

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

**FUNDAMENTO LEGAL PARA LA REFORMA DE LA LEY DE CONTRATACIONES  
DEL IGSS QUE PERMITA EL EFECTIVO CUMPLIMIENTO EN LA PROGRAMACIÓN  
DE ADQUISICIONES Y CONTRATACIONES ANUALES**

**BRENDA CICELY CITALÁN CIFUENTES**

**GUATEMALA, AGOSTO DE 2013**

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

**FUNDAMENTO LEGAL PARA LA REFORMA DE LA LEY DE CONTRATACIONES  
DEL IGSS QUE PERMITA EL EFECTIVO CUMPLIMIENTO EN LA PROGRAMACIÓN  
DE ADQUISICIONES Y CONTRATACIONES ANUALES**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**BRENDA CICELY CITALÁN CIFUENTES**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADA Y NOTARIA**

Guatemala, agosto de 2013

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

DECANO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I:	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V:	Br. Rocael López González
SECRETARIA:	Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidente:	Lic. Rodolfo Giovani Celis López
Vocal:	Lic. Carlos Enrique Aguirre Ramos
Secretario:	Lic. Gamaliel Sentés Luna

**Segunda Fase:**

Presidente:	Lic. Napoleón Gilberto Orozco Monzón
Vocal:	Lic. David Sentés Luna
Secretario:	Lic. Ronaldo Amílcar Sandoval Amado

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



*Lic. Carlos Enrique Aguirre Ramos*  
*Cave 0-60 Zona 4. Torre Profesional II 8vo. nivel oficina 811 "A"*  
*Tel. 23351618*

---

---

Guatemala, 04 de junio del año 2012

**Licenciado**

**Carlos Ebertito Herrera Recinos**  
**Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**  
**Universidad de San Carlos de Guatemala**



Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

Le doy a conocer que procedí a la asesoría de tesis de la bachiller Brenda Cicely Citalán Cifuentes, en base al nombramiento recaído en mi persona de fecha dieciséis de febrero del año dos mil seis; intitulada: **“FUNDAMENTO LEGAL PARA LA REFORMA DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL IGSS QUE PERMITA EL EFECTIVO CUMPLIMIENTO EN LA PROGRAMACIÓN DE ADQUISICIONES Y CONTRATACIONES ANUALES”**. Después de la asesoría prestada, hago de su conocimiento:

- 1) En relación al contenido científico y técnico de la tesis, la misma es de importancia debido a que analiza y estudia jurídicamente la programación de adquisiciones y contrataciones anuales en el derecho administrativo guatemalteco.
- 2) Al desarrollar la tesis se utilizaron los métodos y las técnicas de investigación adecuados. Los métodos utilizados fueron: analítico, el cual dio a conocer el derecho administrativo; el sintético, estableció sus características; el inductivo, dio a conocer sus efectos; y el deductivo, indicó su importancia.
- 3) En cuanto a la redacción de la tesis, se llevó a cabo empleando un lenguaje apropiado. Los objetivos señalaron los elementos jurídicos que informan el derecho administrativo guatemalteco.
- 4) La contribución científica del trabajo llevado a cabo por la sustentante es fundamental para Guatemala, debido a que analiza jurídicamente la problemática actual.



*Lic. Carlos Enrique Aguirre Ramos*  
*Cave 0-60 Zona 4. Torre Profesional I I 8vo. nivel oficina 811 "A"*  
*Tel. 23351618*

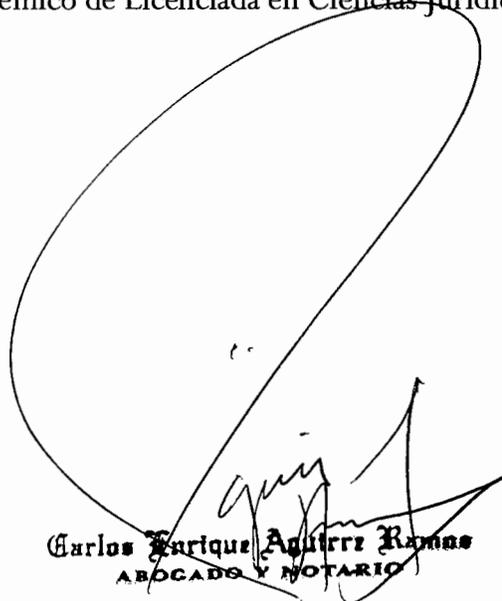
---

---

- 5) Las conclusiones y recomendaciones de la tesis, tienen congruencia con los capítulos desarrollados. Personalmente me encargué de guiarla durante las etapas respectivas al proceso de investigación, empleando los métodos apropiados, que permitieron la comprobación de la hipótesis formulada; relativa a señalar la importancia del análisis de la programación de adquisiciones y contrataciones anuales.
- 6) Se utilizó la bibliografía adecuada y la misma tiene relación con el trabajo de tesis y con el contenido de los capítulos desarrollados.

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

Atentamente.



Carlos Enrique Aguirre Ramos  
ABOGADO Y NOTARIO

Lic. Carlos Enrique Aguirre Ramos  
Asesor de Tesis  
Colegiado 3426



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria  
Guatemala, Guatemala



**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, cinco de junio de dos mil doce.

Atentamente, pase al ( a la ) LICENCIADO ( A ): **GAMALIEL SENTES LUNA**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del ( de la ) estudiante: **BRENDA CICELY CITALÁN CIFUENTES**, CARNÉ NO. **200020736**, intitulado: **“FUNDAMENTO LEGAL PARA LA REFORMA DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL IGSS QUE PERMITA EL EFECTIVO CUMPLIMIENTO EN LA PROGRAMACIÓN DE ADQUISICIONES Y CONTRATACIONES ANUALES”**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: “Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y las técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estime pertinentes”.

**LIC. CARLOS EBERTITO HERRERA RECINOS**  
**JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS**



cc.Unidad de Tesis  
LEGM/iyc

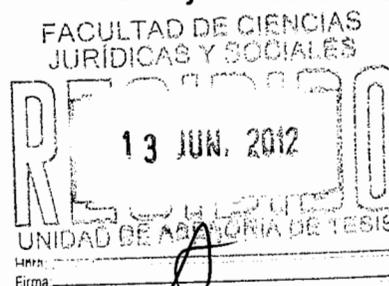


*Licenciado*  
*Amaliet Sentes Luna*  
*Colegiado 6522*  
*Abogado y Notario*

---

Guatemala 12 de junio del año 2012

**Lic. Carlos Ebertito Herrera Recinos**  
**Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**  
**Universidad de San Carlos de Guatemala**



Estimado Licenciado Herrera Recinos:

Le informo que de conformidad con el nombramiento emitido por el despacho a su cargo, procedí a la revisión del trabajo de tesis de la bachiller Brenda Cicely Citalán Cifuentes; que se denomina: **“FUNDAMENTO LEGAL PARA LA REFORMA DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL IGSS QUE PERMITA EL EFECTIVO CUMPLIMIENTO EN LA PROGRAMACIÓN DE ADQUISICIONES Y CONTRATACIONES ANUALES”**. Después de la revisión encomendada, le doy a conocer lo siguiente:

1. El contenido de la tesis es científico y técnico, además la ponente utilizó la legislación y doctrina acordes, redactando la misma de forma adecuada, empleando un lenguaje apropiado y se desarrollaron de manera sucesiva los distintos pasos correspondientes al proceso investigativo.
2. Los métodos que se emplearon fueron: analítico, con el que se señaló el efectivo cumplimiento en la programación de adquisiciones; el sintético, indicó su importancia; el inductivo, estableció sus requisitos, y el deductivo, señaló su regulación legal. Se utilizaron las siguientes técnicas de investigación: fichas bibliográficas y documental, las cuales fueron de utilidad para la recolección de la información actual y suficiente para el desarrollo de la tesis.
3. La redacción utilizada es la adecuada. Los objetivos determinaron y establecieron lo fundamental del cumplimiento de la programación de adquisiciones. La hipótesis formulada fue comprobada, dando a conocer la contratación estatal.
4. El tema de la tesis es una contribución científica y de útil consulta tanto para profesionales como para estudiantes, en donde la ponente señala un amplio contenido relacionado con el tema.



*Licenciado*  
*Gamaliel Sentes Luna*  
*Colegiado 6522*  
*Abogado y Notario*

---

5. Las conclusiones y recomendaciones se redactaron de manera sencilla y constituyen supuestos certeros, que dan a conocer la necesidad de reformar la normativa vigente para que se pueda cumplir con la contratación y programación de adquisiciones.
6. Se empleó la bibliografía adecuada y de actualidad. A la sustentante le sugerí diversas enmiendas a su introducción y capítulos, encontrándose conforme en su realización; siempre bajo el respeto de su posición ideológica.

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

Atentamente.

Lic. Gamaliel Sentes Luna  
Abogado y Notario  
Colegiado 6,522  
Revisor de Tesis



# USAC

## TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7 Ciudad Universitaria  
Guatemala, Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 06 de agosto de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante BRENDA CICELY CITALÁN CIFUENTES, titulado FUNDAMENTO LEGAL PARA LA REFORMA DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL IGSS QUE PERMITA EL EFECTIVO CUMPLIMIENTO EN LA PROGRAMACIÓN DE ADQUISICIONES Y CONTRATACIONES ANUALES. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

MTCL/sllh.

Lic. Avidán Ortiz Orellana  
DECANO



Rorario



## DEDICATORIA

- A DIOS:** Infinitamente gracias por la vida y ayudarme a superar cada prueba que me pusiste en mi camino, para hoy permitirme lograr esta meta.
- A VIRGENCITA MARÍA DE GUADALUPE Y SAN JUDAS TADEO:** Madrecita muchas gracias por interceder por mi ante DIOS y escuchar cada una de mis oraciones y cumplir mi sueño de ser profesional y compartirlo con mi familia.
- A MIS PADRES:** Miriam Cicely Cifuentes Taracena y Mario Francisco Citalán Sánchez, gracias por darme la vida e instarme a seguir adelante y por su apoyo brindado.
- A MI HIJA Y A MI ESPOSO:** Cicely Bernadette Ajquí Citalán y Oscar Rolando Ajquí Chaicoj, son los dos amores de mi vida y mi razón para seguir adelante, amor gracias porque siempre confiaste en mí y me apoyaste en todo momento para que este sueño hoy sea una realidad y a mi hijita para que se sienta orgullosa de su mamá.
- A MI HERMANO:** Mario Antonio Citalán Cifuentes, gracias por la ayuda brindada siempre que la necesite y tus consejos.
- A MIS AMIGOS (AS):** Y a todas las personas que me han ayudado de diferente forma, con sus consejos, dándome ánimos para seguir adelante y brindándome una mano amiga



en las diferentes etapas de mi vida, en especial a Don Esteban Loarca (Q.E.P.D.), mi abuelito Antonio Corpus Cifuentes Cifuentes (Q.E.P.D.), Licenciada Beatriz Rosal de Díaz, compañeros de estudio y de trabajo, mil gracias.

**A MIS CENTROS  
DE ESTUDIO:**

Colegio Centroamericano, INMEBOC, IPRAM.

**A:** La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

**A:** La Tricentenario Universidad de San Carlos de Guatemala.



## ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
<b>CAPÍTULO I</b>	
1. Derecho administrativo.....	1
1.1. Evolución histórica.....	3
1.2. Importancia.....	4
1.3. Características.....	5
1.4. Conceptualización.....	6
1.5. Funciones.....	9
1.6. Relaciones del derecho administrativo con otras ramas del derecho.....	9
1.7. Principio de legalidad.....	12
<b>CAPÍTULO II</b>	
2. Fuentes del derecho administrativo.....	15
2.1. Terminología.....	15
2.2. Fuentes históricas.....	15
2.3. Fuentes materiales.....	16
2.4. Fuentes formales.....	18
<b>CAPÍTULO III</b>	
3. Adquisiciones y contrataciones administrativas.....	37
3.1. Importancia.....	37



	Pág.
3.2. Definición de contrato administrativo.....	40
3.3. Teorías.....	41
3.4. Características de los contratos administrativos.....	48
3.5. Elementos de los contratos administrativos.....	50

## CAPÍTULO IV

4. Análisis del fundamento legal para reformar la Ley de Contrataciones del Estado para el efectivo cumplimiento en la programación de adquisiciones y contrataciones anuales del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social.....	55
4.1. Importancia de la programación de adquisiciones y contrataciones.....	55
4.2. Procedimiento para la selección del contratante.....	56
4.3. Características de la licitación pública.....	57
4.4. Naturaleza jurídica.....	58
4.5. Principios.....	61
4.6. Formalización.....	63
4.7. Fundamento legal para la reforma de la Ley de Contrataciones del Estado para que el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social cumpla con la programación de adquisiciones y contrataciones anuales.....	64
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>87</b>
<b>RECOMENDACIONES.....</b>	<b>89</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>91</b>



## INTRODUCCIÓN

El tema de la tesis seleccionado, determina la importancia del fundamento legal para la reforma de la Ley de Contrataciones del Estado, que permita el cumplimiento en la programación de adquisiciones y contrataciones anuales del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, debido a que con el mismo se asegura una administración de los contratos y se proponen las medidas correctivas correspondientes.

El asesoramiento a las entidades del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social en materia de gestión y ejecución de contratos, asegura el cumplimiento de los términos y condiciones necesarias, para asegurar una logística para el desarrollo contractual y la debida programación anual.

Las contrataciones administrativas, se encuentran en diferentes cuerpos legales con criterios obsoletos que no permiten el desarrollo eficiente de la administración pública, siendo necesario reformar la Ley de Contrataciones del Estado.

Los objetivos de la tesis, dieron a conocer la importancia jurídica de cumplir eficazmente con una disponibilidad oportuna y actualizada de la información de los contratos que permitan la adquisición y contratación en base a un monitoreo y seguimiento en materia del sistema de información de los bienes y servicios adquiridos por el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social.



La hipótesis formulada, comprobó que existen serios obstáculos para la pronta ejecución de obras y adquisición de bienes, suministros y servicios que requiere el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social y ello trae consigo el consiguiente atraso de los programas de contratación.

