidos en Francia en el momento de la liberación, contrató con el matrimonio Bertin el suministro de alimentos para aquellos, mediante una suma de dinero a pagarse por día y por hombre. Posteriormente, se convino el aumento de la ración, con el consiguiente aumento del precio, el cual, sin embargo no se pagó. Así se originó una reclamación de los esposos Bertin, que llegó finalmente al Consejo de Estado. En el pronunciamiento dictado se estableció que el citado contrato tenía como objetivo: confiar a los interesados la ejecución misma del servicio público, y que esta circunstancia era suficiente por sí sola para imprimir al contrato de que se trata, el carácter de un contrato administrativo, sin que sea necesario buscar si el citado contrato lleva consigo cláusulas exorbitantes del derecho común.

Al respecto el tratadista Waline, resumiendo la orientación actual de la jurisprudencia del Consejo de Estado, concluye que: "De los distintos pronunciamientos dictados, resulta que un contrato es administrativo, no solo cuando contiene cláusulas exorbitantes del derecho privado, sino cuando en ausencia de tales cláusulas, las obligaciones del contratista lo asocian directamente a la ejecución de un servicio público".¹²

Por su lado el tratadista Jeze, después de desvirtuar las posiciones negativas de los tratadistas Duguit y de Hauriou, efectúa un análisis de la jurisprudencia establecida por el Consejo de Estado y concluye diciendo, que puede llegarse a afirmar que hay contratos administrativos propiamente dichos cuando se reúnen las condiciones siguientes:

a) Existencia de un acuerdo de voluntades entre la administración y un particular.

¹² Waline, Tratado de Derecho Administrativo, París, 1957, citado por Hector Jorge Escolá Ob. Cit. pág 4



b) Que dicho acuerdo de voluntades tenga por objeto la creación de una obligación jurídica de prestación de cosas materiales o de servicios personales mediante una remuneración.

c) Que la prestación que suministra el contratante particular, esté destinada a asegurar el funcionamiento de un servicio público.

d) Que las partes, por medio de una cláusula expresa, dada por la misma forma del contrato, y género de cooperación solicitada, o por cualquier otro medio de manifestación de voluntad, manifiesten el sometimiento al régimen especial del derecho público.

Waline también dice al respecto, que la teoría del contrato presenta en el Derecho Administrativo, diferencias muy importantes en relación con la teoría correspondiente del derecho privado, pues este autor sostiene que: "El contrato administrativo se caracteriza por tener un régimen jurídico especial, el cual a su vez origina en la existencia del interés público de la administración que integra el objeto propio del contrato."¹³

Finalmente otro grupo de autores españoles aceptan la existencia de los contratos administrativos diferenciándolos de los contratos de derecho privado. Algunos admiten que la administración pública puede celebrar contratos con los particulares, como serían los de adquisición de bienes o de construcción de obras públicas, los cuales se regulan por normas especiales distintas a las que se aplican a los contratos civiles. Aquellos se rigen por normas administrativas y por lo tanto son los contratos administrativos propiamente dichos, en los cuales la administración se presenta como persona de derecho público que tiene a su cargo la gestión de los intereses colectivos y

¹³ Waline, *ibidem* pág. 5



que no puede por tanto estar sometida a los preceptos del derecho privado, que podría constituir un obstáculo para el logro y satisfacción de los intereses públicos, tal como expresa el autor Royo Villanova: "El objeto de los contratos administrativos, la buena marcha de los servicios públicos exige que la administración tenga ciertas facultades y prerrogativas incompatibles con el principio de igualdad que impera en las relaciones de derecho privado".¹⁴

Para este autor, la especialidad de los contratos administrativos, radica en su objeto o sea en el interés general que va implícito en ellos. En el mismo sentido, García Oviedo, reconoce la existencia de los contratos administrativos y se fundamenta también en la existencia del objeto o sea, en la actividad administrativa, en las obras y servicios que constituyen medio característico de la administración, para el cumplimiento de sus fines de interés público.

En fin, los diferentes tratadistas que defienden la existencia de los contratos administrativos, las llamadas teorías positivas, procuran caracterizarlo así, se señala en primer lugar la teoría según la cual hay contratos administrativos siempre que una de las partes sea la administración pública, obrando como tal. Esta posición predominantemente subjetiva, es muy simple y ha sido motivo de diversas críticas, por ejemplo la que señala, que esta doctrina no aporta elementos que permitan determinar con precisión cuando la administración pública celebra un contrato administrativo y cuándo no.

Otra teoría dice que la existencia de los contratos administrativos puede afirmarse cuando se trata de contratos cuyo conocimiento es de competencia de la

¹⁴ Villanova Royo, Elementos de Derecho Administrativo, Editorial Pirámide, S. A. Madrid, 1955, T. II. Pgs. 869 y ss.

jurisdicción contencioso administrativa; esta teoría a su vez no puntualiza cuándo y porqué un contrato es sustraído a la jurisdicción común para transferirlo a la jurisdicción contencioso administrativa. También se ha procurado caracterizar a los contratos administrativos por la observancia de ciertas formas especiales que se cumplen para su concertación como la existencia de pliegos de bases y condiciones, la exigencia de licitación, etc.

Sin embargo hay quienes reconocen este tipo particular de contratos, celebrados por la administración pública por medio de la determinación del fondo, de su esencia, y sustancia, derivada de los fines que con su celebración se persigue o bien de los intereses que afecta o pueden llegar a afectar. Muy marcada influencia tuvo la concepción que vinculó la existencia de los contratos administrativos a la idea del servicio público. No obstante, de la existencia de verdaderos contratos administrativos, que a pesar de ello, no tendían a la prestación de un servicio público, por lo tanto se les adicionó el concepto de la utilidad pública; a mi criterio aunque amplio pero aún ha llegado a resultar insuficiente, porque no solamente tales elementos deben tomarse en cuenta para que un contrato sea considerado administrativo.

Para otra tendencia, los contratos administrativos existen y se caracterizan por la inserción en sus disposiciones de cláusulas ajenas al derecho privado, es decir, de cláusulas que no se concebirán ni se admitirán en un contrato civil o mercantil como los contratos de obras públicas y de Empréstito.



CAPITULO II

DIFERENCIAS ENTRE EL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y EL CONTRATO DE DERECHO PRIVADO.

Para encontrar ciertas diferencias y ciertas similitudes que puedan aparecer entre los dos contratos hay que recoger la opinión de los estudiosos de la materia. Así se tiene la de Manuel María Díez, que dice: "El concepto de contrato administrativo, es un concepto polémico y esa sustancia obedece al hecho de que toda su extensión institucional está montada sobre una aparente contradicción, la que resulta de querer insertar, en el derecho público una figura, la del contrato, que es por excelencia del derecho privado, figura en la que parece que habrían de desaparecer las notas que tradicionalmente vienen marcando al derecho público como desigualdad de las partes, la autoridad de la administración concebida como poder de mando, de prerrogativa, etc."¹⁵

De lo anterior, se encuentra que la diferenciación entre el contrato administrativo y el de derecho privado ha sido siempre una tarea dificultosa y que ha originado muchas teorías, que pretenden cada una de ellas, fijar la nota o notas diferenciativas, de tal modo, Gabino Fraga ha podido sostener que el criterio para hacer la distinción entre esas dos categorías es de las más discutidas e imprecisas, pues varía desde la equiparación sustancial de las dos clases de contratos, como por ejemplo las diferencias de carácter formal o externo, hasta la negativa de que el contrato administrativo, sea realmente un verdadero contrato. Para ello, vale la pena analizar en forma sucinta las diferentes orientaciones que se han propuesto para distinguir el contrato administrativo

¹⁵ Díez, Manuel María, Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1947. T. II, citado por Hector Jorge Escalá Ob. Cit. pág. 452.



con el contrato de derecho privado, dando a aquél su configuración especial y propia, basados en criterios como los que siguen:

CRITERIO SUBJETIVO:

El mas elemental de los criterios propuestos es el que caracteriza al contrato administrativo por el hecho de que es el celebrado por la administración pública, obrando como tal y relacionándose por ese medio con los particulares.

Un contrato celebrado entre particulares, en efecto, nunca puede adquirir el carácter de administrativo; por ello, lo que impone ese especial carácter a los contratos es justamente que en ellos una de las partes es la administración pública, por medio de sus distintos titulares pero el simple hecho de que la administración participe en un contrato, no tipifica a este en realidad, como administrativo ya que este criterio además de ser excesivamente amplio, estaría desvirtuado por el hecho siempre admitido de que la administración pública puede celebrar contratos de derecho privado.

Lo que se requiere entonces, es que al contratar, la administración pública, obre como tal, fuera del ámbito del derecho privado y actuando como poder público. Esta conclusión se basa en la admisión de la doble personalidad de la administración pública: sujeto de derecho privado y sujeto de derecho público. Y basándose en la división de los actos administrativos en actos de autoridad y actos de gestión. Esta corriente ha sido criticada ya que a pesar de su aparente evidencia, falla en cuanto que no permite determinar cuando la administración pública obra como tal (concluyendo contratos administrativos) y cuando como persona de derecho privado, puede celebrar, contratos civiles; cuestión que no es admisible de quedar sujeta a la apreciación exclusiva de la misma administración y desvinculada de todo aspecto normativo. Conclusión con la que



el autor del presente trabajo está de acuerdo, ya que en cierta forma se atentaría con el principio de legalidad, que en los últimos tiempos se ha resaltado. Además ofrece poca seguridad al administrado.

CRITERIO DE LA JURISDICCIÓN:

Según este criterio, son contratos administrativos aquellos cuyos diferendos deben ser sometidos a la decisión de los tribunales contencioso administrativos, mientras que los contratos de derecho privado quedan sometidos a la competencia y jurisdicción ordinaria. Este criterio se funda en la competencia de cierta jurisdicción (la administrativa) para entender con respecto a diversos contratos que por tal motivo, son calificados como administrativos.

La crítica que se ha hecho a esta corriente es que sería como convertir lo adjetivo y accidental en sustantivo y esencial, es decir que la jurisdicción no puede afectar la esencia de los contratos, ni mucho menos cambiar su naturaleza. En cuanto a esta crítica, se considera que es acertada porque los contratos nacen independientemente de la jurisdicción que corresponda conocer sus consecuencias, interpretación o su cumplimiento.

CRITERIO FORMAL:

Los que sostienen esta corriente, manifiestan que la diferencia entre el contrato administrativo y el contrato de derecho privado estriba en que el primero está sujeto en cuanto a su celebración a formalidades concretas, especialmente determinadas con antelación, mientras que el contrato privado está exento de esas formalidades, es decir ajenas al ámbito del derecho público.



En este sentido se señala que los contratos administrativos se concluyen por medio de procedimientos particulares, como la realización de licitación pública o privada, con el uso de pliegos de condiciones y con formalidades como la preadjudicación y la adjudicación.

La crítica que se le hace a esta corriente, es que es muy elemental en su planteamiento y que carece de verdadera base jurídica. Manuel María Díez, dice al respecto que : " Si bien la existencia de un pliego de condiciones para la celebración de contratos típicos, como son los de obra pública y suministros, es habitual y peculiar del tráfico de lo administrativo, no es menos cierto que nada impediría que pudieran incluir en un contrato civil de la administración, o aún en contratos celebrados entre particulares y por tanto, de indudable raigambre privada." ¹⁶

En este sentido, Garrido Falla concluye al respecto que: "La esencialidad de la forma en la contratación administrativa no nos proporciona un criterio discriminador" ¹⁷

Con respecto a esta corriente, opino que tampoco tiene los requerimientos suficientes para que pueda decirse con certeza que la formalidad o aspecto formal diferencia a los dos tipos de contratos, pues si bien es cierto, que los contratos civiles desde la edad antigua han requerido para su celebración, el cumplimiento de ciertas formalidades, también lo es, que actualmente y con posterioridad en el tiempo a los contratos civiles, en los contratos administrativos se ha venido creando dentro del derecho administrativo, el cumplimiento de requisitos formales, tan es así que a partir de determinado tiempo, a la fecha en ciertos tipos de contratos de carácter administrativo, ya debieron formalizarse en Escritura Pública.

¹⁶ Ob. Cit. Pag. 456

¹⁷ Garrido Falla, Tratado de Derecho Administrativo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid. 1962 T. II. Pag. 38.



CRITERIO DEL OBJETO:

Se ha sostenido también que lo que caracteriza al contrato administrativo y lo diferencia del contrato privado, es el objeto propio del primero, que es muy distinto del objeto del contrato civil.

De tal suerte, el contrato es administrativo porque se refiere a un objeto peculiar (ya sea el servicio público o la utilidad pública), objeto que es precisamente el que justifica su régimen especial.

Por eso, Jeze aceptó la corriente que dice, que los contratos administrativos se distinguen por tender a asegurar el funcionamiento de los servicios públicos (lo que excluye la aplicación de los principios propios del derecho privado), esta nota diferenciadora no era para él predominante, debiendo adicionarse el sometimiento de la convención a un régimen exorbitante del derecho común; "La administración por un lado ha querido este régimen jurídico especial, y el particular contratante por el otro, se ha sometido voluntariamente a él, renunciando a prevalerse de las reglas de derecho privado."¹⁸

Sarmia Olcos, por su parte, se adhiere al criterio que se expone y califica como administrativos a los contratos que teniendo por objeto la ejecución de una obra o de un servicio público otorgaban por esa causa una posición de privilegio a la administración pública, siendo estos signos para este autor, de una evidencia innegable.

¹⁸ Jeze, Principios Generales de Derecho Administrativo. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1945, Tomo III, Pág. 175.



ANTECEDENTES EN GUATEMALA.

Por la corta vida del derecho administrativo y por la diversidad de normas y disposiciones legales relativas a la contratación pública, a través del tiempo, su evolución ha sido lenta y poco técnica y han sido las mismas necesidades del Estado las que han dado la pauta para que se venga legislando en mejor forma el tema objeto de estudio, sin que esto implique que su regulación es perfecta. Después de agotar las fuentes a que he tenido acceso, se puede establecer que los antecedentes de la contratación pública, se remontan al año 1,931, durante el gobierno del General Jorge Ubico, que según acuerdo de fecha 24 de julio de ese año, contenía 5 artículos que en forma resumida se referirán a como debían practicarse las licitaciones; las cuales debían practicarse en la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (actualmente Ministerio de Finanzas Públicas); que debía anunciarse la licitación en el diario oficial, que una vez hecha la adjudicación, esa Secretaría pasaría copia de lo conducente a la Secretaría del ramo correspondiente para que otorgara el contrato respectivo. Posteriormente, el 16 de marzo de 1,933, estas disposiciones se elevaron a la categoría de Decreto, el cual fue el número 1,397, también dictado por el Presidente Ubico y se refería al Reglamento que contenía normas o disposiciones relativas a contratos administrativos que celebraba el gobierno. Por último el mencionado acuerdo se refería a que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público no ordenaría ningún pago a cuenta de contratos celebrados por el gobierno sino cuando previamente se hayan llenado los requisitos anteriores.

El decreto mencionado, no obstante carecer de una estructura técnico jurídica al no regularse siquiera en artículos, contenía una regulación amplia que entre otras cosas permitía el concurso de personas extranjeras; ya fijaba día y hora para la presentación de la oferta; el procedimiento para la calificación de las propuestas; la garantía por parte de



los contratistas sobre un 15%; el plazo para la ejecución de las obras; la escala de sanciones en concepto de daños y perjuicios por cada día de tardanza en la ejecución; facultad del gobierno para dar por rescindidos los contratos y sus causas; el sometimiento a la vía contencioso administrativa por las controversias relativas al cumplimiento, inteligencia (debe entenderse interpretación), aplicación y efectos de los contratos celebrados con motivo de la licitación, etc.