Los métodos de investigación utilizados para desarrollar la tesis, son los que a continuación se indican: analítico, con el cual se estableció la importancia de la Ley de Contrataciones del Estado; el sintético, dio a conocer la contratación administrativa; el deductivo, estableció la programación de adquisiciones y contrataciones anuales; y el inductivo determinó su fundamento legal. La técnica de investigación empleada fue la de fichas bibliográficas.

El desarrollo de la tesis se llevó a cabo en cuatro capítulos: el primer capítulo, indicó el derecho administrativo, evolución histórica, importancia, características, conceptualización, funciones, relaciones del derecho administrativo con otras ramas del derecho, y principio de legalidad; el segundo capítulo, es referente a las fuentes del derecho administrativo, terminología, fuentes históricas, fuentes materiales y fuentes formales; el tercer capítulo, señaló las adquisiciones y contrataciones administrativas, importancia, definición de contrato administrativo, teorías, características de los contratos administrativos y sus elementos; y el cuarto capítulo, analiza el fundamento legal para reformar la Ley de Contrataciones del Estado de Guatemala, para el efectivo cumplimiento en la programación de adquisiciones y contrataciones anuales del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social.



## CAPÍTULO I

### 1. Derecho administrativo

La administración consiste en una subfunción del gobierno, encargada del correcto funcionamiento de los servicios públicos y del mantenimiento del orden público, seguridad jurídica y de entregar a la población diversas labores.

En relación a las normas de organización, el derecho administrativo establece los órganos e instituciones mediante los que actúa la administración pública, desde los servicios centrales, los órganos desconcentrados, descentralizados y organismos autónomos dependientes de otras instituciones y, en su caso, de los Consejos de Ministros, los Ministerios, Secretarías Generales, Direcciones Generales, Subsecretarías, órganos representativos de las entidades que componen la administración local y de empresas públicas.

La mayoría de esos órganos, tienen como característica común la competencia para actuar con prerrogativas o poderes superiores a los que poseen los particulares. En lo que respecta a las normas de funcionamiento, es necesario señalar que el derecho administrativo solamente regula aquellas actuaciones de la administración pública, en las que los órganos administrativos actúan investidos de potestades públicas, o sea, están revestidos de imperium.



“En la vida privada los derechos y obligaciones, se crean casi siempre por vía contractual y la administración debe, en interés del servicio público, poder imponer unilateralmente, sin necesidad de previo funcionamiento judicial, obligaciones a los particulares y su decisión debe ser tenida como jurídicamente válida en tanto que el interesado no promueva su anulación por el juez”.<sup>1</sup>

La administración pública, actúa como un particular y le son de aplicación las normas del derecho común. Siempre, habrá en su actuación un núcleo estrictamente administrativo, aunque solamente sea a los efectos del procedimiento, para la formación de la voluntad del órgano administrativo y las normas de atribución de competencias del órgano implicado.

La ley orgánica de la administración pública guatemalteca, es el ordenamiento legal que se encarga de regular la estructura, facultades y atribuciones de los organismos integrantes de la administración pública.

La tarea del derecho administrativo, es relativa a arbitrar los cauces jurídicos que se necesitan, para la defensa de los derechos colectivos, asegurando con ello la realización de los intereses comunitarios.

El derecho administrativo se encuentra dentro de la clasificación del derecho público, ya que al mismo se le entiende como el conjunto de normas que regulan la organización y

---

<sup>1</sup> Balbín, Carlos Federico. **Tratado de derecho administrativo**. Pág. 126.



el funcionamiento del Estado y su actividad encaminada al cumplimiento de sus fines, cuando intervenga en relaciones con los particulares con carácter de autoridad.

### 1.1. Evolución histórica

“El derecho administrativo, tiene su origen con las revoluciones liberales de los siglos XVIII y XIX. El paso del antiguo régimen al Estado liberal, supone el tránsito de un sistema de normas que se encontraban a disposición del monarca a un sistema caracterizado por la existencia de normas jurídicas aprobadas por asambleas representativas, con carácter abstracto, general y permanente que regulan la forma en la cual tiene que relacionarse el Estado con los ciudadanos y la existencia de un entramado institucional de controles, independientes del monarca”.<sup>2</sup>

Tras este proceso y sobre todo a partir de las revoluciones liberales, surge lo que se conoce como Estado liberal. Antes de esas revoluciones, no se reconocía la igualdad de todos los hombres como principio jurídico, y a partir de ellas, estos dejan de ser súbditos para pasar a ser ciudadanos con derechos y obligaciones iguales.

Con posterioridad a la instalación del régimen administrativo, se señala la importancia de la determinación de quién debe juzgar la administración. Se cuestiona si, por una parte debían ser los jueces ordinarios pertenecientes al poder judicial quienes juzgaran a la administración, o si, por otra parte, debía ser la propia administración quien

---

<sup>2</sup> Belisario Porras, Juan Antonio. **Derecho administrativo**. Pág. 44.

ejerciera esa función. La raíz del problema, se encuentra en que los jueces ordinarios eran aquellos del antiguo régimen, nobles que quedarían dotados de poder de anular las decisiones del nuevo régimen.

En la actualidad, el derecho administrativo se aplica a todos los órganos e instituciones a través de los cuales actúa la administración pública. Estos órganos, cuentan con poderes superiores de los que disponen los particulares. El derecho administrativo, se encarga de actuar sobre los órganos administrativos, cuando los mismos actúan haciendo uso de potestades públicas.

## **1.2. Importancia**

El derecho administrativo, es la rama del derecho que se encarga de la regulación de la administración pública.

Trata, por ende, del ordenamiento jurídico en relación a su organización, sus servicios y sus relaciones con los ciudadanos.

De esa forma, cualquier persona que opte a ocupar una plaza como administrativo o auxiliar administrativo dentro de una institución o entidad de carácter público, se ve en la necesidad de adquirir todos los conocimientos sobre los pilares, fuentes, funciones y legislaciones fundamentales dentro del derecho administrativo.

El derecho administrativo se enmarca dentro del derecho público interno y se caracteriza por ser común, autónomo, local y exorbitante, contando con determinadas fuentes, las cuales pueden ser de diversa tipología.

### **1.3. Características**

El derecho administrativo se caracteriza por ser:

- a) **Contralor:** se han creado órganos que solamente tienen funciones de control, mientras otros organismos ejercen funciones por delegación del poder estatal, siendo los mismos organismos aquellos que tienen poder de policía, que es una función administrativa.
- b) **Común:** consiste en un derecho que, al igual que el derecho civil es común a todas las actividades y sus principios son aplicables a todas esas materias.
- c) **Autónomo:** consiste en una rama autónoma del derecho, tiene sus propios principios generales y se autoabastece, es decir, consiste en un sistema jurídico autónomo paralelo al derecho privado.
- d) **Local:** es un derecho de naturaleza local, debido a que tiene relación con la organización política en Guatemala.

#### 1.4. Conceptualización

Al concepto de derecho administrativo, se llega mediante el concepto de Estado. El advenimiento del Estado de derecho, fue el resultado de la convergencia de determinadas circunstancias, entre las que se destacan las revoluciones inglesa y francesa.

El Estado de derecho, es la forma de Estado en que se reconocen y tutelan los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos, a través del sometimiento de la administración a la ley.

“Estado es la organización jurídico-política más perfecta que se conoce hasta la actualidad y consiste en un ente orgánico unitario, estructurado jurídicamente bajo la forma de una corporación, que detenta el ejercicio del poder”.<sup>3</sup>

El poder de imperium del Estado, también denominado poder público o poder estático, es uno y único.

La división de poderes, no es sino la distribución del poder entre distintos centros o complejos orgánicos para el ejercicio preferente, por parte de cada uno de ellos, o sea, de determinada función, siendo todas ellas destinadas al cumplimiento de los cometidos estatales.

---

<sup>3</sup> Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Pág. 325.



“Derecho administrativo es el complejo de principios y normas de derecho público interno, reguladoras de la organización y comportamiento de la administración pública, directa e indirectamente, de las relaciones de la administración pública con los administrados; las relaciones de los distintos órganos entre sí de la administración pública, a fin de satisfacer y lograr la finalidades del interés público hacia la que debe tender la administración”.<sup>4</sup>

El derecho administrativo, es el complejo de principios y normas de derecho público interno que regulan la organización y comportamiento de la administración pública, directa e indirectamente.

También, se encarga de la regulación de las relaciones de la administración pública con los administrados, las relaciones de los distintos órganos entre sí de la administración pública, a fin de satisfacer y lograr las finalidades del interés público hacia la que debe tender la administración.

“Derecho administrativo, es el conjunto de normas de derecho que regulan la organización, estructura y actividad de la parte del Estado que se identifica con la administración pública o poder ejecutivo, sus relaciones con otros órganos del Estado, con otros entes públicos y con los particulares”.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Dromi, Roberto. **Derecho administrativo I**. Pág. 113.

<sup>5</sup> Galindo Camacho, Miguel. **Derecho administrativo**. Pág.90.



El mismo, tiene por objeto la administración pública, entendida como la actividad mediante la cual el Estado y los sujetos auxiliares de éste, son tendientes a la satisfacción de intereses colectivos.

Los principios que explican al derecho administrativo son el legalista, el del poder ejecutivo, las relaciones jurídicas y los servidores públicos.

- a) Legalista: se concibe como un conjunto de leyes administrativas, que tienen como objetivo la organización y la materia propia de la administración. Este criterio, no define que son leyes administrativas ni lo que es la materia propia de la administración.
- b) Del poder ejecutivo: es el derecho referente a la organización, funciones y procedimiento del poder ejecutivo.
- c) Criterio de las relaciones jurídicas: es el conjunto de normas que regulan las relaciones entre el Estado y los particulares. El derecho administrativo, no se restringe a esas relaciones.
- d) Criterios de los servidores públicos: consiste en el conjunto de normas reguladoras de los servicios públicos y es evidente que la actividad del Estado no se limita a los servicios públicos.

## **1.5. Funciones**

El derecho administrativo es de reciente formación, aunque se encuentra en constante evolución, siendo sus funciones las siguientes:

- a) Regular la relación entre administrados y la administración.
- b) Analiza la estructura de la organización interna de la administración.
- c) Reglamenta las relaciones con otras ramas del derecho y con las que no pertenecen al derecho.

## **1.6. Relaciones del derecho administrativo con otras ramas del derecho**

La ciencia del derecho administrativo, es un género en el cual pueden quedar encuadradas una serie de materias, que van apareciendo con la constante ampliación de las actividades del Estado y constituyen nuevas ramas del derecho.

Esas ramas, se pueden tomar en consideración como administrativas, debido a que pueden realizarse mediante unidades que dependen directa o indirectamente del poder ejecutivo, o debido a que son ramas administrativas, ya que guardan estrecha relación con el derecho administrativo y al mismo tiempo son autónomas, los cuales son

objetivos tendientes a un régimen y sistematización de la actividad en la cual se desarrolla el Estado.

Las relaciones del derecho administrativo con otras disciplinas jurídicas son las siguientes:

- a) Constitucional: el derecho constitucional abarca las normas que regulan la estructura y organización jurídico-política del Estado.

“Las normas del derecho administrativo, tratan de la actividad que se desarrolla dentro de los órganos del Estado. La norma de derecho administrativo es creada por el legislador dentro de los límites de la norma constitucional”.<sup>6</sup>

- b) Penal: se relaciona con el derecho administrativo por el concepto de sanción, típico del derecho penal. Existe el derecho administrativo disciplinario, que se aplica en lo interno de la administración, debido a que son sanciones que el superior jerárquico impone al inferior por faltas disciplinarias.
- c) Financiero: el mismo regula la actividad financiera del Estado referente a la recaudación, gestión y disposición de los medios económicos necesarios para el cumplimiento de su cometido.

---

<sup>6</sup> *Ibid.* Pág. 93.

Las relaciones entre el derecho administrativo y el financiero son inmediatas y contiguas. Ello, es así debido a que las funciones y modos de aplicación de las normas financieras son esencialmente administrativas.

- d) Procesal: es la rama del derecho que se ocupa de las formalidades que deben cumplirse en todo proceso.

“Existen instituciones que son reguladas por el derecho procesal y que son adoptadas por el derecho administrativo. El derecho administrativo crea sus normas, pero el derecho procesal es supletorio”.<sup>7</sup>

- e) Civil: existen instituciones del derecho civil que son aplicables al procedimiento administrativo, tales como la capacidad, persona jurídica y persona física.

También, se relaciona con otras ciencias que son:

- a) Con la historia: permite el estudio comparado del desenvolvimiento de instituciones administrativas mediante el tiempo.
- b) Con la política: entendiéndola como el estudio general del Estado, de los sistemas de gobierno, filosofía y fines del mismo.

---

<sup>7</sup> Bonecase, Julián. **Derecho administrativo**. Pág. 87.

- c) Con la sociología: debido a que los fenómenos sociales imponen el estudio de las necesidades y movimiento de la población, así como su desenvolvimiento. Se tienen que tomar en cuenta, tanto para la legislación como para la actividad administrativa.
- d) Con la economía: debido a que los fenómenos de producción, distribución y consumo de bienes, desarrollo de la infraestructura y planes de desarrollo económico que desarrolla el Estado, son actividades de la administración pública.
- e) Con la estadística: debido a que los censos, tanto de catastro como demográficos, permiten el estudio de las necesidades sociales y de la realidad del país, para proporcionar los medios necesarios a su atención.
- f) Con la tecnología: ya que permite la utilización de procedimientos modernos y de gran rendimiento a la administración pública.

### **1.7. Principio de legalidad**

Constituye una función del Estado, que se lleva a cabo bajo un orden jurídico, y ello quiere decir que dicha función se realiza sometida al denominado principio de legalidad, que justamente consiste en que ningún órgano del Estado puede tomar una decisión individual, que no sea conforme a una disposición general anteriormente dictada.

La legalidad significa, la conformidad con el derecho y ello es sinónimo de regularidad jurídica.