Con fecha 7 de marzo de 1,952, el Presidente Constitucional de la República, Jacobo Arbenz Guzmán emitió el Acuerdo que se refiere a Reglamento Sobre Contrataciones Administrativas, el cual constaba de 9 artículos sobre la elaboración, suscripción y aprobación de los contratos, es decir sobre las formalidades que debían cumplirse en los contratos.

Ya con fecha 8 de abril de 1,970, el Organismo Legislativo decreta la Ley De Compras y Contratación de Suministros, Obras y Servicios Públicos, contenida en el Decreto número 13-70; Decreto que ya contó con una reglamentación específica el 3 de junio de 1,970. Esta Ley y su Reglamento, como consecuencia de haber sido dictados por un órgano legislativo, es de contenido técnico y jurídicamente mejor estructurado, aspectos que eran imperativos debido al desarrollo y crecimiento que había obtenido el Estado de Guatemala durante los últimos cuarenta años; puede decirse que esta fué la legislación sobre contrataciones del Estado que ha servido de base para las futuras legislaciones atinentes a esta materia en Guatemala.

Mas tarde, el 10 de febrero de 1,971, se emitió el Decreto 11-71, modificado por los Decretos 80-71; 5-74; 54-79; y 69-79; asimismo el 26 de marzo de ese mismo año, se emitió el Acuerdo Gubernativo número CM-9-71 que se refería al Reglamento de la Ley de Compras y Contrataciones de Bienes, Suministros, Obras y Servicios.



El 24 de junio de 1,980, se emitió el Decreto número 35-80, denominado simplemente Ley de Compras y Contrataciones, como correspondía, también el 9 de julio de 1,980, el Presidente de la República emitió el Reglamento de Compras y Contrataciones.

Como se dijo anteriormente, con estas últimas leyes se ha dotado al Estado y a sus entidades descentralizadas y autónomas, de normas que si bien no han alcanzado un óptimo grado de tecnicismo jurídico que viabilice y agilice a plenitud las contrataciones, éstas se han mejorado sustancialmente.

Por último, el Congreso de la República, emitió el Decreto Número 57-92, con fecha 5 de octubre de 1,992, que se denomina Ley de Contrataciones del Estado; posteriormente el 22 de diciembre de ese mismo año el Presidente de la República emitió el Acuerdo Gubernativo número 1056-92 que es el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, ambos cuerpos normativos se encuentran vigentes en el país y sobre los cuales se fundamenta el capítulo IV del presente trabajo.

Hasta aquí, la relación de los antecedentes legales que sobre la materia de contrataciones con que ha contado el Estado de Guatemala, que por cuestiones de tiempo y espacio no se analiza cada una de dichas disposiciones legales ya que por el tema central del presente trabajo, solamente nos interesa analizar cuestiones relativas a la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos conforme a las leyes que actualmente rigen en el país, por esa misma razón en el capítulo III las normas que se relacionan con la presente tesis.



CAPITULO III

CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS:

1. Clasificación Doctrinaria:

Cada uno de los estudiosos del derecho administrativo expone su clasificación atendiendo a su particular punto de vista y a la legislación de los países o corrientes que defienden. En el presente trabajo, se tratará de citar algunas clasificaciones de los autores que se consideran mas connotados dentro de la teoría administrativista.

Según Garrido Falla, es desde el punto de vista del contenido como se puede realizar la clasificación de los contratos administrativos. Este autor principia haciendo la distinción entre Contratos de Atribución y los Contratos de Colaboración.

Los primeros son aquellos contratos que tienen por objeto conceder determinadas ventajas a los particulares, como ocurre en los que otorgan la utilización del dominio público o en ciertos contratos de uso precario de inmuebles del Estado; aquí lo importante es la prestación de servicio que debe cumplir la administración pública, siendo la del particular, cuando existe una mera compensación de las ventajas obtenidas. En los Contratos de Colaboración en cambio, es el particular quien se obliga hacia la administración con una prestación de directo interés público, como ocurre en los mas conocidos contratos administrativos: Función o Empleo Público, Suministros, Obra Pública, etc.; en estos tipos de contratos, lo esencial, es esa prestación del particular, siendo las prestaciones del Estado la simple compensación pactada por aquellas.



Garrido Falla¹⁹ finalmente enumera la siguiente clasificación de Contratos Administrativos:

- a) Concesión y arrendamiento de Servicios Públicos.
- b) De Suministros.
- c) Transportes.
- d) Compromiso de Auxilio.
- e) Depósito de mercaderías.
- f) Función Pública.
- g) Arrendamiento y Aprovechamiento de Bienes.
- h) Obra Pública.

Rafaél Bielsa,²⁰ otro tratadista que enumera los contratos denominándolos por el orden de su importancia, así:

- a) Concesión de Servicios Públicos.
- b) Concesión de Obras Públicas.
- c) Empréstito Público.
- d) Obra Pública.
- e) Función y Empleo Públicos.

¹⁹ Escalá, Héctor Jorge, Ob. Cit. pág. 226

²⁰ Escalá, Héctor Jorge, ob. cit. pág. 227



- f) Suministros.
- g) Concesión de uso de Dominio Público.

Por su parte Marienhoff,²¹ se refiere a los contratos administrativos mas frecuentes o importantes, así:

- a) Concesión de Servicios Públicos.
- b) Construcción de Obras Públicas.
- c) Concesión de Obras Públicas.
- d) Concesión de uso de Bienes del Dominio Público.
- e) Relación de Función o Empleo Público.
- f) Contrato de Suministros.
- g) Contrato de Transporte
- h) Empréstito Público
- i) De Locación de Servicios de Mandato, de Fianza y Depósito

Por su parte, el Administrativista Guatemalteco, Jorge Mario Castillo González en su obra "Derecho Administrativo"²² nos establece la siguiente clasificación:

1. Con base en el objeto de celebración del contrato:

²¹ Escola, Héctor Jorge, ob. cit. pag. 228

²² Castillo González, Jorge Mario, Derecho Administrativo, Instituto Nacional de Administración Pública, 1988, pág. 328



- 1.a. Contrato de Obras Públicas
- 2.b. Contrato de Intervención
- 1.c. Contrato de Compraventa, donación, permutas o arrendamiento de inmuebles.
- 1.d. Contrato de Compraventa, donación, suministros o arrendamiento de muebles.
- 1.e. Contrato de Empréstito
- 1.f. Contrato de Asuntos relativos a la defensa nacional
2. Con base en la forma de pago:
 - 2.a. Contrato de Precio Global o Alzado.
 - 2.b. Contrato de Administración Delegada.
 - 2.c. Contrato de Reembolso de Gastos.
 - 2.d. Contrato de Concesión.
3. Por la calidad de los Contratantes:
 - 3.a. Contrato de Prestación de Servicios Técnicos y/o Profesionales.
 - 3.b. Contrato de Comisión de Estudios. (becas).

Compartimos este criterio, con el único agregado que debido a los recientes cambios de los Estados, en el futuro podrían celebrarse tantos contratos como



necesidades tenga el Estado; debiendo eso sí, regularse siempre que cuando concurra el Estado a celebrar un contrato con un particular, deberá en primer lugar, tenerse como un contrato administrativo, a excepción de los Contratos de Servicios Personales o Profesionales; y en segundo lugar, que las controversias surgidas como consecuencia de esos contratos, se diluciden en los Tribunales de lo Contencioso Administrativo. (esto último, tal y como se encuentra regulado).

2. Clasificación Legal.

En Guatemala no existe ninguna clasificación legal propiamente dicha, ya que taxativamente no se encuentra regulada en las leyes ordinarias o reglamentarias. La única clasificación que se encuentra pero solo como modelos son los señalados en el Acuerdo Ministerial número 25-85 que es el Manual de Procedimientos para la Ejecución Presupuestaria, del Ministerio de Finanzas Públicas, éstos son:

- a) Contrato Individual de Trabajo.
- b) Contrato Para la Prestación de Servicios Técnicos y Profesionales en general.
- c) Contratos de Servicios de Supervisión.
- d) Contratos de Estudio y Asesoramiento Técnicos prestados por Asociaciones, Sociedades, Empresas o instituciones.
- e) Contrato para la compra de materiales, suministros o maquinaria y equipo.
- f) Contrato de construcciones, adiciones y mejoras.
- g) Contrato de arrendamiento de bienes muebles e inmuebles.



h) Contrato de becas.

i) Contrato para la adquisición, fijación de tarifas de arrendamiento y mantenimiento de equipos de computación; este último, según Acuerdo Gubernativo número 375-86 del 26 de junio de 1,986.

No obstante esta clasificación la encontramos en otras leyes administrativas, y son como siguen:

j) Contratos de Explotación Petrolera y Explotación Minera.

k) Contratos de Empréstito. Es decir, que hay contratos que deben su existencia en Guatemala a leyes administrativas especiales.

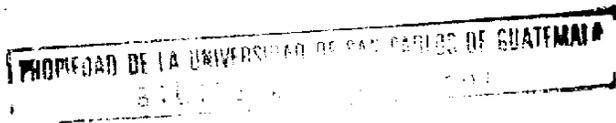
Como menciona el autor Castillo González en su obra, las anteriores clasificaciones pueden ampliarse o restringirse dependiendo de la tecnificación alcanzada por la administración Pública y especialmente atendiendo a las necesidades que el Estado se vea obligado a satisfacer. En tal sentido, pueden incluirse en la ley sobre contratos administrativos y adquirir categoría de contratos administrativos por definición legal. La consecuencia de incluir en una ley, la clasificación de los contratos, es para afirmar que sólo esos contratos son administrativos, aunque puedan serlo otros que sean regulados en leyes especiales; es decir, que el contrato será administrativo sólo si figura en una ley especial sobre contratos administrativos y aquellos que no figuren en tales leyes, definitivamente serán contratos civiles o privados.

No obstante, la escasa bibliografía relacionada con clasificación de Contratos Administrativos en Latinoamérica, se obtuvo la clasificación legal de los contratos que



aparece en la legislación de la República de Colombia, plasmada en el libro del administrativista de ese país Diego Younes Moreno²³, que se transcribe a continuación:

- 1.- De obras Públicas.
- 2.- Consultoría.
- 3.- Suministros.
- 4.- Compraventa y Permuta de bienes muebles.
- 5.- Compraventa y permuta de inmuebles.
- 6.- Arrendamiento.
- 7.- Prestación de Servicios.
- 8.- Donación.
- 9.- Recuperación de bienes ocultos.
- 10.- Concesión de servicios públicos.
- 11.- Correos.
- 12.- Acuñación de moneda.
- 13.- Empréstitos.
- 14.- Seguros.



²³ Younes Moreno, Diego. Curso Elemental de Derecho Administrativo, Segunda Edición, Editorial Temis, S.A., Bogotá, 1988. Págs. 143 y 144.



CAPITULO IV

REQUISITOS Y PROCEDIMIENTOS PREVIOS A LA FORMALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

En Guatemala los procedimientos para la compra y contratación de bienes, suministros, obras o servicios están contenidos en la Ley de Contrataciones identificado como Decreto número 57-92 del Congreso de la República y su Reglamento contenido en el Acuerdo Gubernativo número 1056-92 de fecha 22 de diciembre de 1,992. El presente capítulo se refiere a las diferentes formas que el Estado guatemalteco, sus entidades descentralizadas y autónomas, deben adoptar para adquirir de los particulares, los servicios, bienes, suministros, etc., con el objetivo de prestar como se ha señalado anteriormente, el servicio público.

Los diferentes procedimientos establecidos en la ley, obedecen a aspectos como cuantía, importancia, etc. de la contratación; en resumen la ley relacionada establece los siguientes procedimientos:

1. Compra o contratación directa.
2. Licitación privada.
3. Licitación pública.
4. Subasta pública.
5. Concesiones.
6. Contrato abierto.



1. PROCEDIMIENTO DE COMPRA O CONTRATACIÓN DIRECTA

Esta forma es la mas simple de contratación o compra que permite la ley de contrataciones, refiriéndose a aquellas que por su menor cuantía, no requiere que se abra a concurso de varios proveedores, es decir que en este tipo de compra o contratación no existe oposición, haciéndose la negociación, en forma directa (artículo 43). En cuanto a las formalidades que deben cumplirse, es la forma más simple, pero no implica que no deban cumplirse con requisitos formales, uno de ellos es que exista un renglón presupuestario que se adecue al bien o servicio que se requiere, que el mismo tenga disponibilidad, esto es, que para el ejercicio fiscal que corresponda, la dependencia o entidad del Estado haya previsto cantidad de dinero para ese renglón específico y que haya sido aprobado por el Congreso de la República; por otro lado, esta negociación lógicamente debe ser respaldada mediante un documento legal para comprobar ese gasto ante el órgano fiscalizador. Hay que agregar que la ley de contrataciones también regula los casos de excepción a cotizar o licitar tanto en el interior como en el exterior de la República (artículo 44). Es de mencionar que a este tipo de procedimiento no escape la responsabilidad en que podría incurrir quien efectúe la negociación, como se puntualizará en el capítulo respectivo.

2. PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN PRIVADA O DE COTIZACIÓN:

En Derecho Administrativo, uno de los medios de que la Administración se vale para otorgar los contratos de obras públicas o de prestación de servicios públicos, cuando no los realiza o explota por sí, sino por cuenta del que ajustándose al pliego de condiciones ofrece costo menor en unas o prima mayor en otras.



En términos generales, es la invitación o pedido de oferta dirigido en forma directa por la administración pública a las empresas o personas individuales para que le coticen los bienes o servicios que se requieren, como puede observarse este procedimiento se diferencia de la compra o contratación directa en varios aspectos a saber:

- a) obliga a obtener cierto número de cotizaciones.
- b) Opción a mejor precio.
- c) Opción a mejor calidad.
- d) El requerimiento y la presentación de ofertas por escrito.

Fundamentalmente este procedimiento permite elegir entre varios proveedores a quien o quienes presenten mejores bienes o servicios y al mejor precio para la administración, en algunos casos es conveniente sacrificar el precio por la calidad del bien o servicio. Habrá que advertir, que en este procedimiento la decisión no recae en una sola persona como en el procedimiento de compra directa que regularmente es un Jefe o encargado de compras o Jefe de Adquisiciones y Suministros. En el presente caso se observa que quienes deciden son varias personas, las que son nombradas por las autoridades administrativas de la Institución o entidad o dependencia que corresponda entre los funcionarios o empleados de la misma.

En síntesis a este procedimiento se le conoce con el nombre de "régimen de cotizaciones"; es decir que la ley de contrataciones de esa manera hace diferencia este procedimiento con el de Licitación propiamente dicha, sirviendo como parámetro diferenciador el monto del bien o servicio que se pretenda adquirir ya que en el



procedimiento anterior su monto no deberá ser mayor de diez mil quetzales y el procedimiento de cotizaciones de diez mil quetzales un centavo a novecientos mil quetzales (margen que me parece demasiado) debido a que este procedimiento regularmente es menos formal que el de licitaciones y por la poca formalidad o seriedad relacionada al límite máximo daría lugar a manipulaciones o actos ilícitos.

3. PROCEDIMIENTO DE LICITACIONES PUBLICAS:

Este procedimiento es el mas serio y formal, ya que para su concreción se debe seguir una serie de pasos previos y consecutivos a la formalización del contrato. Con la licitación pública se concreta el paso legal previamente a la prestación de algún servicio público, de manera transparente seria y responsable de los contratos.

Así varios autores se refieren a este procedimiento, por ejemplo, Dromi dice que es un procedimiento contractual por el cual la organización pública invita a los interesados para que sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas, entre las cuales será seleccionada y aceptada la mas ventajosa, y con esto se perfecciona el contrato administrativo.

Marienthoff,²⁴ define la licitación pública como "el procedimiento para seleccionar al contratista, previa justificación de idoneidad moral, técnica, financiera, que ofrezca el precio mas conveniente."

Sayaguez Lazo,²⁵ define a la licitación como "un procedimiento relativo a la forma de celebración de ciertos contratos cuya finalidad es determinar la persona que ofrece condiciones mas ventajosas para la formalización de la relación contractual".

²⁴ Escola, Hector Jorge, Ob. Cit. pág. 329

²⁵ Escola, Hector Jorge, Ob. Cit. pág. 328



Más concreta y explícita es la definición propuesta por Garrido Falla²⁸: "Es el procedimiento automático, mediante el cual la administración pública elige como contratante al particular que ofrezca las condiciones económicas más ventajosas, sin tener en cuenta consideraciones de otro tipo".

La licitación no es solo una oferta, sino al contrario es un llamado, un pedido para que los particulares formulen sus ofertas para la contratación administrativa, llamado que se efectúa en forma impersonal y que no es sino una "invitatio ad offerendum". La administración no hace propuestas en esta etapa, sino que las requiere.

De acuerdo a la Teoría Administrativa los principios de la licitación son:

- a) Oposición o concurrencia entre todos los oferentes que actúen en ella.
- b) Igualdad entre los oferentes, de modo que todos participen en el proceso de la misma forma, en similares condiciones y con idénticas posibilidades.
- c) Publicidad del Proceso Licitatorio.

En Guatemala, se encuentra regulado este procedimiento bajo el título de "Régimen de Licitación y Cotización Pública", capítulo III de la Ley de Contrataciones; y del artículo 5o. al 13o. de su Reglamento. Como se dijo anteriormente, este procedimiento es el más complicado, el que conlleva una serie de etapas previas a la formalización, y por esta seriedad vale la pena hacer un análisis amplio y detenido al respecto.

Este procedimiento debe contar previamente con requisitos legales y técnicos, mismos que son plasmados en las llamadas bases de licitación, en ellas deberá



describirse en forma detallada las condiciones y las características de los bienes, servicios o suministros que la entidad u organismo del Estado desea que le sean ofertados o licitados por las empresas o personas individuales que estén en condiciones de hacerlo. Una vez elaboradas las bases de licitación y los documentos que corresponda, estos documentos deben ser aprobados por la autoridad administrativa superior de la dependencia, previo los dictámenes técnicos que determina el Reglamento. Tales dictámenes deben ser emitidos por personal especializado. (Artículo 21 de la Ley de Contrataciones y 6 del Reglamento).

La siguiente fase es la del anuncio de la licitación, esto no es más que el acto por el cual la Organización Administrativa interesada hace publicar a través de los medios de comunicación escritos, los bienes, obras, servicios o suministros que desea adquirir, invitando a las personas individuales o jurídicas a que participen, presentando sus ofertas, las que deberán adecuarse o apegarse a lo establecido en las bases de licitación y demás documentos necesarios a quienes deseen participar. Es el acto de publicación el que le da la característica especial a este procedimiento, pues se hace del conocimiento general, por medio de las publicaciones en los diarios, para que cualquier persona individual o jurídica pueda enterarse y participe en la licitación.

El acto de publicidad debe reunir ciertos requisitos y uno de ellos es que debe hacerse en el diario oficial y en otro de mayor circulación en el país, por un plazo de 10 días (Artículo 23 de la Ley de Contrataciones).

En cuanto a los requisitos mínimos que deben contener dichas publicaciones están: a) breve descripción de lo que se solicita; b) Indicación del lugar donde se entregarán a los interesados los documentos de la licitación; c) Condiciones de la entrega; d) Lugar, día, y hora para la recepción y apertura de plicas; e) Otros datos



esenciales de los requisitos a que se refieren los artículos 19 y 22 de la Ley de Contrataciones. El siguiente paso del procedimiento es la presentación de las ofertas por quienes deseen concursar, a la denominada junta de licitación, directamente y en el lugar, día y hora señalados.

Es conveniente señalar también que la ley contiene ciertas prohibiciones en cuanto a quienes pueden licitar o celebrar contratos con el Estado (Artículo 80 de la ley) y las que se señalarán mas adelante.

Siguiendo el procedimiento mencionado, luego de la presentación de las ofertas por los concursantes, deviene la recepción y apertura de las plicas (sobres cerrados que contienen las ofertas presentadas) por los miembros de la Junta de Licitación que hayan sido nombrados por la autoridad de la entidad interesada. Las funciones específicas de la Junta de Licitación son: a) La recepción de las ofertas; b) La calificación de las ofertas; c) La adjudicación de la licitación. La junta de licitación se integra con tres miembros que sean servidores públicos de la entidad contratante y nombrados por la autoridad administrativa, y sus decisiones se tomarán por mayoría de sus miembros, quienes no podrán abstenerse de votar. A este respecto hay que resaltar que de acuerdo a la ^{nueva} nueve legislación, a diferencia de la anterior, no participa ningún delegado de la Contraloría de Cuentas de la Nación, aspecto que no compartimos y que será puntualizado en el capítulo V de este trabajo. Los tres actos anteriormente mencionados debe cumplirlos la Junta de Licitación dentro del plazo que se haya señalado en las bases. Una vez efectuada la adjudicación por la Junta de Licitación, su resolución razonada deberá notificarse a cada uno de los oferentes, dentro del plazo de 3 días.



Acto seguido y dentro del plazo de 2 días siguientes a que quede firme lo resuelto por la Junta, ésta cursará el expediente a la autoridad superior. La autoridad superior que corresponda conforme el artículo 9 de la ley, puede adoptar tres posiciones:

a) Aprobar la adjudicación; en este caso si el monto de la negociación excede de sesenta mil quetzales, deberá elaborarse y suscribirse el contrato respectivo dentro de un plazo de 10 días contados a partir de la adjudicación definitiva. Es de mencionar que previa la aprobación o suscripción del contrato, la administración debe requerir del contratista que garantice todas las obligaciones que se estipulen en el contrato, por medio de fianza, depósito en efectivo o constituir hipoteca conforme lo establecido en el artículo 65 de la Ley de Contrataciones y 38 del Reglamento, a esta garantía se le denomina de cumplimiento.

b) Improbar lo actuado por la Junta de Licitación; En este supuesto, con exposición razonada, ordenará su revisión con base en las observaciones que formule; el expediente volverá a la junta de licitación dentro del plazo de dos días y luego si procediere, hará la adjudicación dentro del plazo de cinco días. Si la Junta de Licitación hiciera la adjudicación lo hará por medio de la confirmación de su decisión, pero también podrá modificar la misma en forma razonada. La autoridad, una vez que le sea devuelto el expediente, aprobará o improbará lo actuado por la Junta dentro del plazo de cinco días de recibido el expediente.

c) Prescindir de la negociación; Este derecho que tienen los organismos del Estado y entidades a que se refiere la ley, de prescindir de la negociación, puede hacerlo en cualquier fase en que esta se encuentre, pero antes de la suscripción del contrato respectivo.



Sin embargo, según el artículo 37 de la ley, la decisión de prescindir, solo puede adoptarse si ocurriere caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados, que diere lugar a la imposibilidad de continuar con la negociación. No obstante, la misma ley prevé que la decisión de prescindir puede adoptarse con posterioridad a la presentación de las ofertas y antes de la adjudicación de la junta. En este caso la junta deberá hacer una calificación para el solo efecto de compensar a los oferentes que ocupen los tres primeros lugares, de los gastos incurridos en la elaboración de su oferta, por el equivalente al dos y medio por millar del monto de la misma. Pero si la decisión de prescindir se adopta después de la adjudicación pero antes de la suscripción del contrato, se deberá compensar al oferente ganador que ocupó el primer lugar, de los gastos incurridos en la elaboración de su oferta y otros similares por el equivalente al cinco por millar del monto del mismo.

Debe aclararse que el contrato debe suscribirse tanto en el sistema de cotizaciones como en el de licitación, siempre que no se den los presupuestos del artículo 50 de la ley de contrataciones, estos son: a) Cuando se trate de mercancías que no sean adquiridas en el mercado local. b) Que no sean de entrega inmediata y c) Siempre que el monto de la negociación exceda de sesenta mil quetzales. En los casos contrarios a esos supuestos podrá omitirse el contrato escrito como lo estipula el artículo anteriormente citado.

4. PROCEDIMIENTO DE SUBASTA PÚBLICA:

Otro procedimiento de negociación que puede adoptar la Administración Pública para lograr un contrato que se encuentra regulado en el título VIII, capítulo único de la Ley de Contrataciones, Decreto Número 57-92 del Congreso de la República y en el título VII, capítulo único del Reglamento de dicha ley. Se utiliza este procedimiento para



la enajenación y transferencia o traspaso de bienes muebles, inmuebles o materiales propiedad del Estado. Cada caso en particular debe reunir, previa la aprobación del contrato respectivo, determinados requisitos. Así, en el artículo 90 de la ley, se regula la enajenación y transferencia de bienes inmuebles del Estado y que debe reunir los siguientes requisitos:

- a) Que la autoridad interesada determine la conveniencia de la contratación e inicie el trámite del expediente, acompañando las justificaciones pertinentes.
- b) Que se practique el avalúo del bien por parte del Ministerio de Finanzas Públicas.
- c) Que se emita acuerdo gubernativo que autorice la contratación por conducto del Ministerio de Finanzas Públicas y con el refrendo del titular del Ministerio que haya iniciado el trámite.

El artículo 91 de la misma ley, regula lo referente a la venta de bienes muebles propiedad del Estado, y previa la suscripción del contrato, debe cumplirse con los siguientes requisitos:

- a) Que la autoridad interesada determine la conveniencia de la enajenación e inicie el trámite del expediente, acompañando las justificaciones pertinentes.
- b) Que se practique el avalúo del bien por una institución bancaria del Estado.
- c) Que se emita el acuerdo por la autoridad superior de la entidad interesada.



5. PROCEDIMIENTO DE CONCESIONES:

Cabe señalar que esta figura es nueva en la legislación guatemalteca porque por primera vez se recoge en el Decreto Número 57-92 del Congreso de la República, en el capítulo único del título IX, definiéndola en el artículo 95 así: "Para los fines de esta ley se entiende por concesión la facultad que el Estado otorga a particulares, para que por su cuenta y riesgo construyan, produzcan, monten, instalen, mejoren, adiciones, conserven, restauren, y administren una obra, bien o servicio público, bajo el control de la entidad pública concedente, con o sin ocupación de bienes públicos, a cambio de una remuneración que el particular cobre a los usuarios de la obra, bien o servicio".

En cuanto a los requisitos que deben cumplirse previamente al otorgamiento del contrato de concesión, están establecidos los siguientes:

- a) Cumplir con los mismos requisitos de toda licitación o sea el procedimiento contenido en el título III, capítulo I de la Ley de Contrataciones y el título II, capítulo del Reglamento.
- b) El contrato deberá someterse a consideración del Congreso de la República para su aprobación. Este requisito está contenido en el artículo 183 literal "k" de la Constitución Política de la República, como una de las funciones del Presidente de la República.
- c) La elaboración del Reglamento que va a regular la concesión por parte del órgano o entidad del Estado.

6. PROCEDIMIENTO DEL SISTEMA DE CONTRATO ABIERTO:

En principio este tipo de contratación lo realiza directamente el Ministerio de Finanzas Públicas y está contenido en el artículo 46 de la Ley de Contrataciones como



una exoneración de los requisitos de licitación y cotización para los organismos y dependencias del Estado a que se refiere el artículo 10. de la Ley de Contrataciones. Es pues la contratación que el Ministerio de Finanzas Públicas, realiza directamente con los proveedores , previa calificación de estos, en el sistema de cotizaciones, para adjudicar los distintos rubros. El objetivo de este sistema, consiste en que los precios de los bienes y suministros de uso común o de considerable demanda pueden generalizarse para todos los organismos o dependencias del Estado, adquiriéndolos en forma directa de los proveedores que han sido calificados por el Ministerio de Finanzas Públicas, evitando con ello que las entidades tengan que cumplir con el sistema de cotizaciones, ya que éstas han sido obtenidas por el Ministerio, para procurar, dinamismo en las adquisiciones ya que éstas se harán eligiendo el mejor precio del listado que les sea proporcionado por el Ministerio.

Los requisitos previos a este tipo de contrato que los proveedores deben cumplir son:

- a) Que los precios unitarios no excedan de veinticinco mil quetzales.
- b) Debe efectuarse anuncios de la solicitud de precios por una sola vez en el Diario Oficial y otra vez en uno de los diarios de mayor circulación del país, como mínimo con 20 días de anticipación a la fecha de apertura de pliegos.
- c) Debe designarse juntas calificadoras integradas por tres miembros, quienes también harán las adjudicaciones.

Como parte del dinamismo mencionado anteriormente en las adquisiciones de bienes y suministros, también puede suceder que en un momento determinado, otros proveedores que no aparecen en los listados que proporciona el Ministerio de Finanzas



Públicas, puedan ofertar precios y calidades mas convenientes a los intereses de los organismos o entidades del Estado. Esto obedece a que en muchos casos los proveedores con quienes el mencionado Ministerio ha contratado por un plazo determinado y transcurrido el tiempo después de suscrito el contrato, ya no pueden mantener los mismos precios o simplemente no cuentan ya con los bienes o suministros que ofrecieron, por eso es recomendable que antes de adquirir determinados bienes por el contrato abierto, siempre se obtengan precios y calidades de otros proveedores que no aparezcan en el los mencionados listados.

7. FORMALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS:

Quedó anteriormente en forma resumida los diferentes procedimientos que en su caso deben cumplirse antes de llegar a la formalización del Contrato Administrativo en Guatemala, es decir el acto formal por medio del cual el organismo o entidad del Estado formaliza la negociación con los particulares. Posteriormente al cumplimiento de los mencionados procedimientos administrativos, se llega al momento específico de la formalización propiamente dicha, del contrato administrativo, es decir el acto de plasmar en un documento, los derechos y obligaciones recíprocas de las partes contratantes que para el tema son: La Administración Pública, sea esta centralizada, descentralizada o autónoma y el particular que se ha elegido para la ejecución de la obra, la prestación del servicio, etc. A este respecto cabe mencionar que la base legal, se encuentra en el Reglamento Sobre Contratos Administrativos, Acuerdo Ministerial del 7 de marzo de 1,952 que contiene 9 artículos que se refieren al cumplimiento de ciertas formalidades, aunque algunos de esos artículos actualmente son inaplicables debido a que se han dictado normas con posterioridad al acuerdo mencionado, lo que obliga a integrar dichas normas para que su formalización esté apegada a la ley.