El principio de la legalidad, se entiende desde el punto de vista material, en cuyo caso su alcance es el de que la norma en la que se fundamenta cualquier decisión individual, tiene que ser una norma de carácter abstracto e impersonal.

“También, es tomado en cuenta en sentido formal, significándose entonces que además de ser una ley desde el punto de vista material, la norma bajo la cual se lleva a cabo el acto individual, debe también tener los caracteres de una ley específica desde el punto de vista formal”.<sup>8</sup>

Tiene que ser una disposición expedida por el poder que de conformidad con el régimen constitucional este normalmente encargada de la formación de las leyes.

El principio de que ningún órgano del Estado puede llevar a cabo actos individuales que no se encuentren previstos o autorizados por disposiciones generales anteriores, tiene en todos los Estados modernos un carácter casi absoluto.

Ello, debido a que salvo el caso de facultad discrecional, en ningún otro y por ningún motivo, es posible hacer excepción alguna a este principio fundamental.

---

<sup>8</sup> **Ibid.** Pág. 11.



La única excepción al principio material de la legalidad, ocurre en los casos en que la administración se encuentra revestida con la denominada facultad discrecional. Por ende, es necesario precisar su naturaleza, campo de aplicación y límites de esa facultad.



## CAPÍTULO II

### **2. Fuentes del derecho administrativo**

El estudio profundo de esta materia, corresponde en esencia a la llamada ciencia jurídica o a la teoría general del derecho, dado que es un tema que está vinculado al derecho en general. Sin embargo, no puede dejarse de señalarse que encuentra aplicación directa dentro de la noción del derecho administrativo.

#### **2.1. Terminología**

Al estudiar las fuentes del derecho administrativo, haciendo alusión, a las fuentes del derecho en general se debe considerar que al vocablo fuente, se le han dado varias acepciones, para determinar el contenido y nacimiento del derecho, haciendo para ello referencia respectivamente a las llamadas fuentes históricas, a las materiales y a las formales.

#### **2.2. Fuentes históricas**

Esta aceptación, hace referencia al lugar donde han quedado plasmadas las normas jurídicas. El derecho es un ser cultural, por cuanto es obra humana distinta a la consecución de un fin; no tiene existencia física y hay que buscar dónde está, dónde se le puede percibir.

Así sucede, debido a que las fuentes históricas hacen referencia a todo tipo de textos o documentos, que contengan una norma de carácter jurídico.

“Estos lugares o documentos en los que se encuentra el derecho son de la índole variada; así es que hay normas antiguas esculpidas en piedras, barro o arcilla y más recientes impresas en variados documentos como escritos, periódicos, códigos, libros y tratados”.<sup>9</sup>

### **2.3. Fuentes materiales**

Son las fuentes reales y constituyen el conjunto de datos meta-jurídicos que le dan contenido a las normas jurídicas. Son éstos los hechos reales, de donde emana la necesidad de regular ciertas materias, considerando la propia circunstancia que rodea al hombre en su comportamiento con los demás.

Las fuentes materiales, están conformadas por una serie de datos de diferentes tipos que concurren en la producción de normas y que pueden dejar de ser tomadas en cuenta a la hora de regular la conducta humana en sociedad y que, por lo tanto, provocan su apareamiento. Entre ellas están:

- a) Datos biológicos: se derivan de la naturaleza misma de la persona y entre otros, se encuentra la concepción, el nacimiento, la muerte, el sexo y la edad.

---

<sup>9</sup> Nava Negrete, Alfonso. **Derecho administrativo**. Pág. 88.

- b) Datos sociales: derivados de la realidad social en la que la persona está inmersa. Así, por ejemplo, la necesidad de proteger al débil o al menor, la regulación de derechos y obligaciones de padres e hijos, las distintas agrupaciones de personas, etc.
  
- c) Datos geográficos: la ubicación de los estados y de su elemento poblacional, hace que surjan dentro de los mismos conductas específicas que motivan la aparición de normas especiales; tales como el clima, cambio de estaciones, existencia o carencia de costas marítimas, ortografía y recursos hídricos.
  
- d) Datos económicos: la escasez de recursos para satisfacer necesidades y creencias es una constante. Por ello, la realidad económica de los estados condiciona sus normas, siendo ejemplos de ello la existencia de recursos naturales y su aprovechamiento, existencia de incentivos para la producción y libertad empresarial.
  
- e) Datos políticos: conciernen al poder, a la estructura misma del Estado; motivan la aparición de normas que regulan la relación entre los gobernantes y los gobernados, los derechos y obligaciones de ambos, las funciones estatales, los cambios de sistema de gobierno, el surgimiento de nuevos estados o la desaparición de otros.

- f) Datos culturales: Son los que conciernen a los avances, invenciones y descubrimientos científicos o tecnológicos. Esto, obviamente, influye en la normativa jurídica y provoca la constante recreación del derecho.
  
- g) Datos espirituales: dentro de ellos cabría ubicar a los puramente racionales, que implican valores inseparables de la naturaleza humana, como el respeto a la vida, el cumplimiento de lo pactado, etc. y los datos ideales que implican la inspiración a la excelencia y que no son percibidos solamente por la razón, sino también por los sentimientos.

Todos en un momento dado, constituyen fuentes inspiradoras de normas y éstos no se pueden desentender de los mismos si pretenden efectivamente regular conductas.

#### **2.4. Fuentes formales**

Por otra parte, existen las fuentes formales que se refieren a la forma o manera en que las normas se expresan en una sociedad determinada. Este concepto es eminentemente técnico-jurídico y alude al origen de la norma en una autoridad reconocida por el derecho positivo que, mediante un procedimiento preestablecido, confiere a la norma una forma concreta.

No hay acuerdo unánime en cuanto al número de fuentes jurídico administrativas existentes. Hay autores que limitan este papel a la ley, la doctrina y costumbre,



mientras que hay otros que hacen una enumeración más amplia. Se estima que lo adecuado es hacer ésta más exhaustiva, puesto que hay maneras de expresión que no están comprendidas en ese sucinto enunciado.

La fuentes formales del derecho administrativo son la Constitución, la Ley, los tratados internacionales, los decretos leyes, los reglamentos, la costumbre, la jurisprudencia, la analogía, los principios generales del derecho y la doctrina.

- a) La Constitución: la fuente formal y directa del derecho administrativo es la Constitución. Como ley escrita suprema del Estado, es la fuente primaria no sólo del derecho administrativo sino de todas las ramas del derecho, ya que el ordenamiento jurídico debe adaptarse a los principios legales vigentes.

Por otro lado, en los últimos tiempos se ha puesto de manifiesto un proceso de constitucionalización del derecho administrativo, por cuanto se ha venido incorporando a sus textos cada vez un mayor número de normas vinculadas a él.

“Este fenómeno tiene un efecto doble; da lugar, por una parte, a que la elaboración y desarrollo de las instituciones administrativas se verifique partiendo de bases sólidamente asentadas y gozan de estabilidad y permanencia; pero, por otro lado, se considera que las cristaliza y puede llegar a impedir la actualización constante que tanto se requiere en esta materia”.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Sánchez Gómez, Narciso. **Primer curso de derecho administrativo**. pág. 102.

En Guatemala, éste es un fenómeno palpable puesto que en la Constitución vigente se encuentran bastantes normas de carácter administrativo. Entre otras, cabe citar las concernientes a:

- Organización del Organismo Legislativo, regulada en los artículos 157 al 181 de la Constitución Política de la República de Guatemala.
- Organización del Organismo Ejecutivo, regulada en los artículos 182 al 202 de la Constitución Política de la República de Guatemala.
- Organización del Organismo Judicial, regulada en los artículos 203 al 222 de la Constitución Política de la República de Guatemala.
- División administrativa, regulada en el Artículo 224 de la Constitución Política de la República de Guatemala.
- Consejos de Desarrollo, desarrollados en los artículos 225 y 226 de la Constitución Política de la República de Guatemala.
- Gobernadores, regulados en el Artículo 227 de la Constitución Política de la República de Guatemala.



- Régimen municipal, regulado en los artículos 253 a 261 de la Constitución Política de la República de Guatemala.
  
- Creación de entidades descentralizadas, regulada en el Artículo 134 de la Constitución Política de la República de Guatemala.
  
- Creación de ciertas entidades: Escuela Nacional Central de Agricultura, Universidad de San Carlos de Guatemala, Confederación Deportiva Autónoma de Guatemala, Comité Olímpico Guatemalteco, Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, Banco de Guatemala, Municipios, Contraloría General de Cuentas, cuya regulación se encuentra en los artículos 79, 82, 92, 100, 132, 134, 232, respectivamente de la Constitución Política de la República de Guatemala.
  
- Integración, organización y fines del Ejército regulados en los artículos 244 al 250 de la Constitución Política de la República de Guatemala.
  
- Ministerio Público, se encuentra regulado en el Artículo 251 de la Constitución Política de la República de Guatemala.
  
- Procuraduría General de la Nación, regulado en el Artículo 252 de la Constitución Política de la República de Guatemala.



- Bienes del Estado, que se encuentran regulados en los artículos 121 al 124 de la Constitución Política de la República de Guatemala.
  
- Régimen financiero, regulado en los artículos 237 al 243 de la Constitución Política de la República de Guatemala.
  
- Función pública, regulada en el Artículo 154 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Todo ello, se encuentra contemplado en la parte orgánica de la Constitución. También, su parte dogmática contiene normas de estricto carácter administrativo al tratar de los derechos sociales como, cuestiones vinculadas a la familia, a la protección de educación, reconocimiento de grados académicos, salud, trabajo y trabajadores del Estado.

- b) La Ley: es una manifestación del derecho escrito. Se le puede definir como norma jurídica que, con carácter de general y obligatoria, resulta de un proceso específico de creación, por parte del órgano o autoridad facultada al efecto.

Así resulta, que toda ley para que lo sea debe ser una norma jurídica con las siguientes características:



- General: significa que nunca puede estar limitada o circunscrita a casos individuales o especiales, sino que debe aplicarse a cualquier persona que se encuentre en los presupuestos de su contenido y durante su vigencia.
  
- Impersonal: es consecuente con lo anterior, debido a que la Ley tiene que ir dirigida a persona determinada.
  
- Obligatoria: implica que sus disposiciones deben ser necesariamente observadas y cumplidas, por todas las personas a las cuales se les aplican con independencia de su aceptación, pudiendo llegarse a una ejecución forzosa.
  
- Permanente: La ley aspira a tener cierta duración temporal, a regular situaciones con estabilidad, desde que es promulgada hasta que sea derogada. No es instantánea. Para lograr su fin y mantener la seguridad jurídica, no debe modificarse.
  
- Irretroactiva: no se aplica a casos acontecidos ante de su sanción y tiene una proyección futura.

En el sistema positivista imperante en Guatemala además para que sea válida, debe seguirse para su creación un proceso establecido por la Constitución. Se dispone que la ley debe ser decretada, reformada y derogada por el Organismo Legislativo; aunque



debe considerarse que también el Ejecutivo interviene en los pasos finales de su aprobación, haciendo de ella una verdadera emanación del poder público del Estado.

Los pasos a seguirse en su elaboración están estipulados en los artículos 174 al 180 de la Constitución de la República y en los artículos 109 al 133 de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo. Los pasos principales son:

- **Iniciativa:** es la presentación de un proyecto de Ley, gozando de esta capacidad los diputados del Congreso de la República, el Organismo Ejecutivo, la Corte Suprema de Justicia, la Universidad de San Carlos de Guatemala y el Tribunal Supremo Electoral.
- **Discusión:** es el debate del proyecto en términos generales y la deliberación acerca de su constitucionalidad, además de su importancia, conveniencia y oportunidad. La discusión debe hacerse en tres sesiones celebradas en diferentes días, a menos que su aprobación se declare de urgencia nacional.
- **Aprobación:** es la aceptación final de un proyecto de Ley, por parte del Organismo Legislativo, después de la votación correspondiente.
- **Sanción:** es la aprobación de una Ley por parte del Organismo Ejecutivo.



- Promulgación: es la autorización de la Ley, por parte del jefe de Estado para que sea publicada y cumplida.
- Publicación: es el dar a conocer la Ley aprobada y sancionada por medio de su difusión en el Diario Oficial, implica que no hay leyes secretas, presume que todas las resoluciones emitidas por el Organismo Legislativo pueden ser conocidas por los habitantes del Estado.
- Vigencia: implica estar en observancia de una ley. La ley rige, obliga a su cumplimiento en todo el territorio de la República ocho días después de su publicación en el Diario Oficial, a menos que la misma amplíe o restrinja dicho plazo o su ámbito de aplicación territorial.

Las leyes que por la materia que regulan son de contenido administrativo, forman parte del ordenamiento jurídico y por tanto también les es aplicable todo lo establecido.

Existen multitud de leyes con este tipo de contenido que regulan diferentes aspectos de la administración pública, dando lugar a la existencia de distintos tipos de leyes. Así, existen:

- Leyes Orgánicas: que tienen como cometido estructurar los diferentes órganos de la administración.

- Leyes Reglamentarias: que se emiten para regular aspectos específicos del actuar administrativo y de los derechos y obligaciones, tanto de la administración como de los administrados.

La Ley es, en Guatemala, la fuente formal principal del Ordenamiento jurídico y por ende del derecho administrativo.

- c) Los tratados internacionales: son los acuerdos de voluntad, celebrados entre dos o más sujetos del derecho Internacional.

“Se habla de sujetos, ya que los mismos pueden celebrarse entre Estados, entre organismos internacionales y Estados o entre distintos organismos internacionales. En todo caso son convenios, convenciones, pactos, protocolos, etc., que están regulados por el derecho internacional”.<sup>11</sup>

Tienen carácter público y regulan situaciones para los celebrantes. En general, versan sobre materias que interesan al derecho interno, pero que pueden ser complementadas con normas que excedan el ámbito de un país determinado. Los tratados, comprenden la regulación de cuestiones tales como la navegación, las comunicaciones, cuestiones postales, sanitarias, aduaneras y de salubridad.

---

<sup>11</sup> Chuayffet Chemar. **Derecho administrativo**. Pág. 13.



Los tratados internacionales pueden ser reputados fuentes del derecho administrativo, siempre que se acepten por el ordenamiento jurídico interno y que tengan contenido administrativo. En Guatemala, la Constitución Política dispone en su Artículo 171 literal 1 y 183 literal k, que el Congreso debe probar o no los tratados, convenios o cualquier otro arreglo internacional, pero no puede modificarlos. En consecuencia, los acuerdos celebrados por el Estado, aprobados por el Congreso y ratificados por las partes deben ser tenidos como fuentes del derecho administrativo.

En la actualidad, y debido al proceso de globalización que están sufriendo todas las ramas del derecho, incluso el derecho administrativo, los tratados internacionales cobran renovada importancia como fuentes, pues son muchas las materias de contenido administrativo que están y estarán en el futuro siendo reguladas por tratados en los asuntos relativos a sanidad, salubridad, comunicaciones, concesiones y contratos.

- d) Los Decretos Leyes: lo usual en un Estado moderno es que exista una división de poderes, o sea, una distribución de las funciones del Estado repartidas entre varios órganos a fin de que entre ellos se controlen y así se evite la supremacía de un órgano que anule a los demás y que se vuelva al Estado absolutista.

Se quiere que un órgano legible que administra, sea el que gobierne y ejecute los mandatos de los organismos Ejecutivo y otro que juzgue y aplique las normas a

los casos concretos, o sea, del Organismo Judicial, haciendo una recreación constante del derecho.

Según lo establecido, las normas generales del Estado es deseable que solamente sean emitidas por el órgano encargado de esto, o sea, por el Organismo Legislativo.

No obstante, no siempre sucede así. Se da el caso que normas con contenido y categoría de Ley, son emitidas no por el órgano encargado de promulgar las leyes del país sino por otro, por el Organismo Ejecutivo del Estado.

Este es el caso de los Decreto-Leyes, que son las resoluciones administrativas que tienen eficacia de ley, son los de contenido legislativo que produce el poder Ejecutivo.

Son normas jurídicas con contenido material de Ley, pero que a diferencia de ellas y debido a circunstancias peculiares, no son emitidas por el Organismo Legislativo sino por el Organismo Ejecutivo. Hay varios supuestos en que los Decretos Leyes se han dado:

- Cuando el Organismo Legislativo delega la facultad de legislar en el Ejecutivo: el Organismo Ejecutivo elabora decreto-leyes con autorización del Legislativo. Actualmente no se dan en Guatemala, aunque sí durante la época liberal,

alrededor, cuando el Organismo Legislativo que era la Asamblea Nacional Legislativa emitía Decretos y el Organismo Ejecutivo también.

- Cuando la Constitución Política ha previsto específicamente determinadas situaciones en las cuales el Organismo Ejecutivo puede dictar normas con contenido de Ley, lo que ocurre es una evidente urgencia o necesidad.

La Constitución Política vigente dispone en el Artículo 183 incisos e y f, referente a las funciones del presidente de la República, que él puede dictar los Decretos para los que estuviere facultado por ella y dictar las disposiciones que sean necesarias en los casos de emergencia grave o de calamidad pública, debiendo dar cuenta al Congreso en sus sesiones inmediatas.

Por separado, el Artículo 138 de la Constitución Política de la República dispone que es obligación del Estado y de las autoridades mantener a los habitantes de la nación en el pleno goce de los derechos que la Constitución garantiza.

Sin embargo en ciertos casos, de emergencia grave o de calamidad pública, debiendo dar cuenta al Congreso en sus sesiones. En ciertos casos, como invasión de territorio, grave perturbación de la paz o calamidad pública se puede exigir la vigencia de ciertos derechos. Y en estos casos, el presidente hará la declaratoria correspondiente por medio de Decreto dictado en Consejo de Ministros.

En el mismo, debe especificarse: los motivos que lo justifican, los derechos afectados, el territorio que comprenda y el tiempo de su vigencia. Además, en el mismo Decreto se convocará al Congreso, para que dentro del término de tres días lo conozca, lo ratifique, modifique o impruebe. En el caso de que el Congreso estuviere reunido, deberá conocerlo inmediatamente.

O sea, que la propia Constitución autoriza al Ejecutivo a legislar pero establece límites y subordina la validez de las normas dictadas a ciertos requisitos y a una aprobación posterior del Legislativo.

- Cuando la Constitución Política no asegura nada y el órgano ejecutivo se ve constreñido a dictar tales normas con fuerza de ley por necesidad. La contempla la doctrina, pero en Guatemala no se presenta. Se considera que serían violatorios del principio de legalidad.
- Cuando un régimen de facto, es decir de hecho, a subsumido, como es usual, las funciones de órgano ejecutivo con las del legislativo y procede a dictar normas con fuerza de ley.

En Guatemala, existe una tendencia poco democrática imperante de romper con el orden institucional vigente por medio de golpes de Estado, o sea de la promulgación de Decretos-Leyes.

Por lo expuesto, es interesante abordar el tema de la validez que los Decretos deben tener. La cuestión es determinar si los Decreto-Leyes dictados por un gobierno de facto conservan o no su valor cuando se regresa a un régimen de derecho. El asunto es complejo. Hay estudiosos, que sostienen que esas normas no tienen validez.

Pero hay otros autores que, por el contrario, sostienen y conceden plena validez a los Decretos Leyes emitidos por un gobierno de facto, considerando que el negársela sería una posición idealista, poco práctica y ajena a la propia realidad histórica de esos países, además de poner en duda la seguridad jurídica que el Estado debe garantizar a sus habitantes.

En Guatemala, la propia Constitución regula que se reconoce la validez jurídica de los Decretos-Leyes emanados del Gobierno de la República, así como la de todos los actos administrativos y de gobierno realizados de conformidad con la Ley.

O sea, que los convalida y les mantiene vigentes su vigencia, hasta que sean modificados o derogados por leyes posteriores.

De esta manera, resulta que los Decretos-Leyes con el sentido que se le da a esta expresión, pueden ser equiparados en su validez y efectos a las leyes de tal modo que constituyen una fuente aceptable del derecho administrativo.

- e) La costumbre: es aquella norma jurídica no escrita, que no ha pasado por el proceso de formación legislativa, y es la única fuente del derecho no escrita que procede de la Ley.

“Se constituye, a través de la repetición constante de una determinada conducta en el conglomerado social, el cual, además de practicarla, presta su consentimiento general, por la convicción de que es jurídicamente obligatoria”.<sup>12</sup>

La costumbre consiste en un comportamiento o conducta uniforme y constante, seguida por la mayoría de las personas frente a un hecho, del cual resulta la convicción de que ese comportamiento o conducta tiene el valor de una obligación jurídica. Es la conducta uniforme, que crea vínculos jurídicos obligatorios.

En la costumbre es plausible distinguir dos elementos:

- Uno es el elemento objetivo o material: se refiere a la repetición de una determinada conducta o comportamiento en el tiempo.
- Otro es el elemento subjetivo o psicológico: implica el convencimiento de su juridicidad, la convicción de su obligatoriedad. Es la opinión generalizada, respecto de esa obligatoriedad.

---

<sup>12</sup> Acosta Romero, Miguel. **Compendio de derecho administrativo**. Pág. 121.

En la actualidad, la importancia de la costumbre como fuente prácticamente ha perdido vigencia, su rol se mantiene sólo entre los parámetros que la Ley escrita le señala.

Dentro del derecho administrativo guatemalteco, la costumbre no es una fuente directa, sino más bien real, o sea que tiene capacidad de determinar el contenido de ciertas normas, para que éste sea fijado por el legislador. Aquí, tiene preeminencia el derecho escrito. Tanto es así que la Ley del Organismo Judicial señala que contra la observancia de la Ley no puede alegarse ignorancia, desuso, costumbre o práctica en contrario.

Debe mencionarse la práctica administrativa, que es un comportamiento repetido que la administración pública adopta en situaciones semejantes. Se parece a la costumbre, en cuanto a su elemento material, pero carece del elemento psicológico, o sea de la convicción de su obligatoriedad.

Es también, una ordenación no escrita y el quehacer diario de los servidores públicos, que muchas veces puede conllevar la repetición de errores.

También se le parece el precedente o antecedente, que es el hecho o la decisión de un funcionario o empleado público, el que posteriormente toma a otro funcionario o empleado público con el objeto de resolver situaciones, casos, y

expedientes iguales o semejantes. En la administración pública guatemalteca, el antecedente sienta criterio.

Sin embargo, ninguno de los dos anteriormente citados tienen fuerza vinculante por lo que no debe considerárseles fuentes del derecho administrativo.

f) La jurisprudencia: puede entenderse este vocablo en tres sentidos diferentes:

- Puede ser entendida como ciencia del derecho.
- Como la manera habitual, uniforme, y constante con que los órganos jurisdiccionales aplican el ordenamiento jurídico positivo a los casos sometidos a su conocimiento.

Es lo que resulta de varias sentencias dictadas por los jueces, al aplicar la Ley a casos concretos. En este sentido, se habla de jurisprudencia no obligatoria. Otros tribunales, pueden seguir el mismo criterio exteriorizado pero no están obligados a ello. En este contexto, no es una fuente del derecho administrativo.

- Como el conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los órganos jurisdiccionales. Aquí cumple una doble función: ayuda a la aplicación de las normas jurídicas y a su formación.



En este sentido, su importancia en los inicios del derecho administrativo es innegable porque dado que existían pocas normas positivas administrativas, ayuda en la formulación de sus principales instituciones.

En esta rama del derecho, ha tenido más importancia que en otras, civil y mercantil donde existen codificaciones que resuelven la casi la totalidad de los supuestos de hecho, que suelen presentarse en la práctica.

En una rama de tan creciente creación como la administrativa, la situación es diferente porque la multiplicidad de preceptos, su constante modificación, la falta de sistematización de sus reglas, la natural movilidad del trabajo administrativo y la ausencia de normas específicas, dan a la tarea interpretativa de jueces y juristas un valor inmediato.



## CAPÍTULO III

### 3. Adquisiciones y contrataciones administrativas

“La administración pública, es aquella función del Estado que consiste en una actividad concreta y continuada, de carácter subordinado, que tiene por objeto satisfacer en forma directa e inmediata las necesidades colectivas y el logro de los fines del Estado, dentro del orden jurídico establecido y con arreglo a este”.<sup>13</sup>

Pero, no siempre la administración alcanza su finalidad de satisfacción de las necesidades colectivas, por medio de actos concretos mediante disposiciones unilaterales e imperativas, es decir, en varias oportunidades lo hace consiguiendo la colaboración voluntaria de los administrados, con base en acuerdos o convenios de distinta índole.

#### 3.1. Importancia

Para alcanzar la más alta y eficaz gestión de los servicios, empresas y bienes, la administración debe también participar en la celebración de actos plurilaterales, originándose así verdaderas convenciones, en las cuales participan distintos órganos de la administración, o en las que ésta se vincula directamente con los particulares.

---

<sup>13</sup> Valls Hernández, Sergio Andrés. **Nuevo derecho administrativo**. Pág. 22.



En estos casos, es referente a la cuestión de la contratación administrativa que tan vivas polémicas ha provocado en la doctrina.

Cuando el Estado compra equipos necesarios para sus servicios públicos, o encarga a los particulares la construcción de un inmueble de utilidad pública, se mueve en un ámbito eminentemente contractual.

La primera problemática que surge en este marco, es la de si puede entablar vínculos contractuales; y la naturaleza de esta relación es afirmativa.

Hay un sector de la doctrina, que niega por completo la posibilidad no admitiendo, entonces, que la administración pública participe en actos contractuales tanto de índole privada como pública, asegurando que, en todo caso, lo que hay son decisiones unilaterales de aquélla.

No obstante, la generalidad de autores admite la existencia de los contratos administrativos, tanto públicos como privados; y otro sector, partiendo de un punto de vista orgánico, reputa que todo contrato en que participen las entidades administrativas, tendrá que ser un contrato público o administrativo.

La contratación administrativa es, uno de los diversos medios jurídicos de que puede hacer uso la administración pública en el desarrollo de su actividad propia, y la realidad refleja que la contratación adquiere en la vida administrativa un lugar cada vez más

destacado, que crece en proporcional medida a cómo aumenta la presencia de la administración en el acontecer de los intereses sociales.

La existencia de los contratos administrativos y la capacidad propia de la administración para contratar reside, en el hecho de que el Estado no está obligado a intervenir en todos los casos, imponiendo su voluntad a los particulares. En algunas ocasiones, puede obtener la colaboración voluntaria de éstos y lograr de ellos, por medio de un arreglo consensual, la prestación de bienes o servicios personales.

Ello hace innecesario, en esos casos, el empleo de la coacción propia del poder público, y permite llegar a un acuerdo de voluntades que es, en concreto, el contrato administrativo.

“La contratación administrativa posee, como característica especial, el hecho de que su régimen jurídico se halla regulado por normas jurídicas de derecho público, que establecen requisitos de forma, así como solemnidades especiales para su celebración, modificación o extinción”.<sup>14</sup>

Estas leyes administrativas, definen los procedimientos para formalizar la contratación administrativa, entre ellas la compra directa y la subasta pública.

---

<sup>14</sup> **Ibid.** Pág. 114.

### 3.2. Definición de contrato administrativo

El contrato administrativo se define de la siguiente forma: “Es el negocio bilateral que el Estado realiza con una o varias personas, privadas o públicas, con propósitos de utilidad pública, para constituir, modificar o extinguir un vínculo patrimonial o económico, regulado por leyes de interés público”.<sup>15</sup>

“Contrato administrativo es la especialidad de los contratos administrativos y consiste precisamente en el objeto, en las obras y servicios públicos, en el interés general que implican y obligan a someterlos a normas jurídicas especiales”.<sup>16</sup>

Consiste en el que la administración pública celebra con otra persona pública o privada, física o jurídica y que tiene por objeto una prestación de utilidad pública. Es la declaración de voluntad del Estado, a través de sus órganos centralizados y entidades autónomas y descentralizadas, con una persona individual o colectiva, privada o pública, nacional o internacional, con el compromiso del primero de pagar honorarios o un proceso por la actividad, servicio o bien que le presta el contratante, bajo las condiciones establecidas en las leyes de orden público y sometidos en caso de conflicto o incumplimiento a la jurisdicción privativa de lo contencioso administrativo.