Como también ha quedado advertido en el capítulo II, fue por medio de un acuerdo ministerial que se ha orientado la forma en que deben redactarse ciertos y determinados contratos, es decir, se han dado como modelos de contratos. Pero lo que nos interesa únicamente, son los pasos o el trámite administrativo del contrato del mismo nombre, en este sentido, la ley vigente ha simplificado el trámite del contrato, ya que en las anteriores leyes era necesario requerir dictamen de la Contraloría de Cuentas, previamente a la suscripción del contrato. Conforme la ley vigente ya no es necesaria dicha consulta una vez concluido el trámite previo que generalmente concluye con una adjudicación definitiva, inmediatamente se procede a sus suscripción la cual debe hacerse dentro de un plazo de 10 días contados a partir de la fecha de la adjudicación. El contrato será suscrito por el funcionario que corresponda en atención a la naturaleza o tipo de entidad de que se trate, así si fuera por dependencias sin personalidad jurídica, será el Ministerio del ramo que corresponda quien podrá delegar dicho acto en el Viceministro, Director General o Director de Unidad Ejecutiva. Cuando los contratos deben celebrarse con las entidades descentralizadas y las municipalidades, serán suscritos por la autoridad que corresponda de acuerdo a su ley orgánica o conforme el Código Municipal.

Si se trata de dependencias de la Presidencia de la República, será el Secretario General el que suscriba el contrato, quién además puede delegar esa facultad en los titulares de esas dependencias. Cuando la negociación se refiera a los organismos legislativo, judicial, Tribunal Supremo Electoral y Corte de Constitucionalidad, el contrato lo suscribe el Presidente de cada organismo.

Lo anterior está contenido en el artículo 47 de la Ley de Contrataciones. Luego de la suscripción, el contrato debe ser aprobado por la autoridad superior que



corresponda según el caso, ya se trate de dependencias o entidades del Organismo Ejecutivo con personalidad jurídica o sin ella, las municipalidades, o los otros organismos del Estado.

La mencionada aprobación debe darse dentro de los 10 días calendario, contados a partir de la presentación por parte del contratista de la garantía de cumplimiento del contrato, que no es mas que la fianza o depósito en efectivo o constitución de hipoteca para garantizar el proveedor las obligaciones estipuladas en el contrato.



CAPITULO V

RESPONSABILIDADES DE LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PUBLICOS DERIVADAS DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN LA LEGISLACION GUATEMALTECA.

Por tratarse de Responsabilidad Jurídica de los Servidores Públicos es necesario acotar que en principio los empleados y funcionarios públicos desde el momento en que son nombrados para el desempeño de un puesto adquieren derechos pero en primer lugar adquieren obligaciones, como lo establecido en el artículo 107 de la Constitución Política que estipula que: "Los trabajadores del Estado están al servicio de la administración pública y nunca de partido político, grupo, organización o persona alguna."

En relación a las obligaciones de los funcionarios es preciso recordar el precepto constitucional señalado en el artículo 59: "El funcionario existe para la función y no la función para el funcionario".²⁷ Este es un principio básico de buena organización, que debe guiar toda interpretación de las normas vigentes que regulan el quehacer de la administración pública, esta norma se refiere a la legislación Uruguaya.

En relación a la función pública, debe tomarse en cuenta la norma constitucional que establece: "Los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella. Los funcionarios y empleados públicos están al servicio del Estado y no de partido político alguno. La función pública no es delegable, excepto en los casos señalados por la ley y no podrá ejercerse sin previo juramento de fidelidad a la constitución" Artículo 154.

²⁷ Sayaguez Lezo, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo I, Ediciones Dipalma, Buenos Aires, 1989 pág. 344



Con tales anotaciones el presente trabajo desarrolla uno de sus objetivos especiales, el de determinar en que tipo de responsabilidades incurren y pueden incurrir los funcionarios y empleados públicos como consecuencia de los contratos administrativos en el ejercicio de sus funciones y después de ese ejercicio. En el capítulo IV se hace referencia a los requisitos y procedimientos previos a la formalización de los contratos administrativos, esto en virtud que en los diferentes procedimientos establecidos en la ley para la contratación pública los funcionarios y empleados públicos pueden incurrir en responsabilidades de diferente tipo.

Dentro de las diferentes formas o procedimientos de compra o contratación pública, los funcionarios o empleados públicos pueden incurrir en responsabilidades jurídicas, sin embargo a manera de ejemplo, previamente al inicio de esas formas de contratación como cuestiones preparatorias se dan algunas actividades que pueden dar lugar a que se incurra en responsabilidad. Como se ha dicho, uno de los requisitos previos a la negociación o contratación es que exista un renglón presupuestario aplicable al gasto en el que se va a incurrir por parte de la administración, en este caso pueden ocurrir dos supuestos: 1) Que se efectúe la negociación, sin que exista renglón presupuestario con disponibilidad para efectuar la erogación. 2) Que el renglón presupuestario que se utilice no sea el que corresponde, o dicho de otra manera, que el renglón presupuestario sea utilizado para otro fin diferente para el que fue creado. En ambos casos el empleado o funcionario público queda sujeto a una sanción de tipo disciplinario; sin embargo como en el segundo caso también se incurre en responsabilidad jurídica de tipo penal, de conformidad con el artículo 447 del Código Penal, que se refiere al delito de malversación, para cuyo ilícito tiene asignada una pena de multa de cien a un mil quetzales. Generalmente el responsable de estas acciones irregulares es un empleado encargado de llevar control del presupuesto de la entidad del Estado, aunque en un



momento determinado, puede este empleado actuar por instrucciones u ordenes de un funcionario, como podría ser un Gerente, Director, Presidente, etc., pero en todo caso existiría corresponsabilidad, uno como autor material y el otro como autor intelectual.

Por razones didácticas se considera importante realizar una esquematización de las distintas responsabilidades jurídicas que la misma teoría del Derecho Administrativo hace respecto al tema, que en la práctica se refleja bajo interpretaciones jurídicas distintas, así:

A) RESPONSABILIDAD
JURÍDICA

1. De tipo administrativo: Responsabilidad de todo empleado y funcionario público por el solo hecho de serlo y al incumplir en los deberes que le imponen las normas, deben ser sancionados con las sanciones disciplinarias.

2. De tipo civil: Es de carácter reparador y resulta cuando con actitudes o actuaciones, el empleado o funcionario público ocasiona daño o perjuicio en los bienes, intereses, derechos del Estado o la Institución Pública en que preste sus servicios; su consecuencia será el resarcimiento pecuniario a favor del Estado.

3. De tipo penal: ocurre cuando el empleado o funcionario público en el desempeño de su cargo, comete algún delito en contra del patrimonio o bienes y derechos del Estado. Para algunos empleados o funcionarios, el inicio de la acción penal es directa e inmediata. Para otros que la ley estipula o considera para deducir esa acción, debe previamente agotarse un procedimiento denominado antejuicio o juicio político.



B) RESPONSABILIDAD

POLÍTICA

Esta se concretiza a través de controles establecidos en las leyes, conocido como control político y en forma específica, la interpelación.

En cuanto a la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos es interesante remitirnos a lo que el tratadista García Oviedo refiere. Este autor principia por decir que los deberes de los funcionarios públicos, como sus derechos emanados de la ley, tienen carácter objetivo. La ley reglamenta los oficios y las carreras, estableciendo según el interés público, los derechos y deberes derivados de ellos.

"Que los deberes de los funcionarios pueden ser de dos clases: generales y especiales. Los primeros afectan a todo funcionario por el hecho de serlo. Los segundos, los impone la ley en relación con un ramo administrativo determinado. Así la obediencia es un deber de todo funcionario, pero los deberes del catedrático no son los del militar, ni viceversa."²⁸

Agrega este autor, que la teoría de los deberes de los funcionarios públicos lleva aparejada la de su responsabilidad, derivada del quebrantamiento de los mismos: "La responsabilidad puede ser cerca de terceros (externa) o cerca del Estado (interna). Puede ser política o jurídica y ésta civil, penal o disciplinaria. Cerca de terceros no puede ser responsabilidad del funcionario, cuando proceda, más que civil. La penal

²⁸ García Oviedo, Carlos, Derecho Administrativo. E.I.S.A., Madrid, 1968, pág. 267



afecta a las relaciones entre el funcionario y el orden social representado por el Estado, y la disciplinaria atañe al orden interno de la administración".²⁹

Gabino Fraga, dice al respecto que "La falta de cumplimiento en los deberes que impone la función, pública, da nacimiento a la responsabilidad del autor, responsabilidad que puede ser de orden civil, de orden penal o de orden administrativo. Cualquier falta cometida por el empleado en el desempeño de sus funciones lo hace responsable administrativamente, sin perjuicio de que pueda originarse, además una responsabilidad civil, o penal".³⁰

1. RESPONSABILIDAD JURÍDICA DE TIPO ADMINISTRATIVO:

A este tipo de responsabilidad algunos autores la llaman responsabilidad disciplinaria, especialmente Sayaguez Lazo y García Oviedo.

Sayaguez Lazo refiere, que frente a un funcionario incurso en falta, la administración puede imponerle sanciones que se regulan por normas jurídicas específicas; es la responsabilidad disciplinaria.

La Administración tiene la obligación de asegurar el correcto funcionamiento de los servicios a su cargo. Para lograrlo es menester que pueda exigir a los funcionarios el cumplimiento estricto de sus deberes y eventualmente sancionar a quienes cometan faltas. Dentro del régimen estatutario que regula la función pública, ese poder jurídico es de principio. Tal es el fundamento y la finalidad de las potestades disciplinarias de la administración.

²⁹ García Oviedo, Carlos, Ob. Cit. pág. 146

³⁰ Fraga, Gabino, Derecho Administrativo. Editorial Porrúa, S.A. México, 1966, pág. 230



Con ese punto de partida, la consecuencia lógica es la discrecionalidad en el ejercicio de los poderes disciplinarios. De allí que proceda aplicar sanciones por cualesquiera faltas a los deberes del funcionario, sin necesidad de que el hecho este previamente tipificado como punible. Por lo mismo la enumeración de los hechos punibles realizados por la vía reglamentaria no tiene carácter taxativo, pudiéndose sancionar discrecionalmente las faltas no previstas, a menos que los textos consagren en forma expresa la solución contraria.

García Oviedo, al respecto manifiesta que la responsabilidad disciplinaria (administrativa) se origina por faltas cometidas por los funcionarios en el ejercicio de sus cargos, quebrantando el orden interno de la administración, sin transcendencia social especial.

La falta disciplinaria entraña un incómodo del funcionario a la función y afecta a la propia esencia de la ordenación administrativa.

La responsabilidad administrativa difiere de la penal en la mas vaga determinación de los hechos que la originaron. La responsabilidad penal recae sobre hechos precisos de perfecta individualización jurídica. La disciplinaria suele, en ocasiones, versar sobre actos de naturaleza un tanto general. Así en la responsabilidad penal, los tribunales han de atenerse al acto, a sus bien dibujados contornos jurídicos, al paso que en la disciplinaria pueden las autoridades superiores usar su poder de interpretación extensiva en la calificación de los hechos.

Por su lado, Gabino Fraga, sostiene que la responsabilidad administrativa tiene lugar con motivo de cualquier falta cometida por el empleado en el desempeño de sus funciones pudiendo ser concomitante con la responsabilidad civil y la penal. Esa



responsabilidad puede en unos casos traer como consecuencia la terminación de los efectos del nombramiento. En otros casos dicha responsabilidad no trasciende fuera de la administración, la falta que la origina se denomina falta disciplinaria, la sanción que amerita es también una pena disciplinaria y la autoridad que la impone es la jerárquica superior al empleado que ha cometido la falta.

Otro aspecto importante que menciona Gabino Fraga, es que la determinación de las faltas disciplinarias significa muy variadas dificultades, al grado de que no siendo fácil señalar una a una las obligaciones de cada empleado, se puede afirmar que tampoco puede hacerse una enumeración de sus infracciones. Por regla general las disposiciones legales se limitan, ante la imposibilidad, a definir la falta disciplinaria como la falta de cumplimiento de las obligaciones inherentes al cargo.

La fijación de las penas sí es posible hacerla y se han considerado como tales:

- a) El apercibimiento
- b) El extrañamiento, la amonestación y la censura
- c) La multa
- d) La privación del derecho de ascenso
- e) El descenso
- f) La suspensión temporal del empleo
- g) La privación del empleo

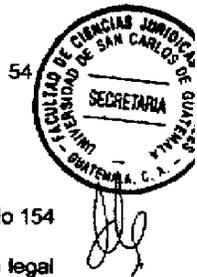


Lo anteriormente anotado son aspectos doctrinarios, sin embargo por su origen, no difieren mucho de nuestra legislación. Es de advertir que por lo específico del tema, el análisis de la responsabilidad jurídica de tipo administrativo se circunscribe a la contratación administrativa.

En Guatemala, el Estado como institución y las entidades descentralizadas o autónomas, para desarrollar sus actividades, utilizan varios procedimientos de contratación que en términos generales difieren unos de otros por el monto o la cuantía de lo que se pretende contratar. Sin embargo interesa analizar el procedimiento que por su misma complejidad e importancia es el que por norma general nos lleva a la formalización de los contratos administrativos propiamente dichos, que es el procedimiento de licitación públicas.

Pues la responsabilidad jurídica de tipo administrativo derivada de los contratos administrativos, que por la diversidad de normas y la falta de codificación del derecho administrativo, está regulada en diferentes leyes, porque no obstante que existe la ley de Servicio Civil, como se verá más adelante, en otras leyes también se determinan responsabilidades administrativas y consecuentemente sanciones administrativas.

Al sintetizar las responsabilidades en que pueden incurrir los empleados y funcionarios públicos dentro del desarrollo del procedimiento de la contratación pública en Guatemala, no necesaria ni únicamente a partir del contrato administrativo en sentido estricto o sea como mero acto formal de plasmar en un documento la contratación o negociación del Estado o sus entidades con los particulares, sino que en esas responsabilidades se incurre en cualquiera de los diferentes procedimientos de contratación a que se refiere la ley; se tratará de analizar esas responsabilidades dentro de los diferentes procedimientos que utiliza la Administración Pública .



Habiendo hecho la aclaración anterior, se trae a colación nuevamente el artículo 154 de nuestra Constitución Política; se encuentra en la Ley de Servicio Civil el marco legal inmediato, y como norma ordinaria aplicable a los empleados y funcionarios públicos, a quienes aún denomina "Servidores Públicos", aunque para ciertos funcionarios no es aplicable esta ley como lo establece el artículo 32 de la misma, que se refiere al servicio exento; algunas normas que se refieren también a la responsabilidad de tipo administrativo se encuentran en otras leyes, como, la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento y por supuesto la Ley de Responsabilidades.

En la primera fase de la contratación pública, especialmente en el régimen de licitación, como quedó anotado, deben elaborarse bases de licitación, las que son elaboradas por empleados públicos, generalmente, a partir de allí, surgen responsabilidades, como serían elaborarlas correctamente y además dentro del tiempo que se les señale; si incumplieren a tales obligaciones estarían afectando el régimen disciplinario de la Ley del Servicio Civil ya que dentro de las obligaciones de los servidores públicos, está la de acatar las órdenes o instrucciones que les impartan sus superiores jerárquicos, por consiguiente, podría aplicárseles las sanciones contenidas en la ley citada, desde una amonestación verbal hasta la suspensión en el trabajo sin goce de salario. Esto de conformidad con el artículo 74 de la Ley de Servicio Civil e inclusive podría darse la causal de despido contemplada en el numeral 8o. del artículo 76 que reza: "Cuando el servidor público se niegue de manera manifiesta a acatar las normas o instrucciones que su jefe o representante, en la dirección de los trabajos le indiquen con claridad para obtener la mayor eficiencia y rendimiento en sus labores".