Es una obligación bilateral, convenida, es decir, consensual, en la cual una de las partes se encuentra en situación privilegiada en relación a la otra, por lo que respecta al

---

<sup>15</sup> Gomero Casado, Eduardo. **Manual básico de derecho administrativo**. Pág. 99.

<sup>16</sup> **Ibid.** Pág. 110.

cumplimiento de las obligaciones convenidas, sin que ello implique relación de los derechos económicos que la otra pueda hacer valer.

Los contratos administrativos son aquellos contratos celebrados por la administración pública con finalidad de interés público y en los cuales, por tanto, pueden existir cláusulas exorbitantes del derecho privado o que coloquen el contratante de la administración pública en una situación de subordinación respecto de ésta. De lo anterior, se desprende que es el fin el que determina la forma generalmente observada en el contrato administrativo, y siendo esta finalidad de interés público, se afirma que el mismo no es el interés de un conjunto de habitantes tomados como masa, ya que no es un bienestar general, omnipresente, una felicidad imprescindible; ya que es solamente la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes.

Tampoco debe entenderse el interés público limitado exclusivamente a la conveniencia material o económica. En su concepción debe tenerse presente, con valor esencial, la necesidad de mantener el principio de justicia, ya que lo que conviene a la comunidad, en caso de ser injusto, no es auténtico interés público.

### **3.3. Teorías**

Siendo las mismas las siguientes:

a) Doctrinas monistas: el concepto unitario del derecho que defienden las doctrinas monistas, rechaza la existencia de la dualidad derecho público-derecho privado e impide, en consecuencia, distinguir entre contratos civiles y contratos administrativos. Si hay contratos, éstos son iguales en uno y otro caso. En concreto, estas teorías negativas concurren a señalar lo siguiente:

- En las relaciones que se establecen entre la administración y los particulares, aquélla actúa en una posición de supremacía, a veces muy ostensible. En estos casos, falta la debida igualdad entre las partes en relación, la cual es indispensable para poder hablar de la vigencia de un vínculo contractual, es decir, un contrato.
- Todo contrato exige lo que en él se establece y es el resultado de la voluntad libre de las partes que lo celebran. Es la clásica teoría de la autonomía y de la voluntad. En 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 sólo 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, sólo pueden aceptar o rechazar los términos fijados por la administración resultantes del orden normativo vigente, sin posibilidad de discutirlos, alterarlos o dejarlos sin efecto.

- Los presuntos contratos administrativos versan sobre objetos que están, naturalmente, fuera del comercio. Al contrario, y conforme a la doctrina común, el objeto de los contratos debe ser siempre algo que se halle en el comercio.
  
- b) Doctrina alemana: la doctrina jurídica alemana se mostró, desde un principio, contraria a admitir la existencia de los contratos administrativos como un tipo especial de contrato distinto de los conocidos en el derecho privado.

“Esta tendencia se afirmó, principalmente, en el pensamiento de quien negó la posibilidad de que pudieran existir contratos administrativos, señalando que así se denominaban y no eran sino actos unilaterales, los cuales pueden resultar eficaces únicamente con el consentimiento de los interesados”.<sup>17</sup>

El Estado sólo puede actuar unilateralmente por medio de actos administrativos, y 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 contratos de derecho público sólo para distinguirlos de los contratos civiles, con los cuales guardan cierta similitud aparente.

- c) Doctrina italiana: de forma predominante, se ha sostenido por la doctrina italiana que los contratos administrativos constituyen meros actos unilaterales del Estado, respecto de los cuales la voluntad de los particulares que concurren a

---

<sup>17</sup> **Ibid.** Pág. 108.

relacionarse con la administración tienen un efecto solamente accesorio, referido únicamente a su eficacia, pero no a su existencia.

No es posible la formalización de un contrato entre un ente público y un particular, ya que la distinta naturaleza jurídica de sus manifestaciones de voluntad no pueden fundirse en un único y mismo acto, sino que se yuxtaponen, manteniendo su individualidad. Existen, pues, dos actos unilaterales coligados, uno de los cuales el del particular condiciona la eficacia del otro.

- d) Doctrina española: 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.
- e) Doctrina francesa: en la doctrina francesa, a pesar de ser ésta tradicionalmente favorable a la existencia de los contratos administrativos, es posible también señalar la existencia de opiniones negativas. El contrato es una determinada categoría jurídica, y cuando los elementos que lo toman se hallan 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 sólo 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 da a un contrato el carácter administrativo y fundamenta la

competencia de los tribunales administrativos es la finalidad de servicio público en vista de la cual se celebra.

Mediante tales contratos, la administración pública procura obtener, por conducto de un empresario, objetos muebles, mercancías, materiales y servicios, todo ello mediante operaciones que, en definitiva, se resumen en una compraventa o en una locación de obra.

- f) Doctrinas positivas: niegan la existencia de los contratos administrativos y reconocen, de forma decidida, la posibilidad de tales contratos y admiten que responden a una necesidad que es ya indiscutible.

La formación y desarrollo de la teoría de los contratos administrativos reconoce precedentes muy antiguos, establecidos por la acción del Consejo de Estado, que en éste como en otros casos, ha tenido un papel preponderante en cuanto a la formulación de este tipo especial de contratos, en los cuales participa la administración pública.

Existen contratos administrativos, es decir, contratos diferentes de los concluidos entre particulares, por el régimen jurídico al que se someten estos últimos. Hay contrato administrativo, propiamente dicho, cuando se reúnen las condiciones siguientes: a) existencia de un acuerdo de voluntades entre la administración y un particular; 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, por la misma forma dada al contrato, por el género de cooperación solicitada, o por cualquier otro medio de manifestación de voluntad, hayan acordado someterse al régimen especial del derecho público. La administración debe haber querido este régimen jurídico especial; el contratista, a su vez, debe haber aceptado someterse a él, renunciando a la aplicación de las reglas del derecho privado.

El contrato administrativo cuya existencia y validez se reconoce claramente se caracteriza por tener un régimen jurídico especial, el cual a su vez se origina en la existencia de un interés público de la administración, que integra el objeto propio del contrato. Por ello, para hablar de contrato administrativo se requiere que se den las siguientes condiciones: a) que una de las partes contratantes sea un agente público, actuando en el ejercicio de sus funciones; b) que se mantenga la presunción de que todo contrato celebrado en esas condiciones es administrativo, la cual sólo cede: 1) en los casos que se refieren a la gestión del dominio privado del Estado; 2) cuando la consecución del fin de interés público se persigue por un procedimiento propio del derecho privado.

Esta concepción, predominantemente subjetiva, es la más simple y ha sido objeto de justificadas críticas, entre ellas la que señala que esta doctrina no



aporta elementos que permitan determinar con precisión cuándo la administración pública celebra un contrato administrativo y cuándo no. Para una segunda posición, la existencia de los contratos administrativos puede afirmarse cuando se trata de contratos cuyo conocimiento es de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa.

Finalmente, para otra tendencia, los contratos administrativos existen y se caracterizan por la inserción, en sus disposiciones, de cláusulas exorbitantes del derecho privado, es decir, de cláusulas que no se concebirían ni se admitirían en un contrato civil o comercial.

Las modulaciones o exorbitancias del derecho común no son, entre las relaciones jurídicas que establece la administración, patrimonio exclusivo de la contratación.

Es posible identificar una modulación general que la administración introduce en todas sus relaciones y también en toda clase de contratos, sean los llamados administrativos o sean los civiles estrictamente.

Al fin, hoy la distinción en el conjunto contractual de la administración entre contratos administrativos y contratos privados obedece en el derecho español a un criterio pragmático que consiste en atribuir a los tribunales especializados en derecho administrativo el conocimiento de aquellos contratos donde la

modulación alcanza mayor intensidad, entendido que, para su enjuiciamiento, es necesario un conocimiento especial del régimen de la administración pública.

### 3.4. Características de los contratos administrativos

“El derecho puede crear entre los sujetos dos tipos básicos de relaciones: unas, de subordinación o supraordinación, otras, de coordinación. La relación jurídica es de coordinación, cuando los sujetos actuando en un mismo plano, es decir, una situación de igualdad, concurren paralelamente a la formación de dicha relación”.<sup>18</sup>

La relación es, en cambio, de supraordinación o subordinación cuando los sujetos no actúan en un plano de igualdad, o sea, no son jurídicamente iguales, situación que se presenta cuando una de las partes intervinientes es el Estado, tiene carácter de entidad soberana.

De tal suerte, una parte tiene superioridad sobre la otra, la cual, consecuentemente, le está subordinada.

Así, los contratos administrativos se individualizan por ser contratos en los cuales la relación jurídica establecida se estructura reconociendo que una de las partes, o sea, la administración pública, tiene una posición predominante, mientras que el particular se halla subordinado a esa parte principal.

---

<sup>18</sup> Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto. **Elementos del derecho administrativo**. Pág. 43.



Esto es lo que constituye el elemento característico fundamental del contrato administrativo; el establecimiento de una relación jurídica de subordinación con respecto a la administración pública, mediante un acto de propia voluntad de quien se obliga con ella, subordinación que no es personal, sino de contenido patrimonial.

Se distinguen en los contratos administrativos dos características básicas:

- a) Exorbitación de sus cláusulas: uno de los criterios aceptados es el que señala que la nota propia de los contratos administrativos, que los distingue de los contratos de derecho privado, radica en la existencia en los primeros de cláusulas exorbitantes del derecho privado, es decir, de cláusulas que no tendrían cabida dentro del derecho común y que ponen de manifiesto la existencia de un régimen especial de derecho público.

En consecuencia, puede aceptarse que en todo contrato de este tipo existen, expresas, implícitas, cláusulas exorbitantes del derecho privado, lo que no significa, sin embargo, que un contrato adquiera el carácter de administrativo por el hecho de que tenga incluidas cláusulas de esta naturaleza.

Los contratos administrativos tienen o pueden tener cláusulas exorbitantes porque son contratos de esa clase.

Dentro de la contratación administrativa, se aplica el principio de que el derecho público prevalece sobre el derecho privado, así como los principios jurídicos que orientan la interpretación de su contenido así como a la suscripción del contrato son especiales al derecho administrativo.

- b) Jurisdicción especial: los conflictos jurídicos derivados del cumplimiento o interpretación de los contratos administrativos, están sometidos a una jurisdicción especializada de carácter privativo.

### **3.5. Elementos de los contratos administrativos**

Los elementos esenciales de los contratos administrativos son los siguientes: a) sujeto; b) competencia y capacidad; c) consentimiento; d) forma; e) objeto; f) causa; y g) régimen jurídico especial.

- a) Sujeto: no se concibe la existencia del consentimiento sin presuponer, al mismo tiempo, la existencia de los sujetos cuyas voluntades, al coincidir, generan ese consentimiento.

En consecuencia, en todo contrato administrativo es factible determinar la presencia de, por lo menos, dos sujetos que concurren a conformarlo que son una persona de derecho público representada por el Estado y sus entidades y una persona privada individual o jurídica.

“La contratación administrativa presenta la especial característica de que uno de los sujetos debe ser siempre, necesariamente, la administración pública, o más concretamente uno de sus órganos actuando como tal, es decir, en cumplimiento de una función administrativa”.<sup>19</sup>

- b) Competencia y capacidad: dos son los sujetos que, por principio, intervienen en el contrato administrativo.

Por un lado, el particular, y por el otro, la administración, lo que da lugar a que debe considerarse la capacidad del particular que interviene en el contrato y la competencia de la administración para celebrarlo.

Para que se configure el contrato administrativo, es preciso que los dos sujetos que concurren a celebrarlo tengan aptitud legal para obligarse, aptitud que se denomina competencia tratándose de organismos administrativos, y capacidad tratándose de personas jurídicas o físicas.

Por lo que se refiere a la competencia del órgano administrativo, ésta se halla regulada por el derecho público, actuando la administración, en todos los casos, como poder público, con todos los privilegios propios de esa calidad, a los que no puede renunciar, por cuanto corresponden a la función.

---

<sup>19</sup> **Ibid.** Pág. 120.

En lo relativo a la capacidad, toda persona capaz puede celebrar contrato con la administración, siendo esa la solución de principio. Sin embargo, deben tenerse presentes algunas restricciones y prohibiciones que emanan, ya del propio derecho privado y de normas administrativas específicas.

- c) **Consentimiento:** el consentimiento es esencial a todo acuerdo y a todo contrato y consiste en una coincidencia de voluntades opuestas. La voluntad de la administración debe expresarse en forma clara, precisa e inequívoca, por conducto de los órganos que correspondan legalmente.
- d) **Forma:** toda la actividad jurídica de la administración pública es formal, pues la manifestación de su voluntad debe hacerse de manera precisa e inequívoca. La violación de las formas prescritas en las leyes o en los reglamentos, determina la invalidez de los actos y acuerdos administrativos como principio general y acarrea su nulidad, a la inversa de lo que ocurre en el derecho privado.
- e) **Objeto:** el objeto del contrato administrativo radica en que no debe ser confundido con el fin que con dicho contrato se persigue y se encuentra en la prestación que de éste resulta.
- f) **Causa:** en los acuerdos administrativos, como generalmente intervienen dos partes, la administración y el particular, cada una de ellas habrá obrado por una causa distinta que es la del particular que tendrá una causa lucrativa en la



organización del acuerdo. La causa que inspira a la administración, será el fin de interés público que debe guiar su actividad, por lo que es necesario que exista una causa real y lícita, y la finalidad que la mueve es satisfacer un interés público. En los acuerdos administrativos, al igual que en los contratos sinalagmáticos, la obligación de cada parte tiene como causa la obligación de la otra.

- g) Régimen jurídico especial: los contratos administrativos, se rigen por los principios propios del derecho público, los cuales son exorbitantes del derecho privado.