Además el artículo 82 de la Ley de Contrataciones contiene una sanción que es la siguiente: "El funcionario o empleado público que sin causa justificada no cumpla dentro de los plazos correspondientes, con las obligaciones que le asigna esta ley y su reglamento, será sancionado con un equivalente al dos por ciento (2%) del monto de la negociación, sin perjuicio de su destitución si fuera procedente".

Se ha dicho anteriormente que la junta de licitación puede incurrir en esas mismas responsabilidades y sanciones. Sin embargo, es de mencionar también que la junta de licitaciones recibe y califica las ofertas y además adjudica la negociación por lo que puede incurrir en otras responsabilidades y sanciones, baste recordar lo que se ha dicho con respecto a la discrecionalidad (entiéndase secretividad), ésta reviste importancia debido a que las bases de licitación en algunos casos contiene aspectos que no deben ser conocidos por los oferentes antes de tiempo, entonces podría suceder que uno de los miembros de la junta de licitación para favorecer a una persona individual o jurídica participante en la licitación, le proporcione alguna información; con esta actitud el empleado o funcionario está incurriendo en responsabilidad y sujeto a una sanción conforme el numeral 5o. del artículo 76 de la Ley de Servicio Civil que establece: "Son causas que facultan a la autoridad nominadora a remover a los servidores públicos del servicio por oposición, sin responsabilidad de su parte...5o. Cuando el servidor falte a la debida discreción según la naturaleza de su cargo, así como cuando revele los secretos que conozca por razón del puesto que ocupe".

Otro supuesto podría ser que con el fin o ánimo de evitar la licitación se fraccione la negociación, el fraccionamiento conforme el Reglamento de la ley de contrataciones se da cuando debiendo sujetarse la negociación por su monto, al procedimiento de licitación o cotización, se fracciona deliberadamente con el propósito de evadir la práctica de



cualquiera de dichos procedimientos; esta actitud del empleado o funcionario público lo hace incurrir en una prohibición y podría ser sancionado conforme el artículo 74 de la Ley de Servicio Civil, hasta, inclusive la suspensión del trabajo, sin goce de sueldo hasta por un máximo de treinta días. Además la ley de contrataciones en su artículo 81 previene: "El funcionario o empleado público que fraccione en cualquier forma la negociación con el objeto de evadir la práctica de la cotización y licitación, será sancionado con una multa equivalente al 2.5% del total de la negociación, sin perjuicio de su destitución si fuere procedente".

También pueda darse otras situaciones, como: a) Que el bien, suministro, obra o servicio se adquiera a precios más elevados que los que normalmente prevalezcan. b) Que a través de la contratación, no se llene con los requerimientos del Estado o la entidad contratante. c) Que la contratación se haga a través de dádivas, comisiones o prebendas; d) Efectuar la contratación para satisfacer necesidades del empleado o funcionario; y otras situaciones que podrían darse, pero que sería muy difícil enumerarlas en forma taxativa, baste los cuatro supuestos anteriores para ejemplificar. Los supuestos que se han mencionado, al ocurrir, darían lugar a una responsabilidad jurídica de carácter administrativo y por consiguiente a una sanción de tipo administrativo o disciplinario de las contenidas en la ley de servicio civil, además de una sanción de tipo pecuniario a que se refiere el artículo 83 de la Ley de contrataciones que establece: "Otras Infracciones: Cualquiera otra infracción a la presente ley o su reglamento que cometan los funcionarios o empleados públicos, así como de la que sea responsable quien tenga intervención directa o indirecta en el proceso de negociación será sancionado con una multa equivalente al 5% del valor total de la negociación sin perjuicio de otras responsabilidades legales".

SECRETARÍA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



En síntesis, cualquier conducta o actitud del empleado o funcionario público derivada de la contratación administrativa por la que se incurra en responsabilidad jurídica, desde el punto de vista administrativo, el régimen general aplicable es el regulado en la Ley de Servicio Civil, por lo que se analizará en forma escueta lo atinente.

La mencionada Ley en el título IX, capítulo I, contiene el Régimen disciplinario desarrollado en los artículos 74 y 75 y se refiere a las cuatro clases de sanciones que en forma gradual deben aplicarse y van desde la amonestación verbal hasta la suspensión de labores sin goce de sueldo. En cierta forma, la aplicación de la sanción específica es discrecional por parte de los superiores jerárquicos; en primer lugar debido a lo difícil que es enumerar taxativamente las prohibiciones o deberes de todos los empleados o funcionarios de la administración y en segundo lugar, porque ese régimen disciplinario remite a un reglamento su aplicación, sin embargo durante los dieciocho años de vigencia de la ley, aún no se conoce ningún reglamento hasta la fecha.

En el capítulo II, del mismo título, se regula el Régimen de Despido, las causas por las cuales un servidor público puede ser destituido así como el procedimiento que debe seguirse. Las causas que provocan una destitución derivada del tema que se trata, serían las contenidas en los numerales 8o., 9o. y 12o. del artículo 76. Puede decirse que la sanción disciplinaria más grave es precisamente la destitución.

Con relación a quien o quienes deben velar porque los empleados o servidoras públicos cumplan con sus deberes y para sancionar su incumplimiento dependerá del tipo de entidad que se trate, aunque la ley para generalizar denomina simplemente "autoridad nominadora" que en nuestro medio será el Gerente, Director, Administrador, Presidente, Alcalde, etc.



2. RESPONSABILIDAD JURÍDICA DE TIPO CIVIL:

Gabino Fraga, refiere que: "La responsabilidad civil tiene lugar en los casos en que la falta de cumplimiento de las obligaciones impuestas al titular del cargo produce un menoscabo en el patrimonio del Estado. La fuente de esa responsabilidad está en la ley puesto que la relación de servicio constituye como se ha repetido, una situación legal.

La responsabilidad civil tiene de acuerdo con nuestra legislación como principal dominio en que se aplica, el de las faltas cometidas por empleados con manejo de fondos. Es para estos empleados un requisito previo al principio de sus funciones, el otorgamiento de una fianza que garantice su manejo. Cuando surge la responsabilidad civil, una vez que ella se constituye por resolución administrativa, se procede a hacer efectiva la indemnización correspondiente, directamente sobre los bienes del responsable".³¹

El administrativista García Oviedo, dice que "la responsabilidad civil brota de actos de los funcionarios, lesivas al patrimonio del Estado, ya se produzca la lesión directamente (alcance), ya indirectamente (faltas del servicio que han motivado indemnizaciones del Estado a particulares y por la que aquél repita contra el funcionario culpable). Se resuelve esta responsabilidad en la indemnización de daños y perjuicios.

Sin perjuicio de que el Estado indemnice a los terceros lesionados, podrá la administración exigir de sus autoridades funcionarios o agentes por culpa o negligencia graves, previa instrucción del expediente oportuno, con audiencia del interesado.

³¹ Fraga, Gabino, Ob.Cit. pág. 141



Así mismo podrá la administración instruir igual expediente a las autoridades funcionarios o agentes que por culpa o negligencia graves hubieren causado daño o perjuicio en los bienes y derechos del Estado".³²

Más interesante parece la que Sayaguez Lazo expone; con la diferencia que este autor, a la responsabilidad civil, la denomina Responsabilidad Patrimonial. "En razón del mal cumplimiento de sus tareas, el funcionario puede ser responsable patrimonialmente frente a los particulares y ante la propia administración. La responsabilidad de los funcionarios frente a los particulares no será estudiada aquí.

Frente a la administración, el funcionario compromete su responsabilidad patrimonial cuando, a consecuencia del mal cumplimiento de sus tareas, deriven perjuicios para aquella; El funcionario está obligado a actuar diligentemente, si no lo hace, incurre en falta y es responsable. Esta nos parece la solución al principio. Por lo tanto cuando la ley establece concretamente la responsabilidad en un caso dado, no estatuye una solución de excepción, sino que precisa la regla general. Cuando el incumplimiento del funcionario a sus deberes origina perjuicios a la administración (con independencia del daño causado a terceros), está puede reclamar a aquél la reparación consiguiente.

Además de hallarse establecida en la ley, esta solución es mera consecuencia del principio general expuesto antes. Pero no todo incumplimiento apareja responsabilidad; es necesario que tenga cierta gravedad".³³

Como ha quedado anotado, los diferentes tratadistas tratan este tema y concluyen que la responsabilidad civil deviene de causar daño o perjuicio a los bienes o

³² García Oviedo, Ob. Cit. pág. 326

³³ Sayaguez Lazo, Enrique. Ob. Cit. Pág 429



derechos del Estado, y además, que la sanción es el resarcimiento de ese daño o perjuicio causado, a través de una retribución económica.

En nuestro ordenamiento legal, la norma general sobre responsabilidad civil está contenida en el artículo 155 de la Constitución Política, que reza: "Cuando un dignatario, funcionario o trabajador del Estado, en ejercicio de su cargo, infrinja la ley en perjuicio de particulares, el Estado o la institución estatal a quien sirva será solidariamente responsable por los daños y perjuicios que causaren. La responsabilidad civil de los funcionarios y empleados públicos, podrá deducirse mientras no se hubiere consumado la prescripción, cuyo término será de veinte años. La responsabilidad criminal se extingue, en este caso, por el transcurso del doble del tiempo señalado por la ley para la prescripción de la pena".

Luego encontramos en el Código Civil, el desarrollo de la responsabilidad civil en el capítulo único, título VIII, denominado Obligaciones que Proceden de Hechos o Actos Ilícitos; Todo Daño Debe Indemnizarse. Concretamente el artículo 1,645, estipula que toda persona que cause daño o perjuicio a otra sea intencionalmente, sea por descuido o imprudencia está obligado a repararlo, salvo que demuestre que el daño o perjuicio se produjo por culpa o negligencia, inexcusable de la víctima.

Como se verá más adelante, la comisión de un delito también lleva aparejada la deducción de responsabilidad civil, así el artículo 1,646, establece que el responsable de un delito doloso o culposo, está obligado a reparar a la víctima los daños o perjuicios que le haya causado.

El artículo 1,665 del código citado se refiere a que el Estado y las municipalidades son responsables de los daños o perjuicios causados por sus



funcionarios o empleados en el ejercicio de sus cargos. Esta responsabilidad es subsidiaria y sólo podrá hacerse efectiva cuando el funcionario o empleado directamente responsable no tenga bienes, o los que tenga no sean suficientes para responder del daño o perjuicio causado.

Aunque estas últimas normas, se refieren a los supuestos en que el Estado o sus funcionarios o empleados causan daños o perjuicios a terceras personas sean éstas individuales o jurídicas; por lo que el principio general para aplicarlo al tema de la tesis, es el del artículo 1,645 ya citado.

Es importante resaltar que la responsabilidad civil, apartándonos del concepto general, también es derivada de la comisión de un delito o falta de conformidad con el artículo 112 del Código Penal que dice "Toda persona responsable penalmente de un delito o falta lo es también civilmente".

Con relación al tema, puede decirse que el empleado o funcionario público incurriría en responsabilidad jurídica de tipo civil cuando en cualquiera de las formas de contratación del Estado y de conformidad con la ley de Contrataciones se causa daño o perjuicio o menoscabo en los bienes o intereses y derechos del Estado. Podría mencionarse muchos casos pero baste unos de ellos para ejemplificar.

En el caso que un funcionario o empleado público contrate la adquisición en nombre del Estado, de un lote de lavadoras para el servicio de un hospital, a sabiendas que éstas tenían desperfectos de fabricación, y por lo mismo resultaren inservibles en corto tiempo. Con dicha actitud el funcionario o empleado estaría causando un perjuicio a los intereses del Estado y por consiguiente deberá resarcir ese perjuicio, al Estado mismo, a través de una indemnización pecuniaria.



Otro ejemplo, podría ser, como se mencionó, que un gasto proveniente de un contrato administrativo se aplique a un fin distinto de los establecidos en el artículo 29 de la Ley del Presupuesto, lo que constituye delito de malversación de caudales públicos, siendo la malversación un tipo penal, llevaría aparejada la responsabilidad jurídica de tipo civil.

Se hace referencia a continuación a quienes deben promover las acciones para deducir la responsabilidad civil y cuales son los procedimientos así como a quienes compete conocer de dichas acciones.

Si hubiera de deducirse responsabilidad civil a un funcionario público será el Gerente, Director, Presidente, o Alcalde de la entidad bajo cuya subordinación estuviere el empleado o funcionario y el procedimiento dependerá de si fue o no consecuencia de delito o falta. Si no hubiere sido consecuencia de un delito o falta, deberá deducirse ante un Juez de Primera Instancia del Ramo Civil, mediante una acción civil.

El procedimiento que deberá seguirse está contenido en los artículos 246, 247 y 248 del Código Procesal Civil y Mercantil en juicio sumario... 4o. La deducción de responsabilidad civil contra funcionarios o empleados públicos.

Si fuera el caso que el daño o perjuicio causado al Estado proviniera de la comisión de un delito o falta, podrían iniciar la acción, los funcionarios que representen las entidades o instituciones del Estado, o también la Contraloría de Cuentas de la Nación. El procedimiento a seguir, sería hacerlo del conocimiento del Ministerio Público, o ante un Juez del Ramo Penal con el objeto de que se efectúe la investigación y se determine la comisión del delito y la responsabilidad civil respectiva, previo el agotamiento del proceso penal correspondiente.



Con relación al plazo de prescripción, la norma general es la contenida en el párrafo segundo del artículo 155 de la Constitución Política, establecida en veinte años, es decir que es un plazo diferente al contenido en el Código Civil que lo establece en un año, para otros casos.

3. RESPONSABILIDAD JURIDICA DE TIPO PENAL:

Según Sayaguez Lazo: "en el ejercicio de sus tareas, los funcionarios pueden realizar actos o hechos que aparejan responsabilidad penal." En el ámbito jurídico guatemalteco, el Código penal contiene disposiciones expresas a ese respecto cuyo análisis excede el ámbito de lo administrativo.

Señala este autor que la ley penal toma en cuenta ciertos actos o hechos de los funcionarios, en varios aspectos:

- "a) Hay hechos que pueden ser realizados indistintamente, por particulares o por funcionarios; pero mientras son lícitos cuando los ejecutan aquellos, constituyen delito penal si lo cometen éstos.
- b) Otras veces el acto puede también ser realizado indistintamente por particulares o funcionarios, es delito en ambos casos, pero cuando lo realizan éstos constituye una figura delictiva especial. Tal sucede con el peculado.
- c) Hay actos o hechos que la ley considera delitos penales y que solo se conciben realizados por funcionarios públicos. Entre éstos el cohecho, el abuso de funciones, la revelación de secretos.



Se ha señalado que la responsabilidad penal y disciplinaria no se excluyen una de otra y que por lo tanto un mismo hecho puede motivar la aplicación de sanciones penales y disciplinarias. No obstante, en el fondo hay estrechos vínculos en el fondo en el procedimiento que plantean cuestiones de sumo interés.³⁴

Por otro lado, Gabino Fraga, al respecto refiere que: "La responsabilidad penal de los funcionarios o empleados tiene lugar por delitos que con solo con esa calidad se pueden cometer, o bien por actos en los que se considera como una agravante la circunstancia de que su autor desempeñe una función pública".³⁵

En términos generales, los diferentes autores, tratan este tema de la misma manera, y son concluyentes en que se incurre en esta responsabilidad cuando el funcionario o empleado en el desempeño de su cargo, cometen delito, es decir una conducta que se encuentra regulada en el Código Penal del país, como un delito.

Nuestra Constitución Política contiene en el artículo 155, la norma general de responsabilidad penal, aunque es un poco imprecisa, ya que al referirse a la responsabilidad por infracción a la ley, pues del texto del párrafo primero hace más énfasis en la responsabilidad civil, aunque en el párrafo tercero es específico al enunciar que: "La responsabilidad criminal se extingue en este caso, por el transcurso del doble del tiempo señalado por la ley para la prescripción de la pena."

Este tipo de responsabilidad, con relación al tema, reviste gran importancia, ya que puede ocurrir en cualquiera de las etapas de la contratación pública; Así también al ocurrir ella, su aplicación dependerá de las clases de funcionarios que incurra en ella,

³⁴ Sayeguez Lazo, Enrique. Ob. Cit. pág. 329

³⁵ Fraga, Gabino. Ob. Cit. pág. 141



pues para algunos existen privilegios concedidos por la ley, como se analizará más adelante, en el juicios político o antejuicio.

Se analizará en este título algunos supuestos de responsabilidad penal. Uno de los supuestos, y que en nuestra práctica administrativa se da, es la figura conocida como cohecho activo, así, el artículo 439 del Código Penal establece: "Cohecho Activo: El funcionario o empleado público que solicitare o recibiere, por sí o por persona intermedia, dádiva o presente, o aceptare ofrecimiento o promesa por realizar un acto relativo al ejercicio de su cargo o empleo, o por abstenerse de un acto que debiera practicar será sancionado con prisión de uno a cinco años y multa de cien a tres mil quetzales. Cuando el funcionario o empleado público obligare o indujere a la dádiva, presente, ofrecimiento o promesa, la pena se aumentará en una tercera parte". En este ilícito penal hay que señalar que además de las penas principales de privación de libertad y pecuniaria, también prevé una pena accesoria que es la inhabilitación especial, al tenor del artículo 444 del Código Penal: "Además de las sanciones señaladas en los artículos 439, 440, 444, para los sobornados se aplicará a estos la pena accesoria de inhabilitación especial por doble del tiempo de la pena privativa de libertad". Esta inhabilitación se traducirá en la incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicas, remitiéndose a los artículos 56 y 57 del mismo código.

Otro supuesto, podría ser que un empleado o funcionario compre o contrate bienes, suministros o servicios para satisfacer necesidades particulares, podría tipificarse dicha conducta como Peculado, regulado en el artículo 445 que contiene dos formas de comisión: 1) Cuando haya sustracción de dinero o efectos públicos; y, 2) Cuando se utilice en provecho propio, trabajo, o servicios pagados con fondos públicos. En ambos



casos la pena a aplicarse será de 3 a 10 años de prisión y multa de quinientos a cinco mil quetzales.

Podríamos encontrar también la comisión del delito de Concusión, del artículo 449 del Código Penal que ocurriría cuando empleado o funcionario público directa o indirectamente se interese en cualquier contrato u operación en que intervenga por razón de su cargo.

También se piensa en el supuesto del artículo 450, que se refiere al delito de Fraude, que es importante relacionarlo: "El funcionario o empleado público que interviniendo por razón de su cargo en alguna comisión de suministros, contratos, ajustes, o liquidaciones de efectos de haberes públicos, se concertare con los interesados o especuladores, o usare de cualquier otro artificio para defraudar al Estado, será sancionado con prisión de uno a cuatro años".

En las diferentes etapas, como se dijo, de la Contratación Pública, es importante un aspecto y es que se refiere a la secretividad que debe prevalecer en los empleados o funcionarios públicos que intervienen en esos procedimientos ya que cuando alguno de ellos puede revelar información importante para favorecer a un particular interesado en la adjudicación de un contrato. Una conducta así, está prevista como delito en nuestra legislación penal en el artículo 442 del Código Penal que expresa: "El funcionario o empleado público que revelare o facilitare la revelación de hechos, actuaciones, o documentos de los que tenga conocimiento por razón del cargo y que por disposición de la ley deben permanecer en secreto, será sancionado con multa de doscientos a dos mil quetzales".



Bastan los anteriores ejemplos para ilustrar las actitudes que harían que los funcionarios o empleados públicos incurrieran en la comisión de delitos y consecuentemente a la aplicación de una pena, que pudiera ser de privación de libertad, pecuniarias y las accesorias que contiene el Código Penal, que para interés del tema cualquiera de los incisos 2o. y 3o. del artículo 56 del Código Penal que son:

2o. La pérdida del empleo o cargo público que el penado ejercía, aunque proviniera de elección popular ò 3o. La incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicos.

Para completar este tipo de responsabilidad habrá que relacionar también cómo se originarían las acciones, el procedimiento, etc. A este respecto hay que separar dos situaciones; En primer lugar, habría que tener en cuenta, si el empleado o funcionario público gozan de antejuicio o no. Para el segundo de los casos, cuando ocurre una conducta delictiva por parte de empleado funcionario público que no goce de antejuicio, la acción penal, de conformidad con el Código Procesal Penal, Decreto número 51-92, el funcionario o empleado que tenga conocimiento de la comisión de un delito deberá hacerlo del conocimiento del Ministerio Público para que ejercite la persecución penal conforme el artículo 107.

Exposición aparte, merece el primero de los casos, o sea, cuando quien incurre en una acción que podría tipificarse como delito o falta, la comete un empleado o funcionario público que goza de antejuicio.

En primer lugar el asidero legal, está contenido en la literal "h" del artículo 165 de la Constitución Política como una de las atribuciones que corresponden al Congreso de la República y se refiere a la potestad que tienen los diputados de declarar si ha o no



a formación de causa en contra del Presidente y Vicepresidente de la República, Ministros, Viceministros, y otros funcionarios.

El antejuicio en nuestro medio, es un procedimiento, como su nombre lo indica, previo a iniciar un juicio penal en contra de un funcionario; de esto último es importante señalar que solo es aplicable a ciertas y determinados funcionarios a quienes aparte de la Constitución Política, las leyes, les conceden dicho privilegio.

Como se citó, la literal "h" del artículo 165 de la Constitución, en forma implícita menciona qué funcionarios gozan de antejuicio, así, menciona al Presidente y Vicepresidente de la República, Magistrados y Presidente de la Corte Suprema de Justicia, del Tribunal Supremo Electoral, Ministros Viceministros de Estado cuando estén encargados del Despacho, Secretario General de la Presidencia, el Subsecretario que lo sustituya, Procurador General de la Nación, y Diputados al Congreso. El artículo 190 contiene inmunidad del Vicepresidente; el artículo 206 se refiere al derecho de antejuicio de los Magistrados y Jueces; el artículo 227 se refiere a la inmunidad de que gozan los gobernadores; el artículo 252 a las inmunidades que tiene el Procurador General de la Nación, y el artículo 258 al antejuicio de los alcaldes.

En cuanto al procedimiento debemos referirnos a la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, que es Decreto número 8-97 del Congreso de la República, de recién aprobación; Se tratará de resumir el procedimiento, por no ser el tema central de la investigación.

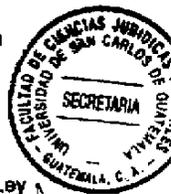
El artículo 22 de la citada ley, establece: "Los funcionarios que gozan de antejuicio no podrán ser sometidos a procedimiento criminal sin que previamente se haga declaratoria de haber lugar a formación de causa".



De conformidad con la misma ley, para iniciar el antejuicio bastará la denuncia o acusación formal por escrito con auxilio de abogado, en la cual deberán proponerse todos los datos que deban servir de base al procedimiento.

Un aspecto importante es que ni la Corte Suprema de Justicia ni el Pleno del Congreso ni la Comisión Permanente podrán rechazar de plano las acusaciones o denuncias contra funcionarios que gozan de antejuicio, salvo cuando sean manifiestamente contrarias a la ley o notoriamente improcedentes. Una vez formalizada la denuncia, se nombra una Comisión Pesquisidora, la que tendrá las siguientes actividades: 1) Mandará que la denuncia o querrela sea ratificada y dispondrá también su ampliación si lo considera. 2) Practicará todas las diligencias que estime conducentes al esclarecimiento del hecho. 3) En caso que fuere posible pedir informe justificado al acusado quien deberá rendirlo dentro del tercer día de recibida la requisitoria y si no lo hiciere se continuará el procedimiento sin mas citarle ni oírle. 4) Practicadas las diligencias en el plazo de ocho días, se oír al Ministerio Público por cuarenta y ocho horas, y la comisión dará cuenta a quien corresponda con su dictamen.

La Comisión Pesquisidora de la que se habla, funciona en el Congreso de la República, no así en el Organismo Judicial, pues, también en la Ley del Organismo Judicial contempla como atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, la de conocer de los antejuicios contra los Magistrados y Jueces, Tesorero General de la Nación y Viceministros de Estado cuando no estén encargados de la cartera. La Corte Suprema de Justicia tiene facultad para nombrar Juez Pesquisidor, que podrá ser uno de los magistrados de la propia corte, de la corte de apelaciones o el juez de primera instancia más inmediato. El procedimiento a seguirse en el caso que sea el Congreso de la



República quien deba conocer el antejuicio, se sujetará a los que establece la Ley Orgánica del Organismo Legislativo.

Hay que mencionar algunos aspectos importantes que contiene la Ley de Responsabilidades, como el que se refiere al tiempo de deducción de responsabilidades de los funcionarios o empleados públicos por cualquier transgresión a la ley, está podrá deducirse en todo tiempo, mientras no se haya consumado la prescripción, la que empezará a correr desde que el responsable hubiere cesado en el ejercicio del cargo durante el cual incurrió en responsabilidad. También es importante lo que establece el artículo 31, con relación a que el derecho de antejuicio de los funcionarios o empleados públicos solamente lo tendrán durante el ejercicio de sus cargos, es decir que no gozarán de él, aún cuando se trate de delito cometido por razón del cargo durante el cual incurrió en responsabilidad.

Desde el momento en que se inicia el expediente de antejuicio, es decir desde el momento en que la Comisión Pesquisidora, o el Juez Pesquisidor en su caso, se dan algunos efectos inmediatos para el funcionario o empleado público sujeto del antejuicio. Uno de ellos, es que a juicio de la Comisión o Juez Pesquisidor los funcionarios residenciados podrán ser suspendidos de sus funciones durante la investigación respectiva, en cuyo caso harán entrega del cargo al sustituto que corresponda, sin perjuicio de que terminada la investigación conforme el resultado de la misma el pesquisidor haga o no cesar la suspensión.

Otro efecto es que en el caso de coparticipación de una persona, por delito cometido por funcionario o empleado público que goce de antejuicio, se abrirá procedimiento penal sin esperar la resolución de haber lugar a formación de causa.

Otro efecto de la iniciación del procedimiento de antejuicio es que la iniciación de un



antejuicio no será motivo de recusación ni de excusa con respecto a los jueces y magistrados, en los asuntos de que estuvieren conociendo.

Una vez concluida la investigación o el procedimiento por parte de la comisión o el Juez pesquisador, el resultado será la declaración de haber o no lugar a formación de causa, esto quiere decir que si se declara que ha lugar a formación de causa, el funcionario cuestionado tendrá que someterse a procedimiento judicial.

A partir del momento de la declaración que ha lugar a formación de causa, el funcionario o empleado público que goza de antejuicio, se ubica en el mismo nivel de cualquier ciudadano común, es decir, ya despojado de ese privilegio que le concedió la ley.,

Podría ampliarse más sobre el antejuicio, pero nos interesa también, en el presente trabajo, el aspecto crítico, pues es del conocimiento público que los antejuicios en nuestro país en términos generales, no prosperan, es decir, es difícil que se declare que ha lugar a formación de causa para que se inicie proceso penal contra un funcionario.

Para principiar, en nuestro medio, los funcionarios públicos llegan a ocupar sus cargos por amistad o compromisos eminentemente políticos, que en algunos casos, son cargos que han ganado mediante la inversión de fuertes recursos económicos en las campañas políticas, apoyando la postulación de los candidatos a presidente del país.

En muchos casos que han sido del conocimiento público, ni siquiera se ha llegado al procedimiento de antejuicio, como repito, se queda solamente como una denuncia en contra del funcionario o empleado, ya que en el cabildeo o discusión sobre la decisión de si procede o no darle trámite a la denuncia, en la mayoría de los casos, se resuelve que



no. Pero en el mejor de los casos, que se decida darle trámite a la casación en el Congreso, y se designa la comisión Pesquisidora, se viene a dar otra vez la misma situación, precisamente por nepotismo con el Presidente que está de turno, las investigaciones no se hacen a fondo o se aparenta esa investigación con el ánimo de encubrir al funcionario público cuestionado, con mayor razón cuando la representación en el Congreso es mayoritaria por un determinado grupo o partido político, lógicamente la balanza se inclinará hacia donde se encuentra el mayor peso. Como también se mencionó en las páginas anteriores, en la mayoría de los casos, los delitos cometidos por funcionarios simplemente no trascienden porque regularmente quienes tienen conocimiento de delitos de tipo administrativo son empleados de interior jerarquía, a quienes se les condiciona o se ven condicionada por su relegada jerarquía. En conclusión, el conocido juicio político o antejuicio, es más lo primero, pues todo se "arregla" a ese nivel, y se evita a toda costa, que un funcionario sea llevado a un juicio penal ya que esto provocaría mucho desgaste político al gobierno de turno.

Se han dado a conocer algunos casos pero debido a diferencias de carácter político con quienes hacen la denuncia, o últimamente por algunas organizaciones sindicales, pero aún así esas denuncias no llegan a tener trascendencia.

Por último y con relación a la Ley de Responsabilidades, hay que comentar que con el Decreto número 8-97, que es la ley vigente a partir del 31 de enero de 1,997, en primer lugar se unifican las anteriores leyes de Probidad y de Responsabilidades, que se encontraban reguladas por diferentes decretos; La primera Decreto número 203 del Presidente de la República del año 1,955, y la segunda Decreto número 1,547 del año 1,928. Como puede observarse, ambas leyes se habían quedado rezagadas, con relación a los textos constitucionales y otras leyes que posterior a ellas se ha venido



emitiendo. Podemos decir que con el nuevo Decreto, se ha avanzado, era imperiosa la necesidad de su emisión, pues las anteriores adolecían de insuficiencia, poco tecnicismo y por supuesto de inadaptación a la nueva legislación. Esta nueva ley está regulada en treinta y ocho artículos, de los cuales diecisiete corresponden a la Probidad, que no es más que la regulación de las declaraciones que deben hacer los funcionarios y empleados públicos sobre el detalle de bienes y deudas de los empleados y funcionarios, y ahora también de sus cónyuges e hijos menores o incapaces que se encuentren bajo su patria potestad; así mismo, las ampliaciones de esas declaraciones cuando los funcionarios o empleados públicos adquieran otros bienes, sean inmuebles o muebles; esta declaración debe hacerse bajo juramento, es decir bajo protesta de decir verdad.