## CAPÍTULO IV

### **4. Análisis del fundamento legal para reformar la Ley de Contrataciones del Estado para el efectivo cumplimiento en la programación de adquisiciones y contrataciones anuales del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social**

El contrato administrativo presenta especiales particularidades que lo configuran como tal, distinguiéndolo nítidamente del contrato del derecho común. En el proceso de formación de los contratos administrativos, también es dable percibir la existencia de otras diferencias, que otorgan a la génesis de estos contratos una singularidad que resulta de la participación que en ellos tiene la administración pública, inevitablemente sometida a procedimientos que buscan asegurar su mayor eficiencia y corrección.

#### **4.1. Importancia de la programación de adquisiciones y contrataciones**

En este aspecto, pueden distinguirse dos etapas diferentes. La primera, relativa al orden interno de la administración pública, y es la que se refiere a la formación de la voluntad administrativa, a la decisión de contratar en sí misma y a la forma y condiciones de esa contratación, etapa que suele estar constituida por procedimientos más o menos complejos de consideración y estudio de aspectos de orden general, técnico, o jurídico, etc.

La segunda, en cambio, atañe al conjunto de las relaciones de la administración pública con los particulares, y es la que se refiere a la formación del contrato como tal y a las



formas y modalidades de selección del contratante particular, que llevarán, finalmente, a la declaración de voluntad común que constituirá el contrato.

#### **4.2. Procedimiento para la selección del contratante**

“Entre los sistemas de restricción aceptados para la selección del contratante particular de la administración pública, tiene indudable trascendencia la licitación, por ser el sistema que más frecuentemente se adopta para la celebración de gran parte de las contrataciones administrativas, y por estar respaldado por un consenso bastante amplio, en el sentido de que se trata de un procedimiento apto y conveniente para los intereses del Estado”.<sup>20</sup>

La licitación puede definirse como un procedimiento relativo a la forma de celebración de ciertos contratos, cuya finalidad es determinar la persona que ofrece condiciones más ventajosas para la formalización de la relación contractual.

Consiste en el procedimiento automático, mediante el cual la administración pública elige como tratante al particular que ofrece las condiciones económicas más ventajosas, sin tener en cuenta consideraciones de otro tipo.

La licitación consiste en un procedimiento de selección del contratante de la administración, que sobre la base de una previa justificación de idoneidad moral,

---

<sup>20</sup> Arriaga Escobedo, Raúl Miguel. **Manual de derecho administrativo**. Pág. 76.



técnica y financiera, tiende a establecer qué persona o entidad es la que ofrece el precio más conveniente para la administración pública.

Las definiciones anotadas concretan adecuadamente el concepto general de la licitación, si bien debe señalarse que la previa justificación de las condiciones morales, técnicas y financieras de los posibles contratantes no es un recaudo exclusivo de la licitación que concurra a caracterizarla, sino que es un requisito exigible en todos los sistemas de restricción, e inclusive en el sistema de libre elección, ya que esa justificación, que se hace por la inscripción de los contratistas en registros especiales establecidos a ese fin.

#### **4.3. Características de la licitación pública**

Puede afirmarse que la licitación, como forma de selección del contratante, presenta las siguientes características:

- a) Es un procedimiento: ya que la licitación se integra y compone de una serie de actos medios o definitivos, regulados por las normas administrativas en su secuencia y desarrollo.
- b) Ese procedimiento, teleológicamente considerado, constituye un proceso cuya finalidad es la determinación de la persona, física o jurídica: con la misma la administración pública habrá de celebrar un contrato determinado.



La selección se hace sobre la base de que el contrato se formalizará con la persona que haya ofrecido las condiciones técnicas y económicas más ventajosas y, en especial, con la que haya ofrecido el mejor precio.

- c) Es un procedimiento casi automático: puesto que la elección del contratante se basa, exclusivamente, en la simple determinación de la persona que ha ofrecido las condiciones y el precio más conveniente.

#### **4.4. Naturaleza jurídica**

Un cierto grupo de autores ha insistido en el sentido de que la licitación concierne a la competencia de los órganos administrativos, concurriendo a fijarla y determinarla.

Para este sector doctrinal, cuando un contrato debe celebrarse previa licitación, ocurre que la competencia, la aptitud del órgano administrativo que debe celebrarlo, tiene complicaciones, ya que la licitación impide la libre elección del contratante, y disminuye hasta extremos muy estrictos la libertad de acción de la administración pública.

De tal suerte, que en esos casos el órgano administrativo no es competente para contratar con quien quiera, sino que debe hacerlo necesariamente con quien haya ofrecido las mejores condiciones.



Este criterio, es evidentemente equivocado. La competencia, no es sino el conjunto de facultades que un órgano administrativo puede legítimamente realizar, o sea, el conjunto de potestades administrativas que un órgano puede ejercer válidamente con arreglo a la Ley.

La competencia, por tanto, atañe a la fijación del ámbito preciso del accionar administrativo, y permite concretar qué es lo que un órgano administrativo puede hacer y si ese órgano puede celebrar contratos en qué casos y por qué montos máximos, etc. La licitación, en cambio, en los casos en que está expresamente establecida por el ordenamiento jurídico, no concurre a fijar la aptitud del órgano administrativo, no contribuye en modo alguno a establecer su competencia, puesto que no fija que puede hacer ese órgano sino simplemente cómo debe hacerlo, conforme a qué reglas, las cuales no hacen sino establecer una secuencia de actos prefijados, o más concretamente, un procedimiento, una forma.

Por tal causa, es correcta la posición de una parte predominante de la doctrina que sostiene que la licitación no tiene relación alguna con el elemento competencia, sino que se refiere directamente a la forma del accionar administrativo, vinculándosele con este elemento de manera esencial. Prueba de lo expuesto, y al mismo tiempo consecuencia de lo dicho, es que un contrato administrativo que debió celebrarse mediante una licitación que en realidad no se cumplió, es nulo, lo que demuestra la gravedad del vicio no por defecto en la competencia, sino por violación de la forma prescrita.



“La competencia está intacta; se ha transgredido la forma al no adaptarse el procedimiento obligatoriamente prescrito. Si la licitación es un procedimiento que constituye el elemento forma, si es solo una etapa en el proceso de formación de la relación contractual, en modo alguno puede ser, como ciertos autores lo han pretendido, un acto condición que subordine el ejercicio de la competencia del órgano administrativo que debe formalizar un contrato”.<sup>21</sup>

Finalmente, tampoco puede aceptarse que se pretenda que la licitación constituya una oferta o una propuesta de contrato que hace la administración pública y que podría, por tanto, generar por si sola responsabilidades para ésta, en el caso de que tal oferta pudiera ser aceptada por los interesados.

La licitación no solamente no es una oferta, sino que, al contrario, es una llamada, un pedido, para que los particulares formulen sus ofertas para la contratación administrativa, llamada que es impersonal, y que no es sino un offerendum. La administración no hace propuestas, en esta etapa, sino que las requiere.

La licitación, como sistema de selección del tratante particular de la administración pública, reconoce los tres principios fundamentales que concurren a configurarla y que deben mantenerse con toda estrictez, si se quiere que una licitación sea

---

<sup>21</sup> Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto. **Elementos de derecho administrativo.** Pág. 16.

verdaderamente tal, se desarrolle normalmente y sea apta para el logro del objetivo que con ella se pretende.

#### **4.5. Principios**

Los principios fundamentales, son recogidos por las regulaciones legales que rigen en la materia, y puede verificarse su presencia en todas las etapas licitatorias, de suerte que su comprensión habrá de dar la posibilidad de que el intérprete enfrentado a cualquier cuestión que pueda suscitarse, le encuentre la mejor y más correcta solución.

Toda licitación, de tal modo, se entenderá sujeta a los siguientes principios:

- 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.

Entre las ventajas de la licitación, se coincide en señalar la acción moralizadora que con ella se cumple, la conveniencia económica que puede asegurar y la acción de control que admite, incluso de los mismos oferentes.

Dentro de las fórmulas de licitación pública, imperó en sus inicios la regla de la subasta necesaria, entendiéndose que este procedimiento, consistente en la adjudicación desde el punto de vista exclusivamente económico, en donde se garantiza mejor que ningún



otro, por su automatismo absoluto, las finalidades perseguidas por la licitación; a saber, la eliminación de cualquier discrecionalidad de la administración y el aseguramiento de la elección del mejor precio posible.

La característica esencial del concurso es su mayor flexibilidad, tanto desde el punto de vista de los licitadores como desde el punto de vista de la administración. Los primeros, gozan en este sistema de mayor libertad en cuanto a la configuración de sus proposiciones y la administración no debe en el mismo ceñirse a la elección del mejor precio ofrecido, pudiendo, en consecuencia, escoger la proposición que considere más ventajosa desde el punto de vista global.

La discrecionalidad decisoria que entraña este sistema, ha sido acotada en la medida de lo posible por la legislación, que ha tratado de objetivar la adjudicación de los concursos obligando a la administración a establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares los criterios objetivos que se tomarán como base para la adjudicación del contrato.

En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se establecerán los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, tales como el precio, la fórmula de revisión en su caso, el plazo de ejecución o entrega, el costo de utilización, la calidad, la rentabilidad, en valor técnico, las características estéticas o funcionales, la posibilidad de repuesto, el mantenimiento y la asistencia técnica, de conformidad con los cuales el órgano de contratación acordará aquella. A estos criterios establecidos de

antemano en los pliegos, deberá ajustarse la adjudicación del concurso que se motivara con referencia a los mismos, ello será una garantía que facilitará, dado el caso, su ulterior control por los Tribunales.

#### **4.6. Formalización**

Sea cual fuere la forma de licitación escogida por la administración, una vez finalizado el procedimiento de licitación, los contratos administrativos se perfeccionan mediante la adjudicación realizada por el órgano consultivo, la mesa de contratación, que se encarga de analizar la documentación presentada por los licitadores y, previa solicitud de informe técnico si lo estima necesario, formula una propuesta de adjudicación al órgano competente para contratar.

De acuerdo con esta determinación, la doctrina coincide en afirmar que la formalización de los contratos no tiene eficacia constitutiva y la falta de ésta no afectará en absoluto a la existencia ni a la validez del mismo. No obstante, la contratación administrativa es eminentemente formalista y, aunque sin valor constitutivo, se exige la formalización del contrato en documento administrativo.

El contrato se perfecciona con la adjudicación y obliga plenamente las consecuencias que la legislación establece como derivadas de la falta de formalización. En el caso de falta de formalización del contrato por causa imputable al contratista, se establece como consecuencia la resolución del contrato y la incautación de la fianza provisional, así



como la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a la administración. En caso de ser la administración la incumplidora, el contratista tendrá derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios que la demora en la formalización le pueda ocasionar e instar a la resolución del contrato si es necesario.

#### **4.7. Fundamento legal para la reforma de la Ley de Contrataciones del Estado para que el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social cumpla con la programación de adquisiciones y contrataciones anuales**

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



Las negociaciones entre las entidades del sector público, son autorizadas para la adquisición de bienes, servicios personales y no personales y de suministros entre las dependencias de los organismos del Estado y entre éstas y las entidades descentralizadas, autónomas, unidades ejecutoras y las municipalidades.

La Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social Decreto 295 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 1: “Créase una institución autónoma, de derecho público, con personería jurídica propia y plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, cuya finalidad es la de aplicar en beneficio del pueblo de Guatemala y con fundamento en el Artículo 63 de la Constitución de la República un régimen nacional, unitario y obligatorio de seguridad social de conformidad con el sistema de protección mínima.

Dicha institución se denomina Instituto Guatemalteco de Seguridad Social y para los efectos de esta ley y de sus reglamentos, Instituto.

El domicilio de las oficinas centrales del Instituto es la ciudad de Guatemala”.

La Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social Decreto 295 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 2: “Los órganos superiores del instituto son:

- a) La Junta Directiva.
- b) La Gerencia.
- c) El Consejo Técnico”.

La Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social Decreto 295 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 3: “La Junta Directiva es la autoridad suprema del Instituto y, en consecuencia, le corresponde la dirección general de las actividades de éste”.

La Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social Decreto 295 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 4: “La Junta Directiva debe estar integrada por seis miembros propietarios y seis miembros suplentes así:

- a. Un propietario y un suplente nombrados por el Presidente de la República, mediante acuerdo emanado por conducto del Ministerio de Economía y Trabajo.
- b. Un propietario y un suplente nombrados por la Junta Monetaria del Banco de Guatemala, de entre cualquiera de sus miembros, con la única excepción de que lo sean ex officio.

Si alguna de las personas designadas deja de tener la calidad de miembro de la Junta Monetaria, ésta debe hacer el nuevo nombramiento que proceda por lo que la falta para completar el respectivo período legal.

- c. Un propietario y un suplente nombrados por el Consejo Superior de la Universidad autónoma de San Carlos de Guatemala.
- d. Un propietario y un suplente nombrados por el Colegio oficial de médicos y cirujanos.
- e. Un propietario y un suplente nombrados por las asociaciones o sindicatos patronales que estén registrados conforme a la ley.

- f. Un propietario y un suplente nombrados por los sindicatos de trabajadores que estén registrados conforme a la ley”.

La Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social Decreto 295 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 5: “Los miembros propietarios a que alude el Artículo anterior son, por su orden, el presidente, el primer vicepresidente, el segundo vicepresidente y los tres vocales de la Junta Directiva

Todos estos miembros tienen igualdad de derechos y obligaciones, excepto el presidente, además, presidir las sesiones, decidir con doble voto los asuntos en que haya empate, mantener frecuente contacto con el gerente para el efecto de facilitar las labores de éste y las de la Junta Directiva y, en consecuencia, percibir cada mes la remuneración adicional que indique el presupuesto general de gastos del Instituto.

En caso de falta temporal o accidental del presidente, éste debe ser sustituido, en sus funciones de presidente, por uno de los vicepresidentes en el orden de su nombramiento. En dicho supuesto el suplente nombrado por el Presidente de la República debe entrar a la Junta Directiva a actuar como simple propietario, sin especial categoría”.

La Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social Decreto 295 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 6: “Los miembros propietarios deben ser sustituidos en sus ausencias temporales o accidentales por sus respectivos suplentes.



En caso de falta temporal o accidental del presidente, éste debe ser sustituido, en sus funciones de presidente, por uno de los vicepresidentes en el orden de su nombramiento. En dicho supuesto el suplente nombrado por el Presidente de la República debe entrar a la Junta Directiva a actuar como simple propietario, sin especial categoría”.

La Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social Decreto 295 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 7: “Tanto los miembros propietarios como los miembros suplentes deben ser nombrados por períodos de seis años, salvo lo dispuesto en el párrafo segundo del Artículo anterior y en el inciso b) del Artículo 4, y pueden ser reelectos al vencimiento de sus respectivos períodos”.

La Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social Decreto 295 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 8: “Los miembros de la Junta Directiva, propietarios o suplentes, deben llenar los siguientes requisitos:

- a. Ser guatemaltecos, naturales, mayores de veinticinco años, menores de setenta años, del estado seglar y ciudadanos en ejercicio.
- b. Poseer honorabilidad e independencia de criterio reconocidas.
- c. Ser versados en materias económico-sociales.
- d. Poseer condiciones de capacidad y experiencia profesionales o prácticas ampliamente reconocidas.



Para que se entienda llenado este requisito en el caso de miembros nombrados por los sindicatos de trabajadores, el propietario y el suplente respectivos han de ejercer en la actualidad su profesión u oficio o ganar su vida con la práctica de una u otro.

- e. En el caso de los incisos e) y f) del Artículo 4, pertenecer a sus respectivas asociaciones o sindicatos en el momento de su nombramiento y, por lo menos, durante el año anterior a su designación.
- f. Especialmente, estar identificados con los principios que inspiran a la presente ley”.

La Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social Decreto 295 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 9: “No pueden ser miembros de la Junta Directiva, propietarios o suplentes:

- a) Los que infrinjan o contribuyan a infringir las disposiciones de esta ley o de sus reglamentos.
- b) Los que sean dirigentes de cualquier partido político como miembros de su comité ejecutivo general, de su consejo consultivo o de sus directivos filiales, salvo que opten por ser nombrados miembros de la Junta Directiva del Instituto.
- c) Los que estén vinculados con otro miembro de la Junta Directiva por razones de parentesco, hasta dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o ligados por motivos económicos, si pertenecen a la misma sociedad colectiva o comanditaria que el otro miembro, o si forman con este último parte del directorio de una sociedad por acciones.

- d) Los que hayan sido condenados por delito que implique falta de probidad, como hurto, robo, estafa, cohecho, prevaricato, falsedad, malversación, de caudales públicos o exacciones ilegales.
- e) Los declarados en insolvencia o quiebra culpable o fraudulenta, aunque hayan sido rehabilitados, y los declarados en insolvencia quiebra fortuita, mientras no hayan obtenido rehabilitación.
- f) Los que pertenezcan a la Gerencia, al Consejo técnico o al personal del Instituto.

En los casos a que se refiere el inciso f) que precede, puede ser nombrada la persona que renuncie previamente, al cargo o empleo que motive el impedimento”.

La Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social Decreto 295 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 10: “Los miembros de la Junta Directiva que hayan de sustituir a los que terminen su período, se deben nombrar dentro de los treinta días anteriores al vencimiento del mismo, de conformidad con las siguientes reglas:

- a. Si se trata de alguno de los grupos de miembros propietarios y suplentes a que aluden los incisos a), b), c) y d) del Artículo 4, el gerente debe dirigir, dentro de los primeros tres días de los treinta a que se refiere el párrafo anterior, un recordatorio escrito a las personas o entidades encargadas de hacer los respectivos nombramientos, manifestándoles el plazo que el efecto esta ley les concede. Vencido ese plazo, sin que se hayan hecho los nombramientos, la Junta Directiva y el Gerente deben elegir sin pérdida de tiempo, por mayoría

representada por un mínimo de cinco votos, a las personas que estimen convenientes, siempre que reúnan los requisitos legales.

- b. Si se trata de alguno de los grupos de miembros propietario y suplente, a que aluden los incisos e) y f) del Artículo 4, el Gerente debe publicar en el Diario Oficial durante los tres primeros días hábiles del plazo de treinta, a que se refiere el párrafo inicial del presente Artículo, un aviso en el que debe indicarse el día y hora en que ha de verificarse la elección y en el que deben darse todas las instrucciones necesarias para facilitar la realización de ésta.

Entre el día de la elección y el día en que aparezca el tercer aviso deben mediar por lo menos veinte días, con el objeto de que dentro de este último término, cada asociación o sindicato de patronos o, en su caso, cada sindicato de trabajadores, pueda presentar a la Gerencia, previa comprobación de su personería, los nombres y apellidos de sus candidatos, uno para propietario y otro para suplente, junto con los documentos que les sea posible aportar como prueba de que dichos candidatos reúnen los requisitos que determina esta ley.

Llegados el día y la hora de la elección, el Gerente debe proceder en presencia de la Junta Directiva y de todos los interesados que quieren asistir al acto. En primer lugar ha de certificar, en unión de la Junta Directiva, cuales candidatos reúnen dichos requisitos y luego debe declarar electos a los que, dentro de éstos, figuren en el mayor número de nóminas presentadas de acuerdo con el párrafo anterior. En caso de empate, la elección se debe decidir por sorteo.

Si no se presentan candidatos o si ninguno de estos reúne las condiciones legales, la Junta Directiva y el Gerente deben elegir sin pérdida de tiempo, por mayoría

representada por un mínimo de cinco votos, a las personas que estimen convenientes, siempre que tienen las exigencias previstas por esta ley”.

La Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social Decreto 295 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 10: “Los miembros de la Junta Directiva que hayan de sustituir a los que terminen su período, se deben nombrar dentro de los treinta días anteriores al vencimiento del mismo, de conformidad con las siguientes reglas:

- a. Si se trata de alguno de los grupos de miembros propietarios y suplentes a que aluden los incisos a), b), c) y d) del Artículo 4, el gerente debe dirigir, dentro de los primeros tres días de los treinta a que se refiere el párrafo anterior, un recordatorio escrito a las personas o entidades encargadas de hacer los respectivos nombramientos, manifestándoles el plazo que el efecto esta ley les concede. Vencido ese plazo, sin que se hayan hecho los nombramientos, la Junta Directiva y el Gerente deben elegir sin pérdida de tiempo, por mayoría representada por un mínimo de cinco votos, a las personas que estimen convenientes, siempre que reúnan los requisitos legales.
- b. Si se trata de alguno de los grupos de miembros propietario y suplente, a que aluden los incisos e) y f) del Artículo 4, el gerente debe publicar en el Diario Oficial durante los primeros días hábiles del plazo de treinta, a que se refiere el párrafo inicial del presente Artículo, un aviso en el que debe indicarse el día y la hora en que ha de verificarse la elección y en el que deben darse todas las instrucciones necesarias para facilitar la realización de ésta.



Entre el día de la elección y el día en que aparezca el tercer aviso deben mediar por lo menos veinte días, con el objeto de que dentro de este último término, cada asociación o sindicato de patronos o, en su caso, cada sindicato de trabajadores, pueda presentar a la Gerencia, previa comprobación de su personería, los nombres y apellidos de sus candidato, uno para propietario y otro para suplente, junto con los documentos que les sea posible aportar como prueba de que dichos candidatos reúnen los requisitos que determina esta ley.

Llegados el día y la hora de la elección, el Gerente debe proceder en presencia de la Junta Directiva y de todos los interesados que quieran asistir al acto. En primer lugar ha de certificar, en unión de la Junta Directiva, cuales candidatos reúnen dichos requisitos y luego debe declarar electos a los que, dentro de éstos, figuren en el mayor número de nóminas presentadas de acuerdo con el párrafo anterior. En caso de empate, la elección se debe decidir por sorteo.

Si no se presentan candidatos o si ninguno de estos reúne las condiciones legales, la Junta Directiva y el Gerente deben elegir sin pérdida de tiempo, por mayoría representada por un mínimo de cinco votos, a las personas que estimen convenientes, siempre que llenen las exigencias previstas por esta ley”.

La Ley de Contrataciones del Estado Decreto número 57-92 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 3: “Disponibilidades presupuestarias. Los organismos del Estado, entidades descentralizadas y autónomas, unidades ejecutoras y las municipalidades a que se refiere el Artículo primero, podrán solicitar ofertas aun si no se cuenta con las asignaciones presupuestarias que permitan cubrir los pagos. Para

la adjudicación definitiva y firma del contrato, sí se requerirá la existencia de partidas presupuestarias. Solicitadas las ofertas no podrá transferirse la asignación presupuestaria para otro destino, salvo que se acredite que los recursos no serán utilizados durante el ejercicio fiscal en vigor. Cuando el contrato continúe vigente durante varios ejercicios fiscales, la entidad contratante debe asegurar las asignaciones presupuestarias correspondientes.

La contravención a lo dispuesto por el presente Artículo, hace responsables a los funcionarios o empleados correspondiente de lo establecido en el Artículo 83 de la presente ley, sin perjuicio de las demás responsabilidades a que haya lugar”.

Para la eficaz aplicación de la programación de negociaciones, las entidades públicas, previo al comienzo del ejercicio fiscal, deberán encargarse de programar las compras, suministros y contrataciones que tengan que hacerse durante el mismo.

La Ley de Contrataciones del Estado Decreto número 57-92 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 5: “Bienes y suministros importados. Los organismos del Estado y las entidades a que se refiere el Artículo 1 de esta ley, podrán, por excepción, importar bienes directamente cuando:

- a) El valor en cada caso no exceda del monto establecido para adquisiciones por el régimen de cotización.
- b) No se produzcan en el país, o se produzcan en cantidad insuficiente para la necesidad respectiva.



- c) No haya existencia de procedencia importada ni representantes de proveedores o distribuidores debidamente acreditados en el mercado nacional, o que, habiéndolos, el precio de importarlos directamente, incluyendo derechos aduanales, impuestos, seguros, pasajes, viáticos y demás gastos atribuibles, sea más bajo que el que tengan los mismos bienes en el mercado nacional.

Tratándose de suministro de bienes importados deberá tomarse en cuenta la tasa de cambio para la compra de divisas, vigente ocho (8) días antes de la presentación de la oferta. El reglamento determinará específicamente lo relativo a la aplicación de este Artículo y sus limitaciones”.

Las ofertas y los contratos que se presenten o suscriban para el suministro de bienes y servicios para la contratación de obras, tienen que contener el precio unitario de cada uno de los renglones que lo integran, expresados en quetzales, tanto en números como en letras, cuando corresponda.

La Ley de Contrataciones del Estado Decreto número 57-92 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 7: “Fluctuación de precios. Se entiende por fluctuación de precios el cambio en más (incremento) o en menos (decremento) que sufran los costos de los bienes, suministros, servicios y obras, sobre la base de los precios que figuran en la oferta de adjudicarlos e incorporados al contrato; los que se reconocerán por las partes y los aceptarán para su cargo o para su deducción. Tratándose de bienes importados se tomará como base, además, el diferencial



cambiarlo y las variaciones de costos. En todo caso se seguirá el procedimiento que establezca el reglamento de la presente ley”.

La Ley de Contrataciones del Estado Decreto número 57-92 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 8: “Índices y actualización de precios y salarios. El Instituto Nacional de Estadística elaborará y publicará mensualmente en el Diario Oficial, los índices de precios y de salarios que se requieran. Los ministerios de Estado, las entidades descentralizadas y las autónomas, en el área que a cada uno corresponda, quedan obligados a proporcionar a dicho instituto la información necesaria para la determinación de los índices. En el caso de bienes importados, la autoridad contratante podrá utilizar los índices de los países respectivos, de conformidad con el procedimiento que se establezca en el reglamento de esta ley. El Instituto Nacional de Estadística mantendrá, además, actualizados los precios de los bienes y servicios nacionales y extranjeros, los que deberán ser consultados para los efectos de la presente ley”.

La Ley de Contrataciones del Estado Decreto número 57-92 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 28: “Criterios de calificación de ofertas. Para determinar cual es la oferta más conveniente y favorable para los intereses del Estado, se utilizarán los criterios siguientes: calidad, precio, tiempo, características y demás condiciones que se fijan en las bases en las cuales también se determinará el porcentaje en que se estimara cada uno de los referidos elementos, salvo que en estas se solicite únicamente el precio, en cuyo caso, la decisión se tomará con base en el



precio más bajo. Cuando se trate de obras, la junta tomará en cuenta el costo total oficial estimado”.

La Ley de Contrataciones del Estado Decreto número 57-92 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 47: “Suscripción del contrato. Los contratos que se celebren en aplicación de la presente ley, serán suscritos dentro del plazo de diez (10) días contados a partir de la adjudicación definitiva en representación del Estado cuando las negociaciones sean para las dependencias sin personalidad jurídica por el respectivo ministro del ramo. Dicho funcionario podrá delegar la celebración de tales contratos, en cada caso, en los viceministros, directores generales o directores de unidades ejecutoras.

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

La Ley de Contrataciones del Estado Decreto número 57-92 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 54: “En los contratos que celebre el Estado, por medio de sus entidades centralizadas o descentralizadas, que no provengan de procedimientos que determina la presente ley, o en los que el ente administrativo actúe como sujeto de derecho privado, se aplicarán las normas del derecho común”.



La Ley de Contrataciones del Estado Decreto número 57-92 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 55: "Inspección y recepción final. Cuando la obra esté terminada, el contratista deberá constituir las fianzas de conservación de obra o de calidad, o de funcionamiento, según sea el contrato, y de saldos deudores y dar aviso por escrito al supervisor o su equivalente de la conclusión de los trabajos y con esta diligencia se interrumpirá el plazo de ejecución. El supervisor hará la inspección final dentro de los siguientes quince (15) días hábiles, plazo dentro del cual si la obra no está conforme a planos y especificaciones, manifestará por escrito sus observaciones al contratista para que éste proceda a corregir las deficiencias, y si los trabajos estuvieran correctamente concluidos, el supervisor rendirá informe pormenorizado a la autoridad administrativa superior de la entidad correspondiente, la que dentro de los cinco (5) días siguientes nombrará la Comisión Receptora y Liquidadora de la obra, integrada con tres miembros, con la que colaborarán el supervisor o su equivalente y el representante del contratista.