Contiene además este capítulo, algunos impedimentos para desempeñar cargo o empleo público y que se refieren especialmente a cuestiones de probidad. El órgano o entidad que se encarga de este tipo de control es la Contraloría de Cuentas de la Nación, entidad que en su caso también procederá a hacer las investigaciones luego de denuncia, la que una vez ratificada, iniciará en su caso el juicio de cuentas correspondiente, por enriquecimiento indebido, lógicamente quedará a salvo la responsabilidad penal y civil que pueda deducirse.

El capítulo II de la ley mencionada, se refiere específicamente a las Responsabilidades y al Procedimiento de antejuicio ya mencionado.

4. RESPONSABILIDAD DE TIPO POLITICO:

Es menester hacer algunas consideraciones doctrinarias respecto al control político: según Vidal Perdomo, es aquel que pueden poner en marcha los órganos



políticos del Estado (Senado de la República y Cámaras de Representantes y sus comisiones) y los caudales de opinión pública como son los partidos políticos, la prensa, y los grupos de personas que también la expresan.

Otros prefieren referir el control político a las corporaciones públicas de elección popular, comprendiendo dentro de ellas no solo al Congreso sino también las asambleas y los consejos, órganos igualmente deliberantes, y excluir de él los controles de opinión haciendo de éstos un control específico. Por lo tanto para su estudio, se puede dividir el control político en Control Legislativo y control de opinión pública. Nos interesa para el tema, el primero de los mencionados.

El Control Legislativo:

Función preponderantemente del Congreso y Parlamento en los Estados modernos, la constituye el ejercicio de permanente vigilancia y fiscalización de la gestión del ejecutivo.

Es evidente que este control es mas fuerte en los sistemas parlamentarios que en los sistemas presidencialistas. Bien se sabe que en los primeros un voto de aplauso aparea la estabilidad del gabinete ministerial, mientras que un voto de censura trae consigo una crisis de gobierno o de gabinete.

Este control legislativo, tiene pues, una indiscutible naturaleza política, abarca todas las actividades de la administración, y puede ponerse en juego por distintas razones: éticas, jurídicas, de conveniencia, etc.



La eficacia y funcionalidad de este control es altamente discutida, cuestionamiento que, entre otras razones, está ligado al que se hace a los mismos órganos deliberantes.

El control del Congreso tiene indiscutiblemente cierta connotación o cariz político; como los congresistas (diputados) intervienen activamente en la vida administrativa del país (recomiendan empleados, presionan determinadas decisiones, forman parte de juntas directivas, etc.) pierden independencia que requiere una buena fiscalización.

El tratadista Jaime Vidal Perdomo, sostiene: "El balance que arroja, entonces, el ejercicio del control político deja mucho que desear en Colombia. No es que no existan caminos abiertos por la Constitución con ese destino. Es que ellos no se transitan por circunstancias que dependen más de la vida política del país que los propios textos. Como en otros campos, la realidad está distante de la inocente declaración de las disposiciones jurídicas."³⁶

Para el presente trabajo, interesa el control legislativo, por lo que se analizará lo que nuestra legislación regula como "La Interpelación", así como la crítica que pueda hacerse al respecto.

En primer lugar el fundamento legal está contenido en la literal "j" del artículo 165 de la Constitución Política como una de las atribuciones que corresponden al Congreso de la República y se refiere a la potestad de los diputados de interpelar a los Ministros de Estado. Estos últimos tienen la obligación de presentarse al Congreso, a fin de contestar las interpelaciones que se les formulan por uno o más diputados. Se

³⁶ El Control Político en el Sistema Constitucional. Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Número 511, 1980.



exceptúan aquellos que se refieren a asuntos diplomáticos u operaciones militares pendientes.

Esta forma de control político va dirigido a los Ministros de Estado, cuando sus actos, en el ejercicio de su función afectan o lesionan la conveniencia nacional o el interés público. Unos de los casos podría ser, por ejemplo, que el Ministro de Salud Pública para equipar un hospital adquiera bienes, suministros u obras mediante procedimientos que no se ajustan a lo establecido en la ley de contrataciones u otras leyes, o que se evidencie la satisfacción de un interés particular en el acto o procedimiento de contratación.

El procedimiento a seguir, se encuentra en el artículo últimamente citado. El diputado o diputados proceden a citar al Ministro y le formulan preguntas, las que le comunican con cuarenta y ocho horas de anticipación, al día en que debe comparecer al Congreso. Durante la interpelación cualquier diputado puede hacer las preguntas adicionales que considere pertinentes.

Del resultado de la interpelación puede derivarse un voto de falta de confianza, solicitado por lo menos por cuatro diputados, y deberá aprobarse por lo menos por la mayoría absoluta del total de diputados. Habiéndose dado el supuesto anterior, el Ministro debe presentar su dimisión en forma inmediata. Sin embargo, el Presidente en Consejo de Ministros, puede considerar que el acto o actos censurables del Ministro se sujetan a la conveniencia nacional y a la política del gobierno, aunque también puede aceptarse su dimisión; Si se diera el primer caso, el interpelado puede recurrir al Congreso dentro de los ocho días siguientes a partir de la fecha del voto de falta de confianza y en caso de no hacerlo se le tendrá por separado del cargo y quedará inhabilitado por un tiempo no menor de seis meses. Puede suceder que habiendo



recurrido el Ministro ante el Congreso, puede este organismo votar sobre la ratificación de la falta de confianza del Ministro pero en este supuesto, se requiere del voto de las dos terceras partes del total de diputados, y la consecuencia será la separación del cargo de inmediato.

Este procedimiento se ha dado con cierta frecuencia en nuestro medio, aunque la mayor parte de casos, se generado por revanchismos políticos y ha dado resultado en muy pocos casos pero cuando la representación de los partidos políticos en el Congreso es equilibrada, no así cuando un partido político tiene gran mayoría en el Congreso y el interpelado pertenece a ese partido. No obstante lo anterior, considero que es un buen procedimiento de control político de los actos administrativos, mediante el cual se puede minimizar los actos lesivos a los intereses de la nación.

Como se ha dicho, la consecuencia de la interpelación, en el caso que sea efectiva, será la separación del cargo del Ministro, esta pues, podría considerarse como una sanción de tipo político porque afecta la imagen del interpelado y también la imagen del partido político al cual pertenece, es decir produce un desgaste político para el gobierno de turno. Hay que agregar que aunque en la mayoría de los casos no se llega a la separación del cargo, es un medio que si se ve desde un punto de vista positiva, ese procedimiento de control político, permite que sea conocido por los ciudadanos, ya que al interpelación es un acto público.

Para concluir el presente trabajo debe hacerse un análisis crítico y para ello hay que partir de un análisis socio cultural, atendiendo a los factores que caracterizan a nuestra sociedad en sus ámbitos social, jurídico, económico y político.



Varios elementos propios de nuestra cultura y factores internos y externos de una u otra manera contribuyen a lo que podríamos denominar casi una cultura de impunidad, que en el campo administrativo deviene en la mayoría de los casos, de aspectos políticos y nepóticos, por supuesto que los factores externos también influyen en crear conductas o que hacen perder los valores éticos y morales y que si estos valores se conservaran se llegaría a los puestos o cargos públicos con una buena conciencia de probidad.

Como se mencionó el término impunidad, al respecto Guillermo Cabanellas, esboza: "IMPUNIDAD": Estado por el cual queda un delito o falta sin el castigo o pena que por la ley corresponde. La causa más común de impunidad, y la que mas lesiona la sensibilidad colectiva, son aquellos casos en que, siendo los autores de los delitos conocidos, no se les persigue, circunstancia que se da siempre que el orden político sufre modificaciones por razón de la fuerza y la violencia. Estas situaciones anómalas son propias de los Estados en los que la libertad ha sido cercenada, la prensa amordazada, los tribunales prostituidos y el poder entregado en manos de una minoría sostenida por la coacción, el miedo y la cobardía general".³⁷

En el aspecto ético que se menciona con anterioridad, al respecto se dice que: "Los problemas éticos que se presentan a los funcionarios van desde los pequeños e insignificantes a los que ejercen una serena influencia sobre la naturaleza y la supervivencia del gobierno. Desafortunadamente, no hemos encontrado ninguna definición precisa de los requisitos que debe reunir una actuación ética en el servicio público que sea de aceptación y aplicación universales y quizá sea imposible establecer una definición de esas características. La ética refleja el criterio de una sociedad en

³⁷ Cabanellas, Guillermo. Ob. Cit. pág. 328



cuanto al comportamiento humano y define las acciones como buenas o malas refiriéndolas a ciertas normas o criterios impuestos por esa sociedad o especialmente relacionados con ella. Por consiguiente en la búsqueda de una definición aceptable del comportamiento ético, podríamos encontrar que toda moralidad depende en diversos grados del conocimiento que los individuos y las comunidades da a las deshonestidades. Hay que ser muy cuidadosos par juzgar el comportamiento ético en una sociedad que puede ser diferente cultural, económica e ideológicamente".³⁸

Entonces una definición tiene que ser lo suficientemente flexible como para tener en cuenta la orientación general del asunto.

Puede decirse que en un servicio público existe un problema de ética cada vez que los funcionarios, individual o colectivamente, se aprovechan de sus cargos de modo que comprometan la confianza y la fe públicas, suscitando conflictos de lealtad o de valores, o como resultado de esfuerzos para conseguir alguna ganancia particular a expensas del bienestar o bien común.

De la monografía que se ha citado, los criterios del comportamiento no ético son que si aceptamos que el comportamiento no ético de un funcionario implica cualquier utilización no autorizada, no esperada o indeseable de los recursos y/o bienes públicos, en beneficio propio, entonces los alcances de la definición del comportamiento no ético, puede incluir las siguientes características:

a) Las actividades que sean contrarias a las normas legales de un país y que, por consiguiente, están sancionadas por la ley.

³⁸ O. P. Deivedi, Director del Programa, Canadá. Ética en el Servicio Público. Informe de grupo de estudio sobre la ética en el servicio público. Asociación Internacional de Escuelas e Institutos de Administración. Junio 1980. pág. 26



b) Las que sean contrarias a los principios básicos de la ética/moralidad sustentados (aún cuando no sean necesariamente ejercidos por esa sociedad); y

c) las que se realizan en razón a presiones latentes, manifiestas o percibidas por una persona, bajo las obligaciones de la lealtad, devoción, vínculos familiares, de afecto, clase social, político, religión o raza.

Así, el comportamiento no ético incluye no sólo las prácticas que obviamente son hechos criminales, tales como sobornos, malversación de fondos, sino también otras actividades como el favoritismo, nepotismo, conflictos de intereses, el mal uso de influencias, el aprovechamiento de la función pública para fines personales, el otorgamiento de favores a los parientes y amigos, la indiscreción, etc.

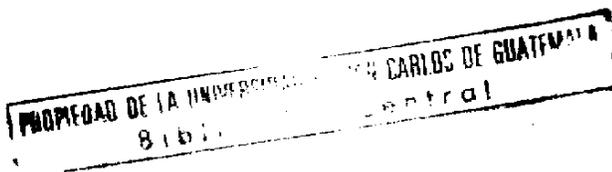
De algunos estudios efectuados sobre los aspectos no éticos como causas se han agrupado las siguientes:

-El medio constitucional y político

-El medio psíquico

-El medio socioeconómico

-El marco administrativo



Con relación a la primera causa se menciona que dado que los funcionarios públicos generalmente trabajan en un medio constitucional y legal, su comportamiento será afectado en cierta medida por lo que consideran que son normas y la eficacia del control ejercido sobre sus actividades por los organismos judiciales y gubernamentales. Cuando no existe ese control, o cuando el legislativo se torna inefectivo a causa del



poder excesivo adquirido por el Jefe de Estado, o por otras razones, la responsabilidad de los funcionarios tiende a subordinarse a la voluntad de un ejecutivo autoritario. Cuando los funcionarios consideran que pueden cometer impunemente graves infracciones a las normas constitucionales y legales, con certeza aumentarán los hechos no éticos de estos funcionarios, ya que pueden justificar su conducta diciendo, por supuesto, que actuaron velando por los intereses de la autoridad política.

En cuanto al medio psíquico, los conceptos y las normas en el comportamiento son condicionados por los valores personales y sociales y la filosofía de la vida que hay en la comunidad. Si la actitud prevaleciente tiende a perdonar lo que en tiempo normal sería considerado como una corrupción o como un privilegio especial, no se debe esperar que el funcionario tenga un comportamiento muy diferente; en esta forma, el sistema de valores prevaleciente en la comunidad es el espejo del comportamiento que se espera de los funcionarios. Si los que están fuera del gobierno estiman que es apropiado que el gobierno sea manejado del mismo modo que un negocio familiar, o que las normas de la iniciativa privada sean aplicables a los medios de gobierno, o que cada funcionario tenga un precio, o que los intereses particulares del dirigente político sean los mismos que los del interés nacional, entonces dicho clima crea un ambiente psicológico en donde se tiende a tolerar las actividades no éticas.

El medio socioeconómico: un concepto de vida cada vez más materialista acarrea siempre un decaimiento en los valores sociales y morales. En muchos países industrializados y en desarrollo, hoy es cosa común buscar formas legítimas o no legítimas de evadir las leyes y reglamentos, con el fin de obtener beneficios personales a través del ejercicio de la función pública. Un funcionario en un momento determinado llega a ser tan influyente por los mismos nexos políticos que tienen con las altas esferas,



que le importa poco preocuparse por las responsabilidades a que está sujeto por sus actos al margen de las leyes. Por otro lado, la población que cada vez ha sido engañada por los ofrecimientos de los candidatos en las campañas electorales, como que ha venido tolerando el comportamiento no ético mientras no afecte directamente, aunque esto es aparente ya que al final, cualquier actitud de los funcionarios que provoque menoscabo en los haberes o fondos del gobierno, provoca cargas económicas para los mismos ciudadanos que se traducirán en cargas impositivas.

El marco administrativo: si los funcionarios saben que al ser sorprendidos en algo ilegal tienen buenas posibilidades de eludir el castigo, forzosamente tendrán criterios ambivalentes en cuanto a la cuestión de la moralidad administrativa.

Cualquier laxitud de la maquinaria administrativa y en los procedimientos judiciales, además de la posibilidad de soborno, contribuyen a la continuación de inminente corrupción administrativa. Entre otras causas que hay que mencionar están la tolerancia o la condonación por los dirigentes por supuestas actividades no éticas a alto nivel y la falta de voluntad de parte de los funcionarios de aceptar el concepto de "responsabilidad pública".