Según la magnitud de la obra, la Comisión deberá elaborar el acta de recepción definitiva de la misma dentro de los treinta y cinco (35) días siguientes a la fecha de notificación de su nombramiento. Si la comisión comprueba que los trabajos están ejecutados satisfactoriamente, suscribirá el acta de recepción final de los mismos, y en caso contrario hará constar en acta:

- a) Las correcciones o trabajos extras que debe efectuar el contratista.
- b) El tiempo a emplearse.
- c) Si el tiempo para ejecutar los trabajos se incluye dentro del plazo contractual o si procede conceder tiempo adicional para ejecutarlo.



Al recibirse el aviso por escrito del delegado residente o su equivalente, de encontrarse satisfechos los requerimientos de la Comisión Receptora, ésta dentro del término de cinco (5) días procederá a efectuar nueva inspección, suscribiendo el acta correspondiente. La fecha de recepción definitiva de la obra será la del cierre de la última acta. A partir de la fecha de esta acta la entidad de que se trate deberá velar por la conservación de la obra.

En materia de bienes, suministros y servicios, se estará a lo que dispone este Artículo, en los que fuere aplicable”.

La Ley de Contrataciones del Estado Decreto número 57-92 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 56: “Inmediatamente después que las obras, bienes o servicios hayan sido recibidos, la Comisión en un plazo de noventa (90) días procederá a efectuar la liquidación del contrato y a establecer el importe de los pagos o cobros que deban hacerse al contratista. Igual procedimiento se observará en caso de rescisión o resolución del contrato”.

La Ley de Contrataciones del Estado Decreto número 57-92 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 57: “La Comisión deberá practicar la liquidación, dentro de los noventa (90) días siguientes a la fecha del acta de recepción definitiva de la obra. Si transcurrido dicho plazo la Comisión no ha suscrito el acta correspondiente, el contratista puede presentar a la autoridad administrativa de la entidad interesada un proyecto de Liquidación o el proyecto presentado por el contratista dentro del mes siguiente de recibida la respectiva documentación. Si



vencido este plazo no se produce ninguna resolución, con la petición de aprobación presentada por el contratista se tendrá por resuelta favorablemente”.

La Ley de Contrataciones del Estado Decreto número 57-92 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 61: “Autorización de pago de sobrecostos por fluctuación de precios. Los mismos se autorizarán de la siguiente manera:

1. Contratos de obra, suministros, bienes y servicios. La autoridad administrativa superior de la entidad o dependencia interesada, reconocerá y autorizará el pago de sobrecostos al contratista y en su caso requerirá del mismo las diferencias a favor del Estado, cuando se registren fluctuaciones de precios que afecten:
  - a) Materiales y demás elementos conexos a la obra, suministros, bienes o servicios.
  - b) Transporte, combustible, lubricantes y otros productos derivados del petróleo.
  - c) Maquinaria, equipo, repuestos y llantas.
  - d) Mano de obra, prestaciones laborales y cuotas patronales establecidas por la ley.Los pagos se harán conforme a los montos que resulten de la aplicación de las fórmulas para el reajuste de precios que establezca el reglamento de esta ley.
2. Bienes importados. Cuando en los contratos se estipule la importación de bienes por parte del contratista, la entidad administrativa superior de la entidad o dependencia interesada reconocerá y autorizará el pago por fluctuación de precios, comprobando para el efecto el precio en quetzales de cada uno de los bienes consignados en la oferta o incorporación al contrato y el precio equivalente en quetzales pagado por el contratista al efectuar la importación, tomándose en cuenta el diferencial cambiario y la variación de costos. En todo



caso el contratista está obligado a presentar a la entidad correspondiente la documentación que establezca las diferencias en contra o a favor del Estado”.

La Ley de Contrataciones del Estado Decreto número 57-92 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 62: “Los pagos para estimaciones de trabajo, derivados de los contratos de obras por servicios prestados o por bienes y suministros se harán al contratista dentro del plazo de treinta (30) días posteriores a la fecha en que fuere presentada la documentación completa que se estipule en el contrato.

Se entiende por efectuado el pago, cuando el cheque que lo cubra se encuentre a disposición del contratista”.

La Ley de Contrataciones del Estado Decreto número 57-92 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 63: “Intereses por atraso en pagos. Los organismos del Estado, sus entidades y demás dependencias a que se refiere el Artículo 1 de esta ley, a solicitud del contratista deberán reconocer intereses en caso de retraso en los pagos, de conformidad con el Artículo 62, a que estén legalmente obligados. Tales intereses se calcularán sobre el importe del adeudo, tomando como base la tasa de interés máxima anual que determine la Junta Monetaria, para efectos tributarios, y se incluirán en la liquidación del respectivo contrato para su pago o compensación, en caso de imposición de multas al contratista”.



La Ley de Contrataciones del Estado Decreto número 57-92 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 65: “Para garantizar el cumplimiento de todas las obligaciones estipuladas en el contrato, el contratista deberá prestar fianza, depósito en efectivo o constituir hipoteca en los porcentajes y condiciones que señale el reglamento. Para el caso de obras, además esta garantía cubrirá las faltas o desperfectos que aparecieren durante la ejecución del contrato, antes de que se constituya la garantía de conservación”.

La Ley de Contrataciones del Estado Decreto número 57-92 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 67: “El contratista responderá por la conservación de la obra, mediante depósito en efectivo, fianza, hipoteca o prenda, a su elección, que cubra el valor de las reparaciones de las fallas y desperfectos que le sean imputables y que aparecieren durante el tiempo de responsabilidad de dieciocho (18) meses contados a partir de la fecha de recepción de la obra. Tratándose de bienes y suministros, deberá otorgarse garantía de calidad y/o funcionamiento, cuando proceda. La garantía de conservación de obra, o de calidad y/o funcionamiento, deberá otorgarse por el equivalente al quince por ciento (15%) del valor original del contrato, como requisito previo para la recepción de la obra, bien o suministro.

El vencimiento del tiempo de responsabilidad previsto en el párrafo anterior, no exime al contratista de las responsabilidades por destrucción o deterioro de la obra debido a dolo o culpa de su parte, por el plazo de cinco (5) años, a partir de la recepción definitiva de la obra”.



La Ley de Contrataciones del Estado Decreto número 57-92 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 70: “El contratista deberá garantizar mediante seguro, depósito en efectivo, hipoteca o prenda, que cubran los riesgos a que están sujetos los bienes, suministros u obras, según se indique en las bases. Tales garantías cubrirán los riesgos que se determinen en el contrato”.

Se vienen distinguiendo dos tipos distintos de garantías: la provisional y la definitiva. La primera, llamada garantía provisional, tiene una función que se asemeja en gran medida a la figura civil de las arras, con ella se pretende asegurar la firmeza y la seriedad de las ofertas presentadas por los licitadores y la obligación de aquél entre ellos resulta adjudicatoria para la formalización del correspondiente contrato con la administración. A tal efecto, cuando se utiliza esta figura se exige la prestación de garantía a todos los contratistas que concurran a los procedimientos de licitación y una vez finalizada ésta, se les devuelve a todos, menos al adjudicatario a quien se le retendrá la misma hasta la formalización del contrato.

La garantía provisional se establece en un porcentaje del presupuesto del contrato y puede ser prestada normalmente en valores públicos o privados avalados por una administración o por una entidad de crédito o también mediante un contrato de seguro de caución.

Los adjudicatarios de los contratos administrativos, estarán también obligados a constituir una garantía definitiva, que se establecerá en un porcentaje del precio del

contrato y se podrá constituir a través de los mismos medios reconocidos para la fianza provisional. Su finalidad, es responder de las penalidades que se puedan imponer al contratista por parte de la administración por razón de la ejecución del contrato, los daños y perjuicios que el contratista pueda ocasionar a la administración durante la ejecución del contrato, así como también los originados por la demora del cumplimiento de sus obligaciones. La garantía definitiva será retornada al contratista una vez cumplido el contrato de forma satisfactoria, es decir liquidado el mismo y transcurrido el plazo de garantía de aquél, siempre que no existan responsabilidades a ejecutar sobre la misma.

Al lado de estas dos figuras básicas se contemplan también otras garantías especiales, como la llamada complementaria, que con un porcentaje mayor que la definitiva pretende garantizar el cumplimiento de determinados contratos que por su objeto la hacen recomendable, o aquellos casos en que se ha adjudicado un contrato a un licitador cuya oferta fue calificada inicialmente como baja temeraria.

Finalmente, también se impone hoy la posibilidad de constitución de garantías globales con referencia a todos los contratos que un contratista celebre con una misma administración pública. La garantía global, responderá de forma genérica y permanente del cumplimiento de las obligaciones de todos los contratos celebrados entre ese contratista y la administración que se hallen en vigor.



El fundamento legal para la reforma de la Ley de Contrataciones del Estado, para que el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social permita el efectivo cumplimiento al programar las adquisiciones y contrataciones anuales, es la exigencia de prestación de garantías por parte del contratista para poder contratar con la administración. Tal fundamento, responde a dos finalidades complementarias: asegurar la formalización del contrato y su correcta ejecución por parte del contratista.





## CONCLUSIONES

1. No existe un adecuado análisis de las etapas y factores de evaluación que utiliza el Estado en la evaluación y calificación de propuestas técnicas y económicas para que se aseguren las garantías y así la Ley de Contrataciones del Estado tenga respaldo jurídico en la programación de la contratación anual del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social.
  
2. La falta de proposición de políticas, normas y procedimientos para la aplicación de la legislación en materia de adquisiciones y contrataciones, no permite la correcta administración de contratos anuales y la proposición de reformas a la legislación, para la participación activa de la cotización y licitación del programa de compras del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social en Guatemala.
  
3. El desconocimiento de los requisitos y procedimientos para la preparación y presentación de propuestas técnicas y económicas en la participación exitosa de los procesos de programación de adquisiciones y contrataciones anuales del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, no ha permitido el éxito en los procesos de adquisiciones.



4. La inexistencia de un fundamento legal para la reforma de la Ley de Contrataciones, no permite que se vele por los intereses estatales y que se proponga la normativa pertinente para que el proceso de contrataciones y adquisiciones se desarrolle en un marco de transparencia con reglas claras y estables, para la obtención de la confianza de los proveedores nacionales y la agilización de las compras y reducción de los riesgos.



## RECOMENDACIONES

1. La Junta de Licitación, debe indicar la inexistencia de un adecuado análisis de las etapas y factores que tiene que utilizar el Estado, para evaluar y calificar las propuestas técnicas y económicas que aseguren las garantías necesarias para que la Ley de Contrataciones del Estado, pueda contar con un respaldo jurídico al programar y contratar anualmente en beneficio del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social.
2. La Secretaría General del Consejo Nacional de Planificación Económica, debe señalar que la falta de propuestas políticas, normas y procedimientos para aplicar la legislación en materia de adquisiciones y contrataciones, no puede permitir la correcta administración de contratos anuales y de propuestas, para reformar la legislación y así permitir la participación activa de la cotización y licitación del programa de compras del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social.
3. Que el gobierno de Guatemala, señale el desconocimiento de los requisitos y procedimientos para preparar y presentar propuestas técnicas y económicas de participación exitosa de los procesos de programación de adquisiciones y contrataciones anuales del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, para un adecuado éxito en el proceso de adquisiciones.



4. A través del Registro de Contratos, señalar la inexistencia de un fundamento legal para reformar la Ley de Contrataciones, que permita velar por los intereses estatales y proponer la normativa necesaria, para que el proceso de contrataciones y adquisiciones pueda desarrollarse en un marco de transparencia con reglas claras y estables, y así obtener la confianza de los proveedores nacionales y agilizar las compras y la reducción de los riesgos.



## BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ROMERO, Miguel. **Compendio de derecho administrativo**. México, D.F.: Ed. Ediciones, 1988.
- ARRIAGA ESCOBEDO, Raúl Miguel. **Manual de derecho administrativo**. Madrid, España: Ed. Porrúa, S.A., 1989.
- BALBÍN, Carlos Federico. **Tratado de derecho administrativo**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Bosch, 1976.
- BARRERA GRAF, Jorge. **Diccionario jurídico mexicano**. México, D.F.: Ed. Depalma, 1989.
- BELISARIO PORRAS, Juan Antonio. **Derecho administrativo**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Bosch, 1976.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1972.
- CHUAYFFET CHEMOR, Emilio. **Derecho administrativo**. México, D.F.: Ed. UNAM, 1983.
- DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto. **Elementos de derecho administrativo**. México, D.F.: Ed. Limusa, 1999.
- DROMI, Roberto. **Derecho administrativo I**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1984.
- GALINDO CAMACHO, Miguel. **Derecho administrativo**. Madrid, España: Ed. Bosch, 1986.
- GAMERO CASADO, Eduardo. **Manual básico de derecho administrativo**. Madrid, España: Ed. Tecnos, 2003.



GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. **Derecho de obligaciones**. México, D.F.: Ed. Cajica, 1978.

NAVA NEGRETE, Alfonso. **Derecho administrativo**. México, D.F.: Ed. McGraw-Hill, 1996.

SÁNCHEZ GÓMEZ, Narciso. **Primer curso de derecho administrativo**. Madrid, España: Ed. Porrúa, S.A., 1976.

VALLS HERNÁNDEZ, Sergio Andrés. **Nuevo derecho administrativo**. Madrid, España: Ed. Ariel, 1989.

VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín. **Derecho administrativo**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Tea, 1996.

#### **Legislación:**

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

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

**Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social**. Decreto 295 del Congreso de la República de Guatemala.

**Ley Orgánica del Presupuesto**. Decreto 101-97 del Congreso de la República de Guatemala, 1997.

**Ley del Organismo Judicial**. Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, 1989.