En Guatemala, los casos en que las actitudes, actividades o acciones han dado por resultado, la contravención, la infracción de las normas, desde las éticas a las legales que regulan las actuaciones de los funcionarios y empleados públicos, especialmente las que tienen relación con la contratación pública, en los últimos años han sido conocidos o han salido a la luz pública, tal vez por los intentos de democratizar al país, por los mayores espacios de expresión, por la mayor organización de los trabajadores o por otros factores que anteriormente no se les daba un espacio de opinión, porque definitivamente en años anteriores o pasados se han dado actitudes o



actos de corrupción. Al respecto señalo el caso conocido por experiencia personal cuando por los vínculos políticos del Gerente de una Institución descentralizada con el Presidente de la República de ese entonces, hace aproximadamente dieciocho años, se logró obtener un Decreto de declaratoria de "interés nacional" para adquirir bienes por un monto de más de tres millones de quetzales sin necesidad de licitar, por lo que la negociación se hizo a través de una empresa guatemalteca, pero los bienes los importó una empresa norteamericana, cuando la paridad de nuestra moneda equivalía a un dólar, por lo que fueron tres millones de dólares, cabe entonces la pregunta: ¿El decreto realmente merecía esa calificación de "interés nacional"? No obstante hubiese sido esa adquisición millonaria, de interés nacional, ¿No hubiera sido posible sacar o someter a licitación pública esa adquisición, utilizando mecanismos ágiles para adquirir esos bienes?, entonces la respuesta es que no era necesario que se decretara esa adquisición como de interés nacional con el objeto de no licitar, y que si pudo adquirirse por el procedimiento normal de licitación pública. Entonces, puede decirse que se dio un caso típico de nepotismo o corrupción política pues con esa práctica se adquirieron bienes a precios más elevados de los que imperaban o prevalecían en el mercado nacional. Claro que este caso no salió a luz pública, pero recordemos que fue una etapa de la historia de Guatemala en la que existió imposición, mordaza e intimidación. Entonces se dice: "La lealtad para con el gobernante y la dedicación a sus metas y objetivos nacionales tienden a transformarse en la prueba de calificación. En ese clima político, la supervivencia llega a ser el principal objetivo de los funcionarios. Todo poder tiende a corromper y el poder absoluto corrompe absolutamente".³⁶

Podría enumerarse otros casos similares o mas graves pero no es la intención de este trabajo individualizar, sino mas que todo enfatizar que las actitudes no éticas e

³⁶ O.P. Delvadi. Op. Cit. pág. 43



illegales han sido frecuentes en la administración pública de nuestro país y por supuesto en el ámbito de la contratación administrativa.

Para concluir el presente trabajo, debemos hacer un análisis jurídico político de nuestro medio.

En materia de derecho vigente hay que principiar por decir que la Constitución Política, en su artículo 154 en su párrafo primero en forma explícita hace prevalecer la ley sobre la función pública. Este precepto constitucional es de aplicación general, es decir que su ámbito de aplicación en el área administrativa abarca las actuaciones, desde el Presidente de la República, hasta el empleado de menor jerarquía de la administración pública, en el ejercicio de su función pública. Esta sujeción a la ley comprende los diferentes ámbitos del derecho (entiéndase de la legislación nacional), administrativo, civil, penal; de los cuales se ha hecho un análisis en su aspecto sustantivo. Como se observa, en todo el andamiaje jurídico encontramos normas que contienen sanciones para el caso de incumplimiento por parte de los funcionarios públicos de dichas normas en el cumplimiento de sus funciones, específicamente en el campo de la contratación administrativa o pública; pero entonces cabe preguntarse: ¿Porqué no se hacen efectivas esas normas?, ¿Porqué no se deducan esas responsabilidades en que incurrir los empleados y funcionarios públicos?

Para este análisis se partirá de lo simple a lo complejo y para ello baste recordar que algunos funcionarios públicos gozan de algunos privilegios y otros no gozan de ellos, por lo que en cuanto a la aplicación de las normas jurídicas su tratamiento es diferente.



Es importante analizar en manos de quienes está la función de deducir las responsabilidades de los empleados y funcionarios públicos.

Con relación a los empleados o funcionarios de menor jerarquía la aplicación de las normas en caso de responsabilidad, corresponden en primer lugar a las autoridades jerárquicas superiores de las entidades o instituciones que corresponda y conforme a la Ley de Servicio Civil, la Ley de Contrataciones, la Ley del Presupuesto, la Ley de Responsabilidades, el Código Civil y el Código Penal, dependiendo de la gravedad de la infracción cometida en el ejercicio de su función pública y dentro del aspecto de la contratación administrativa. Existe también en Guatemala, un órgano fiscalizador de los ingresos y los gastos públicos que es la Contraloría General de Cuentas, institución encargada por mandato constitucional de esa función según el artículo 232: La Contraloría General de Cuentas es una institución técnica, descentralizada, con funciones fiscalizadoras de los ingresos, egresos y en general de todo interés hacendario de los organismos del Estado, los municipios, entidades descentralizadas y autónomas, así como de cualquier persona que reciba fondos del Estado o que haga colectas públicas. También están sujetos a esta fiscalización los contratistas de obras públicas y cualquier otra persona que, por delegación del Estado, invierta o administre fondos públicos. Su organización, funcionamiento y atribuciones serán determinadas por la Ley. La ley específica es la Ley Orgánica del Tribunal y Contraloría de Cuentas, Decreto número 1,126 del Congreso de la República, el que en su artículo primero establece que la función fiscalizadora de la Hacienda Pública y de la ejecución del Presupuesto General de Ingresos y Gastos de la Nación, corresponde con exclusividad a la Contraloría de Cuentas. Luego el artículo segundo contiene la extensión de sus funciones, quedando limitadas éstas, a las entidades privadas, cuya fiscalización, control



y vigilancia estén atribuidos, según las leyes específicas a otras dependencias gubernamentales.

Lo importante de hacer estas citas, es porque regularmente un contrato administrativo conlleva una erogación del presupuesto nacional, ese gasto o erogación, debe ser fiscalizado por la Contraloría de Cuentas. En las leyes sobre contrataciones anteriores a la que se encuentra vigente, era obligatoria la participación de un delegado de la Contraloría en los procedimientos de licitación pública, así mismo, era obligación que previamente a la suscripción del contrato administrativo correspondiente se remitiera el proyecto a esa entidad para su revisión, en la ley vigente ya no participa ni en el procedimiento de licitaciones ni en la aprobación del contrato, omisiones que no son convenientes para los intereses de la administración pues si bien es cierto se fiscalizan los egresos o erogaciones que provoca un contrato administrativo, esa fiscalización es posterior, o sea cuando ya se han efectuado o desarrollado todo el procedimiento, dando esto como consecuencia, que durante el mismo se den actos anómalos e ilícitos sin que se puedan hacer oportunamente los correctivos y en su caso iniciar las acciones legales correspondientes contando con elementos de juicio más inmediatos y no como ocurre actualmente que la glosa se hace posteriormente que en todo caso podrá después de sus investigaciones iniciar un juicio de cuentas pero lamentablemente si el funcionario o empleado público cuestionado es amigo del Presidente de la República o de algún alto funcionario del gobierno de turno, esas investigaciones o juicios simplemente no prosperan. A este respecto cabe analizar que de conformidad con la Constitución de 1965, el Jefe de la Contraloría de Cuentas era nombrado por el Presidente de la República. A partir de la Constitución de 1985, la elección la hace el Congreso de la República; con esta innovación considero que se mejoró notablemente la independencia con el Ejecutivo, pero vale también repetir que cuando en el Congreso hay mayoría



representativa de un partido político, se vuelve a dar el caso de nepotismo. A este respecto solo me queda considerar que podría mejorarse esa designación en el sentido de crear un organismo al que esté subordinado el Contrator, por ejemplo un Consejo Nacional de Fiscalización el cual estaría integrado por los Decanos de las Facultades de Ciencias Económicas, por delegados de los Colegios Profesionales, especialmente de las ramas de Economía, Auditoría y Derecho o que el control se efectuara a través de empresas privadas de Auditoría de reconocida trayectoria y capacidad.

Otro de los aspectos, es que la función de fiscalizar recae directamente en contratores de cuentas de menor jerarquía, a quienes no escapa la posibilidad de actos anómalos por falta de ética o moral en el ejercicio de su función o por su nivel jerárquico, siempre dependerán de las órdenes del superior quién en casos determinados da instrucciones que dependiendo de las circunstancias o del nivel del fiscalizado pueden ser objeto de coacciones o presiones para favorecer al funcionario. La actividad fiscalizadora de la Contraloría de Cuentas, es bastante funcional cuando los fiscalizados son empleados menores a quienes se les imponen las sanciones correspondientes pues se dice y se conoce por experiencia la frase "la cuerda se rompe por lo mas delgado". Por último hay que señalar que los nombramientos para ocupar cargos de importancia como el que se menciona debe hacerse con mucho mas cuidado.

En este capítulo se mencionó la Ley de Responsabilidades y en lo que corresponde a la Contraloría de Cuentas, esta tiene como función la de velar por que se cumpla lo que se refiere a la probidad, la que en la Ley es otro medio de control para los empleados y funcionarios públicos mediante la declaración de bienes y deudas de los mismos, tanto al inicio de la toma de posesión de los cargos, durante los mismos y al entregar los mismos, el objetivo principal es poder establecer en un momento



determinado si existió un enriquecimiento indebido. Como se dijo, esta Ley con relación a la anterior, que databa de más de cuarenta años, fué mejorada en algunos aspectos; sin embargo, bastaría con que las autoridades fiscalizadoras hagan cumplir la mencionada Ley y no quede esta como letra muerta.

También los funcionarios o las autoridades nominadoras deben ser vigilantes en cuanto a la responsabilidad de los empleados o funcionarios que están bajo su dirección, ya que ellos también están obligados a iniciar las acciones legales que corresponden en primer lugar aplicando las sanciones administrativas que contiene la Ley de Servicio Civil hasta, inclusive la destitución del empleado o funcionario público responsable; y en segundo lugar ejercitando la acción penal o civil por medio del Ministerio Público, conforme el nuevo Código Procesal Penal, es a esta Institución a la que le corresponde la Investigación y luego de concluida esta, debe hacer la acusación correspondiente. El Fiscal General es el Jefe del Ministerio Público y es nombrado por el Presidente de la República, electo de una nómina de seis candidatos propuestos por una comisión de postulación integrada por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, los Decanos de las facultades de derecho del país, el Presidente del Colegio de Abogados y al Presidente del Tribunal de Honor de dicho Colegio.

No obstante que la elección del Fiscal General pasa por el procedimiento de las postulaciones, al final, como se dijo es el Presidente de la República quién hace el nombramiento; a este respecto dependerá mucho de la capacidad profesional del fiscal y más que todo de la voluntad y decisión que posea para formalizar las acusaciones que correspondan en contra de los funcionarios y empleados públicos para deducirles las responsabilidades en que hayan incurrido en el desempeño de sus funciones públicas con ocasión de la contratación administrativa.



CONCLUSIONES

1. De las diferentes teorías consultadas, sustentadas, defendidas o desaprobadas por los Administrativistas o estudiosos del Derecho Administrativo, relacionadas con el pragmatismo, el desarrollo y la evolución que en los últimos años a adquirido la Contratación Pública, se concluye que los Contratos Administrativos existen como tales y esa existencia tiene su principal sustento en el hecho de que interviene en esa relación o vínculo jurídico la Administración Pública; y porque al aplicar el criterio (formalista) finalista, tiende a asegurar el servicio y del interés público. Que en cuanto a las formas o formalidades, también el Contrato Administrativo debe cumplir con determinadas formalidades al igual que los contratos de carácter privado.
2. En la legislación guatemalteca en la Contratación Administrativa, desde antes de la formalización del Contrato Administrativo, tanto los empleados como los funcionarios públicos si tienen o incurran en responsabilidad de diferentes tipos, sea ésta administrativa, civil, penal, dependiendo del rol que les corresponde desempeñar, ya que existe contratación por grado de importancia o por monto de la contratación y en esa relación responderán dependiendo del tipo o clase de contratación que se dé, es decir, desde la contratación directa hasta la contratación por Licitación Pública.



3. La responsabilidad de los empleados y funcionarios públicos, derivada de los Contratos Administrativos, se encuentra regulada abundantemente en diversas y dispersas leyes, conteniendo la configuración de las conductas, como las sanciones que corresponden, desde las disciplinarias hasta las penales y políticas.
4. Cuando un empleado o funcionario público, en el desempeño de sus funciones incurre en un determinado tipo de responsabilidad como consecuencia de la Contratación Pública en cualquiera de sus formas, en algunos casos las sanciones no son excluyentes, es decir que por una conducta irregular o irresponsable un empleado o funcionario puede ser sujeto de diferentes sanciones, disciplinaria: penal, civil y política a la vez.
5. Desde el punto de vista ético, la conducta irregular o irresponsable de funcionarios y empleados públicos como consecuencia de la Contratación Pública Administrativa tiene relación con los valores morales y éticos que prevalecen en una sociedad, la que incluso es influenciada por factores externos y por la poca preocupación del mismo Estado, que no da importancia a la educación y formación moral y ética desde los primeros años a la población, o cuando se hace, choca irremediabilmente con los factores cambiantes y externos de la conducta social.



6. Cuando un empleado o funcionario público en el ejercicio de su cargo y como consecuencia de la Contratación Pública, incurra en una conducta que se califique de irresponsable, la no aplicación de las leyes y consecuentemente de las sanciones sean éstas disciplinarias, pecuniarias, penales o políticas, crea una conciencia o ambiente de impunidad que tiende a generalizarse y mantenerse, pues no se manifiesta el *Ius Puniendi* y las normas jurídicas quedan como preceptos sin vida y consecuentemente no ejemplifican las conductas irregulares o irresponsables de los funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus cargos.

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
 Biblioteca Central



BIBLIOGRAFIA

1. CAMARES Ferro José M. Curso de Derecho Romano Privado, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1943, Tomo I,
2. ESCOLA, Hector Jorge, Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977. Tomo I
3. FALLA, Garrido. Tratado de Derecho Administrativo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1978.
4. FRAGA, Gabino, Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, S. A., México, 1966.
5. GARCIA OVIEDO, Carlos. Derecho Administrativo, E.I.S.A., Madrid, 1968.
6. GORDILLO, El Acto Administrativo, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1966.
7. JEZE, Gascón. Principios Generales de Derecho Administrativo, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1949.
8. MEYER, Otto. Derecho Administrativo Alemán, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Tomo I, 1949
9. PUIG PEÑA, Federico. Compendio de Derecho Civil Español, Ediciones Pirámide, S. A., 1976

10. SAYAGUEZ LAZO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1959.
11. VILLANOVA ROYO. Elementos de Derecho Administrativo, Editorial Pirámide, S. A., Madrid, 1955.
12. YOUNES MORENO, Diego. Curso Elemental de Derecho Administrativo, Editorial TEMIS, S. A., Bogotá 1968.

DICCIONARIOS:

CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual, Tomo I, Editorial Heliasta, S.R.L., Buenos Aires. 1976

REVISTAS:

1. Revista editada por el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario en Buenos Aires que se refiere al control político al sistema constitucional, número 511, año 1980.
2. Etica en el Servicio Público, esta es una revista en la que se encuentra un informe de grupo de estudio de la Asociación Internacional de Escuelas e Institutos de Administración. Junio de 1980.



LEYES:

1. Constitución Política de la República de Guatemala.
2. Código Civil, Decreto Ley No. 106
3. Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley No. 107
4. Código Penal, Decreto No. 17-73
5. Código Procesal Penal, Decreto No. 51-92 del Congreso de la República
6. Ley de Servicio Civil, Decreto No. 1758 del Congreso de la República
7. Ley de Contrataciones del Estado, Decreto No. 57-92 del Congreso de la República.
8. Reglamento de la Ley de Contrataciones, Acuerdo Gubernativo No. 1056-92
9. Ley de Probidad y de Responsabilidades, Decreto No. 8-97 del Congreso de la República
10. Ley del Tribunal y Contraloría de Cuentas, Decreto 1126